

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen mit der Anwendung des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen

Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2582) ist in seinen wesentlichen Teilen am 1. März 2012 in Kraft getreten. Mit dem ESUG sollten die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Sanierung notleidender Unternehmen verbessert und die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass das Insolvenzverfahren stärker als bisher auch als „Chance zur Sanierung“ verstanden und genutzt wird. Wesentliche Bestandteile des ESUG waren

1. die Stärkung der Gläubigerrechte bei der Auswahl von Insolvenzverwaltern,
2. die Zulassung von Eingriffen in Gesellschafterrechte im Insolvenzplanverfahren, namentlich durch Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital (sogenannter Debt-Equity-Swap), und
3. die Stärkung der Eigenverwaltung, d. h. von Verfahren, in denen auf die Bestellung eines Insolvenzverwalters verzichtet wird, um dem Schuldner eine eigenverantwortliche Gestaltung des Sanierungsprozesses zu ermöglichen und damit zugleich einen Anreiz für eine möglichst frühzeitige Insolvenzantragstellung zu setzen; diesem Ziel dienten insbesondere die Schaffung von Regeln für die vorläufige Eigenverwaltung im Eröffnungsverfahren und – damit zusammenhängend – die Einführung des sogenannten „Schutzschirmverfahrens“.

Der Deutsche Bundestag hat mit Beschluss vom 27. Oktober 2011 (Bundestagsdrucksache 17/7511, S. 5) die Bundesregierung beauftragt, die Erfahrungen mit der Anwendung des ESUG fünf Jahre nach dessen Inkrafttreten unter Berücksichtigung der nachstehenden Fragen zu evaluieren und dem Deutschen Bundestag unverzüglich Bericht zu erstatten:

1. In welchem Umfang hat sich der stärkere Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters auf dessen Unabhängigkeit ausgewirkt? Ist es im nennenswerten Umfang vorgekommen, dass im Interesse einzelner Gläubiger Verwalter bestellt wurden, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben?
2. Wurde von der Möglichkeit, über einen Insolvenzplan in die Rechtsstellung von Gesellschaftern einzugreifen, Gebrauch gemacht und wie hat sich dies auf die Schuldnerunternehmen ausgewirkt? In welchem Umfang wurden Forderungen in Eigenkapital umgewandelt, und hat dieser Debt-Equity-Swap im nennenswerten Umfang grob egoistische Strategien ermöglicht, die sich letztlich zum Nachteil der Unternehmen und ihrer Arbeitnehmer ausgewirkt haben?
3. Wird das neu geschaffene „Schutzschirmverfahren“ des § 270b InsO den Erwartungen gerecht und hat es insbesondere zu einer frühzeitigen Antragstellung und zu einer Stärkung der Eigenverwaltung geführt? Wird trotz § 270b InsO noch ein Bedürfnis für ein vor-insolvenzliches Sanierungsverfahren gesehen?
4. Ist die Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger angemessen oder sollte im Interesse einer effektiven Verfahrensabwicklung die funktionelle Zuständigkeit neu austariert werden?

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat zur Vorbereitung des Berichts der Bundesregierung und in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Justiz eine Forschergemeinschaft, bestehend aus Prof. Dr. Florian Jacoby, Prof. Dr. Stephan Madaus, Prof. Dr. Detlef Sack, Heinz Schmidt und Prof. Dr. Christoph Thole, mit der Durchführung einer rechtstatsächlichen und rechtswissenschaftlichen Untersuchung zur Wirkungsweise des ESUG und der Prüfung der oben aufgeführten Fragen beauftragt.

Die Forschergemeinschaft hat am 30. April 2018 ihren Bericht vorgelegt. Der Bericht beruht in methodischer Hinsicht auf einer statistischen Analyse der Eigenverwaltungsverfahren, einer strukturierten Befragung von Expertinnen und Experten auf dem Gebiet des Insolvenzrechts, einer rechtswissenschaftlichen Bewertung sowie einer Untersuchung von einzelnen, ausgewählten Verfahren anhand einer anonymisierten Auswertung von Gerichtsakten.

Im Wesentlichen lassen sich die Ergebnisse des Berichts wie folgt zusammenfassen:

1. Die durch das ESUG eingeführten Änderungen wurden in den vergangenen fünf Jahren von der Praxis weitgehend positiv angenommen, eine Rückkehr zum früheren Recht ist nicht veranlasst. Die statistische Analyse zeigt, dass die mit dem ESUG neu geschaffenen Verfahrensmöglichkeiten im Auswertungszeitraum in ihrer Breite und in unterschiedlichen Kombinationen genutzt worden sind. Auch die Befragung der Expertinnen und Experten weist überwiegend positive Erfahrungen mit der Reform aus. Bei den im Evaluierungsbericht vorgeschlagenen Reformen handelt es sich um Korrekturen in – wenn auch teils nicht unbedeutenden – Einzelfragen, ohne dass hierdurch die grundsätzliche Ausrichtung des ESUG in Frage gestellt würde.
2. Zu den einzelnen Fragen des Evaluierungsauftrags trifft der Bericht im Wesentlichen folgende Aussagen:

Zur ersten Frage

Es ist nicht festzustellen, dass die Stärkung der Gläubigerrechte bei der Auswahl von Insolvenzverwaltern zu einer Beeinträchtigung ihrer Unabhängigkeit geführt hat. Die Frage, ob es häufig vorgekommen ist, dass im Interesse einzelner Gläubiger Insolvenzverwalter bestellt wurden, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden, wird von den befragten Expertinnen und Experten überwiegend verneint.

Zur zweiten Frage

Das Insolvenzplanverfahren funktioniert nach der überwiegenden Einschätzung der Befragten im Wesentlichen gut, der praktische Anwendungsbereich für Planlösungen hat sich durch das ESUG erheblich erweitert. Die rechtswissenschaftliche Bewertung zeigt darüber hinaus, dass die durch das ESUG geschaffene Möglichkeit, im Insolvenzplanverfahren in die Rechte von Gesellschaftern einzugreifen, nahezu allgemein begrüßt wird und dass die rechtlichen Auseinandersetzungen in diesem Bereich eher die zulässige Reichweite entsprechender Eingriffe betreffen. Der empirische Befund zeigt, dass die neuen Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis für eine Vielzahl gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen zum Einsatz kommen, namentlich für Anteilsübertragungen, Kapitalschnitte und Umwandlungsmaßnahmen. Insbesondere im Bereich der Umwandlungsmaßnahmen wird Klärungsbedarf gesehen, ob und in welchem Umfang bestimmte Regelungen des Umwandlungsgesetzes von den Vorschriften über das Insolvenzplanverfahren verdrängt werden.

Der Debt-Equity-Swap wird offenbar wenig genutzt. Die Frage, ob dann, wenn in einem Insolvenzplan gesellschaftsrechtliche Regelungen enthalten waren, in den meisten Fällen Forderungen in Eigenkapital umgewandelt wurden, wird von den Expertinnen und Experten überwiegend verneint. Unter den „wichtigen Maßnahmen im Insolvenzplan“ wird der Debt-Equity-Swap an dritter Stelle nach Anteilsübertragungen an einen Erwerber und Kapitalschnitten genannt. Negative Auswirkungen von Debt-Equity-Swaps auf die betroffenen Unternehmen und ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer werden nicht festgestellt.

Zur dritten Frage

Das Schutzschirmverfahren wird mit 300 erfassten Verfahren im Auswertungszeitraum insgesamt weniger häufig in Anspruch genommen als die vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a der Insolvenzordnung (InsO) (868 erfasste Verfahren). Da keine Veröffentlichungspflicht besteht, ist allerdings davon auszugehen, dass nicht alle Verfahren erfasst werden konnten. Von den bekannten Verfahren, welche im Schutzschirmverfahren begonnen haben, wurde etwas mehr als die Hälfte (54,33 Prozent) jedenfalls zu nächst auch im eröffneten Verfahren in Eigenverwaltung fortgeführt. Die befragten Expertinnen und Experten sind mehrheitlich skeptisch, ob das Schutzschirmverfahren zu einer frühzeitigen Insolvenzantrag-

stellung geführt hat. Auch dass das Schutzschirmverfahren gegenüber der vorläufigen Eigenverwaltung erhebliche Vorteile biete, wird von ihnen überwiegend verneint. Zugleich wird aber beispielsweise das in dieser Form nur im Schutzschirmverfahren dem Schuldner eingeräumte Recht, den Sachwalter selbst vorzuschlagen, überwiegend als sinnvoll und wichtig sowie als entscheidend für die Wahl dieser Verfahrensart angesehen.

Insgesamt machen Eigenverwaltungsverfahren nur einen kleinen Teil der in der Bundesrepublik Deutschland durchgeführten Insolvenzverfahren aus. Die befragten Expertinnen und Experten sind dabei überwiegend nicht der Ansicht, dass die Eigenverwaltung insgesamt zu häufig oder die vorläufige Eigenverwaltung häufig bei dafür nicht geeigneten Schuldnern angeordnet werde. Sie unterstützen allerdings zugleich mehrheitlich die Forderungen nach klar definierten Ablehnungsgründen für die Eigenverwaltung und nach vereinfachten Möglichkeiten zu ihrer Aufhebung.

Ein zwingendes Bedürfnis für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren besteht nach den Ergebnissen der Befragung nicht. Im Hinblick auf die zu erwartenden Vorgaben für die Einführung eines solchen Verfahrens aufgrund des derzeit verhandelten Vorschlags für eine europäische Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren bietet sich ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren nur als „weitere Option“ neben den insolvenzrechtlichen Verfahrensarten an.

Zur vierten Frage

Die Aufgabenverteilung zwischen Richter- und Rechtspflegerschaft hat sich im Wesentlichen bewährt.

Die Bundesregierung plant, die Ergebnisse des Evaluierungsberichts im engen Austausch mit den betroffenen Kreisen eingehend zu prüfen. Eine erste Veranstaltung dazu soll im Herbst 2018 im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz stattfinden. Die Ergebnisse der Evaluierung sollen auch bei der Umsetzung der Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren, die demnächst verabschiedet werden soll, berücksichtigt werden.

EVALUIERUNG, KURZBERICHT

Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011

Prof. Dr. F. Jacoby, Prof. Dr. S. Madaus, Prof. Dr. D. Sack,
H. Schmidt, Prof. Dr. C. Thole

Inhalt

A.	Anlass	1
B.	Ziele und Methoden des Forschungsvorhabens	2
I.	Statistische Analyse der ESUG-Verfahren mit Eigenverwaltung	2
II.	Strukturierte ESUG-Befragung	2
III.	Rechtswissenschaftliche Bewertung des ESUG	3
IV.	Qualitative Untersuchung von ESUG-Verfahren	3
C.	Beteiligte Forscher	3
D.	Ergebnisse der statistischen Analyse	4
E.	Ergebnisse der Befragung	4
I.	Schutzschirmverfahren und Eigenverwaltung – Erfahrungen und Bewertungen	6
II.	ESUG-Regelungen zum Insolvenzplan – Erfahrungen und Bewertungen	8
III.	Gläubigerausschuss und Insolvenzverwalter – Erfahrungen und Bewertungen	8
IV.	Aufgabenverteilung von Richtern und Rechtspflegern – Erfahrungen und Bewertungen	9
F.	Ergebnisse der rechtswissenschaftlichen Bewertung	10
I.	Die Rezeption des ESUG	10
II.	Die Eigenverwaltung	10
III.	Das Insolvenzplanverfahren	14
IV.	Auswahl des Insolvenzverwalters	18
V.	Gerichtsorganisation	19
G.	Ausblick auf weiteren Reformbedarf	20

Im Sinne der Lesbarkeit wird im gesamten Bericht das generische Maskulinum verwendet. Wenn nicht anders erwähnt, werden damit jedoch keine geschlechtsspezifischen Aussagen getroffen.

A. Anlass

Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7.12.2011 (BGBl. I S. 2582) ist in seinen wesentlichen Teilen am 1.3.2012 in Kraft getreten. Mit dem ESUG sollten die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Sanierung notleidender Unternehmen verbessert werden und die Voraussetzungen für die Ausbildung einer Sanierungskultur geschaffen werden, in welcher das Insolvenzverfahren auch als „Chance zur Sanierung“ verstanden und genutzt wird.

Mit Beschluss des Deutschen Bundestages vom 27.10.2011 wurde die Bundesregierung verpflichtet, die Erfahrungen mit der Anwendung des Gesetzes fünf Jahre nach dessen Inkrafttreten zu evaluieren und auf dieser Grundlage dem Deutschen Bundestag unverzüglich Bericht zu erstatten.

Die Evaluation umfasst den Zeitraum 1.3.2012 bis 28.2.2017 und geht insbesondere folgenden Leitfragen nach:

1. In welchem Umfang hat sich der stärkere Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters auf dessen Unabhängigkeit ausgewirkt? Ist es im nennenswerten Umfang vorgekommen, dass im Interesse einzelner Gläubiger Verwalter bestellt wurden, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben?
2. Wurde von der Möglichkeit, über einen Insolvenzplan in die Rechtsstellung von Gesellschaftern einzugreifen, Gebrauch gemacht und wie hat sich dies auf die Schuldnerunternehmen ausgewirkt? In welchem Umfang wurden Forderungen in Eigenkapital umgewandelt, und hat dieser Debt-Equity-Swap im nennenswerten Umfang grob egoistische Strategien ermöglicht, die sich letztlich zum Nachteil der Unternehmen und ihrer Arbeitnehmer ausgewirkt haben?
3. Wird das neu geschaffene „Schutzschirmverfahren“ des § 270b InsO den Erwartungen gerecht und hat es insbesondere zu einer frühzeitigen Antragstellung und zu einer Stärkung der Eigenverwaltung geführt? Wird trotz § 270b InsO noch ein Bedürfnis für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren gesehen?
4. Ist die Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger angemessen oder sollte im Interesse einer effektiven Verfahrensabwicklung die funktionelle Zuständigkeit neu austariert werden?

B. Ziele und Methoden des Forschungsvorhabens

Dieses Forschungsvorhaben zielt darauf ab, eine Grundlage für den Bericht der Bundesregierung an den Bundestag zu schaffen. Anhand einer Auswertung der Erfahrungen mit dem ESUG sollen dessen Auswirkungen auf die Praxis der Unternehmenssanierung in Deutschland umfassend untersucht und dargestellt werden.

Darüber hinaus soll ermittelt werden, ob Bedarf besteht, die Sanierungsinstrumentarien mit Blick auf die Besonderheiten kleinerer und größerer Unternehmen fortzuentwickeln. Einzugehen ist weiter auf etwaige Sanierungshindernisse, die durch das ESUG nicht beseitigt wurden oder im Zuge der Anwendung des ESUG sichtbar geworden sind. Um diese Ziele zu erreichen, geht die Untersuchung in ihren vier Teilen folgenden Weg:

I. Statistische Analyse der ESUG-Verfahren mit Eigenverwaltung

Der erste Teil beinhaltet eine statistische Analyse von 1.609 Eigenverwaltungsverfahren (1.3.2012-28.2.2017). Es handelt sich hier um eine Vollerhebung aller bekannten Eigenverwaltungsverfahren im genannten Zeitraum, in denen Sicherungsanordnungen nach § 270a InsO oder § 270b InsO oder/und eine Eröffnung des Verfahrens in Eigenverwaltung erfolgten.

Diese statistische Auswertung zielte nicht nur darauf ab zu ermitteln, wie viele Eigenverwaltungsverfahren es in dem genannten Evaluationszeitraum gab, sondern auch darauf, in welcher Weise die Möglichkeiten des ESUG genutzt wurden, ob die Nutzung der Eigenverwaltungsverfahren von bestimmten Struktureigenschaften der Unternehmen (Unternehmensklassen) abhängig war, und schließlich, ob es zu einer Ballung entsprechender Verfahren an einzelnen Gerichtsstandorten gekommen ist.

II. Strukturierte ESUG-Befragung

Im zweiten Teil werden die Ergebnisse einer strukturierten Befragung vorgelegt. Adressiert wurden Insolvenzrechtsexperten, u.a. Insolvenzverwalter und Sachwalter, Sanierungs- und Unternehmensberater, Richter, Rechtspfleger, Geschäftsleiter, Gläubiger und Mitglieder in Gläubigerausschüssen. Insgesamt konnten 825 Fragebögen in die Analyse einbezogen werden. Diese Grundgesamtheit (N=825) und der Rücklauf (ca. 41%) sind erkennbar größer gewesen als bei vergleichbaren Erhebungen im Feld (ca. 140 Fragebögen bei 6% Rücklauf bei Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2017). Die Repräsentativität über die unterschiedlichen Regionen wie auch der verschiedenen, an Insolvenzverfahren beteiligten Gruppen ist mit der Befragung gewährleistet worden.

Der standardisierte Fragebogen war wie folgt aufgebaut: Nach der Erhebung statistischer Daten zu den Befragungspersonen wurden zunächst deren konkrete Erfahrungen mit den ESUG-Verfahren erhoben. Es wurden anschließend Fragen zur Bewertung des ESUG gestellt. Der Fragebogen schloss mit einer Gesamtbewertung des ESUG ab. Die Fragen gingen allesamt von den dieser Untersuchung zugrunde liegenden Leitfragen aus, die der Deutsche Bundestag an die Bundesregierung adressiert hat.

III. Rechtswissenschaftliche Bewertung des ESUG

Der dritte Teil enthält eine rechtswissenschaftliche Analyse des ESUG. Dazu wurde die bisher ergangene Rechtsprechung sowohl der Obergerichte als auch der Instanzgerichte, insbesondere der Insolvenzgerichte, ausgewertet ebenso wie die in Fachzeitschriften veröffentlichten wissenschaftlichen Aufsätze. Ferner werden ausgehend von den Ergebnissen der eigenen statistischen Analyse aus Teil 1 und der strukturierten Befragung aus Teil 2 die veröffentlichten rechtspolitischen Stellungnahmen zur Evaluation und zum Reformbedarf des ESUG einbezogen, ebenso wie weitere empirische Studien und Befragungsergebnisse. Auf dieser Grundlage werden Handlungsoptionen für einzelne Themen innerhalb der vier Leitfragen der Evaluation identifiziert und Empfehlungen formuliert.

IV. Qualitative Untersuchung von ESUG-Verfahren

Im vierten Teil erfolgt die qualitative Untersuchung von 15 Einzelfällen anhand einer anonymisierten Auswertung von Gerichtsakten. Die untersuchten ESUG-Verfahren (Verfahren, in denen durch das ESUG geschaffene Neuregelungen relevant wurden) waren bewusst nicht repräsentativ ausgesucht, sondern sie sollen die quantitativen Ergebnisse der Erhebung sowie die Erkenntnisse aus der rechtswissenschaftlichen Analyse validieren helfen.

C. Beteiligte Forscher

Das Forscherteam besteht aus

- Prof. Dr. Florian Jacoby, Fakultät für Rechtswissenschaft, Universität Bielefeld,
- Prof. Dr. Stephan Madaus, Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg,
- Prof. Dr. Detlef Sack, Fakultät für Soziologie, Universität Bielefeld,
- Heinz Schmidt, Geschäftsführer Verlag INDat GmbH und Geschäftsführender Gesellschafter WBDat GmbH, Köln,

- Prof. Dr. Christoph Thole, Dipl.-Kfm., Rechtswissenschaftliche Fakultät, Institut für Verfahrensrecht und Insolvenzrecht sowie Institut für Internationales und Europäisches Insolvenzrecht, Universität zu Köln.

Das Forscherteam wurde bei der Durchführung und der Datenanalyse der strukturierten Befragung unterstützt von Lucas Scheliga, Berlin.

D. Ergebnisse der statistischen Analyse

Die statistische Analyse der ESUG-Verfahren mit Eigenverwaltung (1.3.2012-28.2.2017) zeigt, dass diese einen Anteil von ca. 3,5% an allen deutschen Insolvenzverfahren in dem benannten Zeitraum hatten. Festzuhalten ist, dass Eigenverwaltungsverfahren deutlich überproportional bei größeren Unternehmen angewandt wurden. Ihr Anwendungsbereich lag vor allem bei Insolvenzen von Unternehmen mit mehr als 50 Beschäftigte und ab 10 Mio. € Jahresumsatz.

In den vergangenen fünf Jahren sind die eingeführten Verfahrensmöglichkeiten des ESUG in ihrer Breite und in unterschiedlichen Kombinationsmöglichkeiten genutzt worden. Festzustellen ist im Zeitverlauf eine etwas geringere Nutzung der Eröffnung der Insolvenzverfahren nach § 270b InsO.

Ca. 28% der Eigenverwaltungsverfahren wurden mit einer Aufhebung nach § 258 InsO, also durch einen Insolvenzplan beendet.

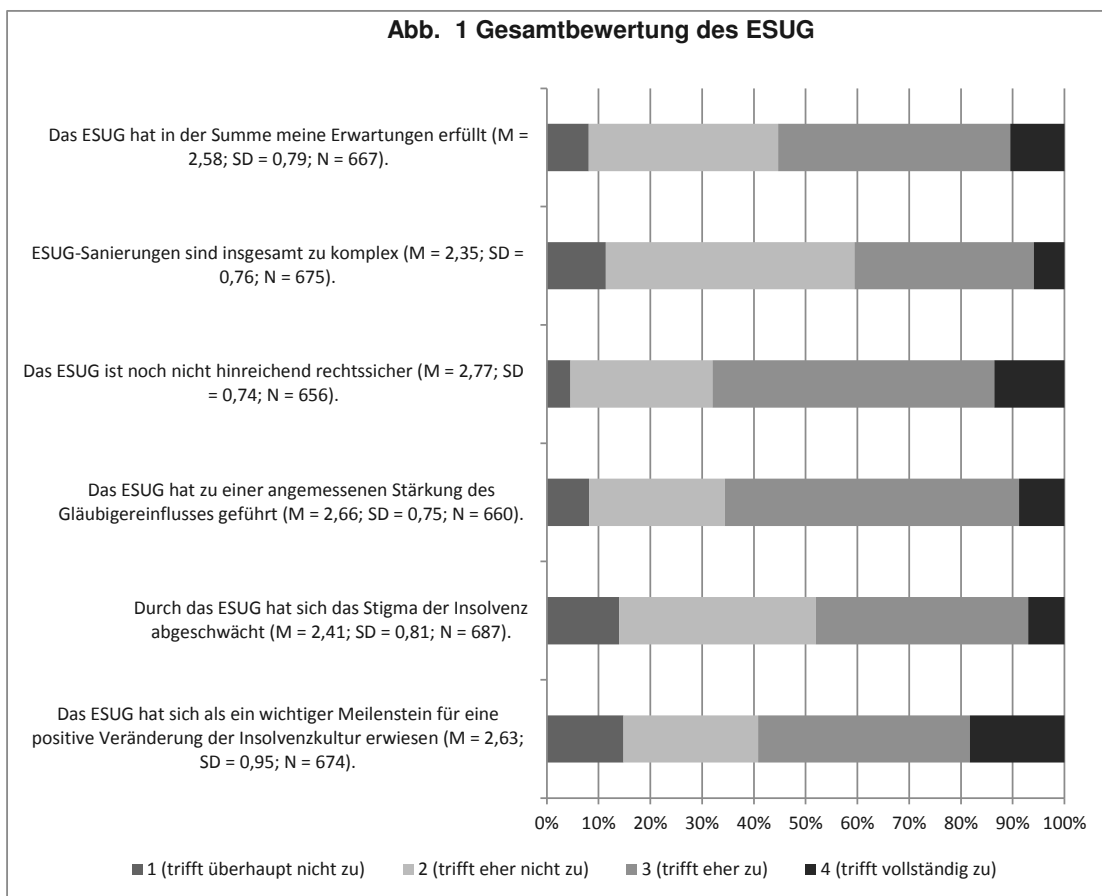
Die Eigenverwaltungsverfahren wurden in den letzten fünf Jahren an 168 Gerichtstandorten durchgeführt. Allerdings konzentrieren sich über zwei Drittel der Verfahren auf gut 27% der Standorte. Ein systematischer Zusammenhang zwischen dem Umfang der Befassung mit Eigenverwaltungsverfahren an einem Gerichtsstandort bzw. deren Verteilung in den Bundesländern mit dem Verfahrensausgang ist nicht festzustellen.

E. Ergebnisse der Befragung

Die Befragung hat ergeben, dass das ESUG in der Summe die Erwartungen eher erfüllt hat.¹ Es wird als ein wichtiger Meilenstein für eine positive Veränderung der Insolvenzkultur gesehen. Es hat eher zu einer angemessenen Stärkung des Gläubigereinflusses geführt und

¹ Abbildung 1 zeigt die jeweilige Verteilung der Antworten. Ausgewiesen sind der Mittelwert (M), die Standardabweichung (SD) und die Anzahl der Antworten zur jeweiligen Frage (N). Der Referenzwert für den Mittelwert ist 2,5. Höhere Werte zeigen eine höhere Zustimmung zur Frage an.

erscheint auch nicht zu komplex. Das Stigma der Insolvenz hat sich nur leicht abgeschwächt. Verbesserungsbedarf wird bei der Rechtssicherheit gesehen.

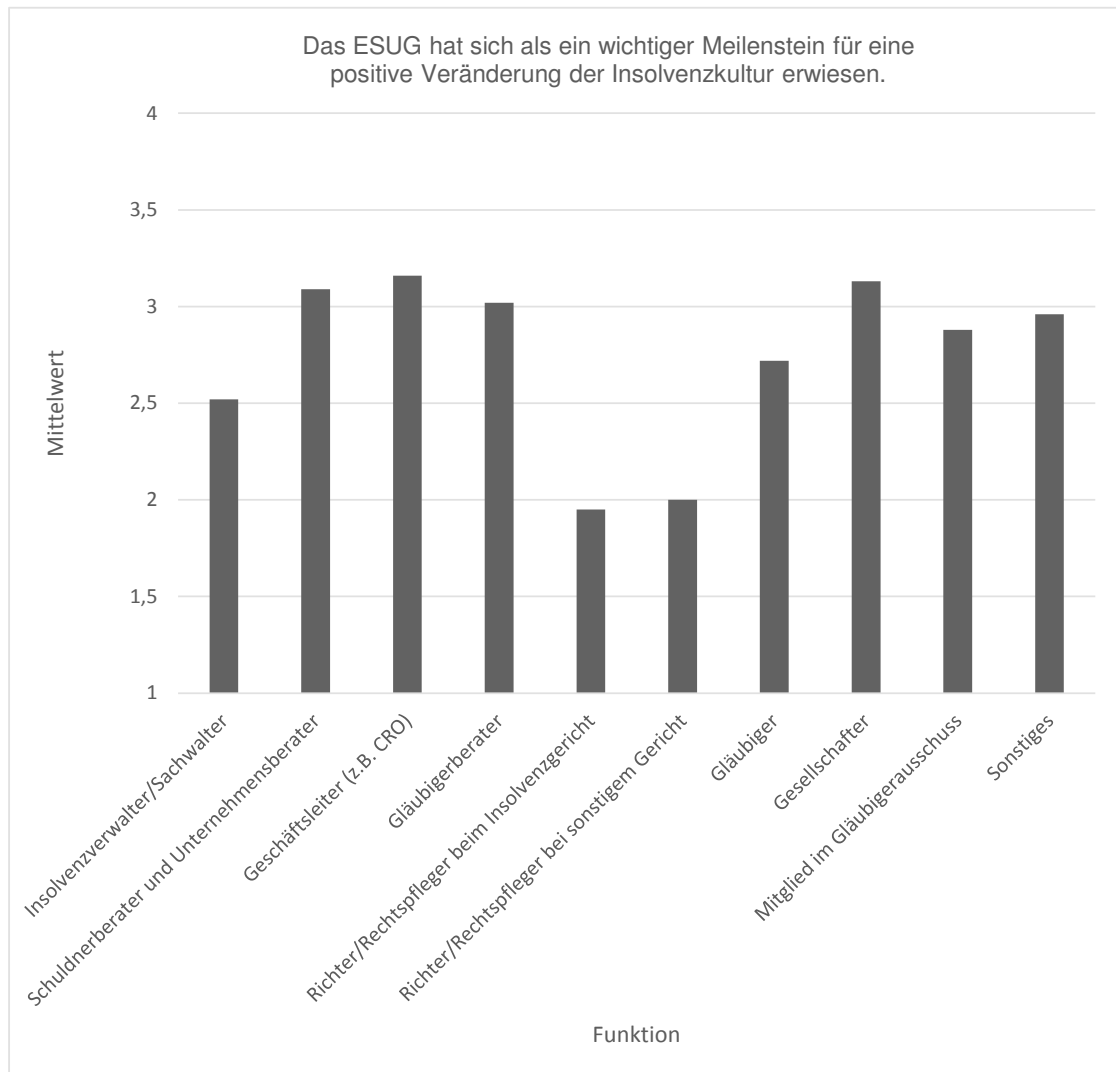


Bei der Bewertung des ESUG zeigen sich deutliche Unterschiede zwischen den verschiedenen Gruppen der Insolvenzrechtsexperten: Schuldner- und Unternehmensberater, Geschäftsleiter wie auch Gläubiger, Gläubigerberater und Mitglieder im Gläubigerausschuss bewerten das ESUG positiv und sehen ihre Erwartungen eher als erfüllt an. Die Insolvenzverwalter und Sachwalter bewerten es als befriedigend. Richter und Rechtspfleger stehen dem ESUG eher skeptisch gegenüber. Insofern ist mit dem ESUG aus der Sicht der befragten Experten die Position der Gläubiger erkennbar gestärkt worden.

Eine skeptische Gesamtbewertung des ESUG wird zudem – so zeigen die Zusammenhänge zwischen den Antworten der Befragten – insgesamt durch die Erfahrung geprägt, dass die vorläufige Eigenverwaltung bei dafür nicht geeigneten Schuldnern angeordnet worden sei und dass mit einer Eigenverwaltung hohe Zusatzkosten verbunden gewesen seien. Eine positive Gesamtbewertung wird insbesondere durch die Erfahrung bestimmt, dass sich

der praktische Anwendungsbereich für Planlösungen erweitert habe und dass die neuen Planbefugnisse die Kooperationsbereitschaft der Gesellschafter erhöht hätten.

Abb. 2 ESUG als Meilenstein der Insolvenzkultur



I. Schutzschirmverfahren und Eigenverwaltung – Erfahrungen und Bewertungen

Die Befragung zeigt zunächst, dass die Befragten größere Erfahrungen mit § 270a InsO-Verfahren als mit § 270b InsO-Verfahren haben. Gruppenspezifisch weisen die Richter und Rechtspfleger hier die relativ geringste diesbezügliche Erfahrung aus. Das § 270b InsO-

Verfahren wird hinsichtlich der frühzeitigen Antragstellung auch leicht skeptisch eingeschätzt. Die unklare Rechtslage hinsichtlich der Masseverbindlichkeiten in § 270a InsO wird insgesamt eher als Sanierungshemmnis gesehen. Auch wurden die Zusatzkosten der Eigenverwaltung als eher kritisch markiert, insbesondere von den Richtern und Rechtspfleger. Die Rolle des Sachwalters wurde als aktiv wahrgenommen. Er musste ggf. die Aufgaben eines Insolvenzverwalters wahrnehmen. Die Zusammenarbeit mit Schuldnern und deren Beratern wurde als eher problemlos angesehen. Die Rolle des Sachwalters ist über die verschiedenen Fragen hinweg insgesamt eher positiv gewürdigt worden. Es fällt jedoch auf, dass die Richter und Rechtspfleger die Rolle des Sachwalters in der Tendenz eher etwas skeptischer sehen. Es ist zudem festgestellt worden, dass die Gesellschafter und Geschäftsleiter sich strategisch zuungunsten der Gläubiger verhalten. Dies wird eher von Beschäftigten in Banken, Finanzverwaltungen und Sozialversicherträgern wie auch von Insolvenzverwaltern/Sachwaltern und bei Gläubigern so gesehen. Als maßgebliche Erfolgsfaktoren der Eigenverwaltung werden besonders häufig die Vorabstimmung der Antragstellung mit dem Insolvenzgericht, die Antragstellung mit plausiblen Sanierungskonzept inkl. Liquiditätsplanung aus Sicht der Befragten und die Unterstützung wesentlicher Gläubiger und Stakeholder im Vorfeld genannt.

Deutliche Vorteile des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO werden eher nicht gesehen. Die Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 InsO wird eher nicht als taugliche Verfahrensgrundlage betrachtet. Die Möglichkeit, den Sachwalter im Schutzschirmverfahren „mitzubringen“, wird besonders von den Schuldner- und Unternehmensberatern wie auch den Geschäftsleitern als sinnvoll und wichtig erachtet, weniger jedoch von den Richtern und Rechtspflegern. Die Eigenverwaltung wird insgesamt eher nicht zu häufig angeordnet. Gleichzeitig sollte die Möglichkeit der Aufhebung der Eigenverwaltung erleichtert werden. Diese Meinung wird von Beschäftigten aus Banken, Finanzen und Sozialversicherungen wie auch den Gläubigern vertreten. Große Zustimmung erfahren die Aussagen, dass es klar definierte Gründe geben sollte, bei deren Eintritt die Eigenverwaltung zwingend nicht anzuordnen bzw. aufzuheben ist. Ähnlich deutlich wird konstatiert, dass die Organe des eigenverwaltenden Schuldners in der Eigenverwaltung den Gläubigern unmittelbar haften sollten wie ein Insolvenzverwalter. Die höchsten Zustimmungswerte erfährt aber die Aussage, dass Aufgabenbereich und Vergütung eines (vorläufigen) Sachwalters gesetzlich klarer umrissen werden sollten. Er sollte auch mehr Einflussmöglichkeiten bekommen und seine Unabhängigkeit gestärkt werden. Diese Aussage wird insbesondere von Insolvenzverwaltern und Sachwaltern, von Richtern und Rechtspfleger wie auch von Finanzverwaltungen, Sozialversicherungen und Gläubigern als zutreffend bezeichnet. Die Frage danach, ob trotz § 270b InsO ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren notwendig sei, wird eher abschlägig beschieden.

Besonders deutlich sehen dies Insolvenzverwalter und Sachwalter wie auch Richter und Rechtspfleger, Finanzverwaltungen und Sozialversicherungsträger so. Wenn ein vorinsolvenzliches Verfahren eingeführt werden sollte, dann sollte es durch Schwellenwerte auf größere Unternehmen beschränkt sein.

II. ESUG-Regelungen zum Insolvenzplan – Erfahrungen und Bewertungen

Hinsichtlich der Erfahrungen mit den ESUG-Regelungen zum Insolvenzplan ist festzuhalten, dass hier in einem ähnlichen Ausmaß Erfahrungen vorliegen wie zum § 270a InsO-Verfahren. Besonders hervorzuheben ist hier die verbreitete Einschätzung, dass das Planverfahren im Wesentlichen gut funktioniert hat. Mit dem ESUG habe sich zudem der praktische Anwendungsbereich der Planlösung erheblich erweitert. Von den Befragten werden Nachteile für die Unternehmer und Arbeitnehmer beim Insolvenzplan eher nicht gesehen. Die neuen Planbefugnisse haben die Kooperationsbereitschaft der Gesellschafter in der Insolvenz erhöht. Von der Möglichkeit, über einen Insolvenzplan in die Rechtsstellung von Gesellschaftern einzugreifen, wurde im eher geringen Maße Gebrauch gemacht. Die Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital wurde eher im geringen Maße genutzt und führt aber auch nicht zu Nachteilen für Unternehmen und Arbeitnehmer.

Bei den Bewertungen zum Insolvenzplan fällt zunächst die Auffassung auf, dass die Position der bisherigen Gesellschafter im Planverfahren angemessen berücksichtigt wird. Eine Verbesserung der Rechtsstellung der Minderheitsgesellschafter wird eher abgelehnt. Das Freigabeverfahren nach § 253 Abs. 4 InsO sollte beibehalten werden. Der Aussage, dass der Gesetzgeber materielle Präklusionsklauseln mit Blick auf sog. Nachzügler zulassen sollte, wird im Durchschnitt ebenfalls deutlich zugestimmt. Es sind hier die Insolvenzverwalter und Sachwalter, Schuldner- und Unternehmensberater wie auch die Geschäftsleiter, die diese Meinung vertreten. Dass ein Insolvenzplan auch dazu dienen können sollte, die Verwalter-/Sachwaltervergütung verbindlich für das Festsetzungsverfahren nach § 64 InsO regeln zu können, wird ebenfalls von diesen Gruppen überproportional vertreten.

III. Gläubigerausschuss und Insolvenzverwalter – Erfahrungen und Bewertungen

Mit Bezug auf die Erfahrungen mit ESUG-Regelungen zum Gläubigerausschuss und zur Auswahl und Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters zeigt die Befragung, dass die Gerichte den einstimmigen Vorschlägen zur Person des Verwalters nach § 56a Abs. 2 InsO eher gefolgt sind und sie stärker auf Anregungen der Gläubigerseite eingegangen sind. Der stärkere

Gläubigereinfluss hat sich auch auf das Verfahren ausgewirkt. Somit hat sich der Gläubigerausschuss als wichtiges Organ der Verfahrensabwicklung erwiesen. Auch sind aus der Stärkung der Gläubigerseite im eher geringeren Maße negative Folgen hinsichtlich der Unabhängigkeit der Insolvenzverwalter oder auf die Geltendmachung von Ansprüchen erwachsen. Umstritten ist, ob es häufig vorkam, dass im Interesse einzelner Gläubiger Insolvenzverwalter bestellt wurden, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben. Insolvenzverwalter und Sachwalter schätzen dies eher so ein, Richter und Rechtspfleger eher nicht.

Die Auffassungen zum Gläubigerausschuss und zur Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters unterscheiden sich gruppenspezifisch recht deutlich. Es sind die Vertreter von Banken, Finanzverwaltungen und Sozialversicherungsträgern wie auch die Gläubiger und Mitglieder im Gläubigerausschuss, nach deren Meinung die Haftung von Mitgliedern des Gläubigerausschusses beschränkt werden sollte. Die Forderung nach einer Vergütung wird überproportional von Gläubigern, Gläubigerberatern und Mitgliedern im Gläubigerausschuss wie auch von Insolvenzverwaltern und Sachwaltern erhoben. Richter und Rechtspfleger stehen beiden Anliegen eher distanziert gegenüber. In noch deutlicherer Form wird von Richtern und Rechtspflegern abgelehnt, einen vor-vorläufigen Gläubigerausschuss mit der Kompetenz auszustatten, den Verwalter verbindlich auszuwählen (§ 56a Abs. 2 InsO). Dieses befürworten Schuldner- und Unternehmensberater, Geschäftsleiter wie auch Gläubiger, Gläubigerberater und Mitglieder im Gläubigerausschuss. Umgekehrt erstaunt es dann nicht, dass Richter und Rechtspfleger deutlich überproportional die Verwalterauswahl wieder gänzlich dem Insolvenzgericht zuordnen möchten. Die Bildung eines vor-vorläufigen Gläubigerausschusses zum Zwecke des Vorschlags der Person des vorläufigen Insolvenzverwalters wird eher von Schuldner- und Unternehmensberatern, Geschäftsleitern und Mitgliedern im Gläubigerausschuss und den Banken als sinnvoll erachtet. Dessen gesetzliche Regelung wird besonders von Insolvenzverwaltern und Sachwaltern und den Finanzverwaltungen und Sozialversicherungen für zweckdienlich gehalten.

IV. Aufgabenverteilung von Richtern und Rechtspflegern – Erfahrungen und Bewertungen

Überwiegend positiv wird die Zusammenarbeit mit den Gerichten schon bei den Vorgesprächen als auch bei der späteren Abstimmung des Insolvenzplans eingeschätzt. Die Dauer der gerichtlichen Bearbeitung erweist sich auch eher nicht als Sanierungshemmnis. Die unterschiedliche Behandlung von ESUG-Verfahren bei einzelnen Gerichten hat die Planbarkeit des Sanierungsprozesses eher erschwert und zu Ausweichstrategien geführt. Die Befähigung der Gerichte zum Umgang mit komplexen Sanierungen wird eher skeptisch gesehen.

Die Aufgabenverteilung zwischen Richtern und Rechtspflegern wird insgesamt als angemessen wahrgenommen.

Hinsichtlich der Qualifikationsanforderungen an die Richter der Insolvenzgerichte zeigt sich für die Befragten ein recht hoher Bedarf. Ähnliches gilt für die Forderung nach mehr zentralisierten Spruchkörpern für Insolvenzsachen und insolvenzbezogene Rechtsstreitigkeiten in den Bundesländern und die zentralisierten Zuständigkeiten einzelner Insolvenzgerichte für ESUG-Verfahren. Diese wird von den Schuldner- und Unternehmensberatern, Geschäftsleitern wie auch von Gläubigern, Gläubigerberatern und Mitgliedern im Gläubigerausschuss erhoben; von Richtern und Rechtspflegern sowie Insolvenzverwaltern und Sachwaltern in deutlich geringerem Maße.

F. Ergebnisse der rechtswissenschaftlichen Bewertung

Die Erkenntnisse aus der rechtswissenschaftlichen Analyse der ESUG-Regelungen lassen sich wie folgt zusammenfassen.

I. Die Rezeption des ESUG

Eine *gänzliche* Abkehr von dem ESUG, insbesondere eine grundlegende Umgestaltung der Eigenverwaltung als dem zentralen Baustein der Reform, wird weder durch die Befragungsergebnisse noch durch die rechtswissenschaftliche Bewertung nahegelegt. Die Evaluation zeigt Korrektur- und Ergänzungsbedarf in Bezug auf einzelne, allerdings durchaus gewichtige Weichenstellungen sowie in Einzelfragen auf. Die Rückkehr zum früheren Recht ist nicht veranlasst.

II. Die Eigenverwaltung

Die Leitfrage zur Eigenverwaltung lautet: *„Wird das neu geschaffene „Schutzschirmverfahren“ des § 270b InsO den Erwartungen gerecht und hat es insbesondere zu einer frühzeitigen Antragstellung und zu einer Stärkung der Eigenverwaltung geführt? Wird trotz § 270b InsO noch ein Bedürfnis für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren gesehen?“*

Aus rechtswissenschaftlicher Sicht hat das Schutzschirmverfahren trotz einer insgesamt eher positiven Akzeptanz des ESUG die Erwartungen nicht erfüllt. In den meisten Eigenverwaltungsfällen wird der Einstieg in das Verfahren über § 270a InsO gewählt. Eine deutlich frühzeitigere Antragstellung lässt sich nicht feststellen. Das ESUG hat die wechselseitigen Abhängigkeiten zwischen Beratern, Verwaltern, Sachwaltern und Profi-Gläubigern nicht be-

friedigend adressiert, so dass Interessenkonflikte nicht ausgeschlossen erscheinen. Es wird vielfach festgestellt, dass ungeeignete Verfahren mit einer vorläufigen Eigenverwaltung starten und dann in ein Regelverfahren übergehen; dieser Wechsel der Verfahrensart führt zu Disruptionen und wirkt zudem kostenerhöhend. Ein Bedeutungszuwachs der Eigenverwaltung lässt sich in der Praxis und in der Fachdiskussion erkennen, die Eigenverwaltung und der Gedanke der Sanierung haben insoweit eine Stärkung erfahren. Die Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens wird in der strukturierten Befragung eher verneint, allerdings sind die Einschätzungen dazu sehr gestreut.

Es empfiehlt sich ein gesetzgeberisches Nachsteuern der ESUG-Reformen im Sinne einer stärkeren Begrenzung des Zugangs zur Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren, aber auch im Eröffnungsverfahren, mit dem Ziel der Ausklammerung ungeeigneter Verfahren. Dazu könnte es gehören, entweder den Nachteilsbegriff des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO zu konkretisieren oder den gesamten Zugang zur (vorläufigen) Eigenverwaltung zu vereinheitlichen und sowohl (positive) Anordnungs- als auch (negative) Versagungsgründe zu normieren. Noch klarer und zu empfehlen wäre es, unabdingbare Mindestvoraussetzungen für eine gute Eigenverwaltung festzulegen, die positiv vorliegen und nachgewiesen werden müssen, um den Zugang zur Eigenverwaltung zu erhalten; dazu könnten auch Untergrenzen bei KMU gehören. Das bedeutet, dass nur bei Vorliegen gewisser Mindestanforderungen, dann aber verlässlich Zugang zur (vorläufigen) Eigenverwaltung gewährt wird, indes bei Nichteinhaltung der Mindestvoraussetzungen und bei unklarer Sachlage, also im „Graubereich“, keine Eigenverwaltung angeordnet wird. In allen Fällen sollten die gerichtlichen Prüfungsgrundlagen und -befugnisse und das Beweismaß konkret festgelegt werden.

Zu den möglichen Mindestanforderungen an die Zulassung der Eigenverwaltung ist nach den Hinweisen in der Rechtsprechung zu § 270 Abs. 2 InsO sowie in der Literatur und nach den Ergebnissen der Befragung insbesondere zu zählen die „Eigenverwaltungswürdigkeit“ des Schuldners sowie die stärkere Ausrichtung auf die Erfolgsaussichten der Eigenverwaltung im Sinne einer konkreten Verfahrens- und Sanierungsplanung einschließlich der Notwendigkeit einer belastbaren Liquiditätsplanung. Ferner muss insolvenzrechtliche Expertise sichergestellt sein und der Nachweis der Stakeholderunterstützung erfolgen mit hinreichender Gewährleistung eines repräsentativen Meinungsbilds. Bei der Eigenverwaltungswürdigkeit des Schuldners könnten eine erkennbare objektive Verletzung von Buchführungs- und Bilanzierungspflichten und die manifeste Verletzung der Insolvenzantragspflicht Anknüpfungspunkte bilden, ggf. auch Rückstände bei den Sozialversicherungsbeiträgen oder Steuererzahlungen.

Da das Schutzschirmverfahren die Erwartungen nicht erfüllt hat, spricht viel für die Verschmelzung des § 270a und des § 270b InsO-Verfahrens, wenn man die Zugangsvoraussetzungen zur Eigenverwaltung und damit auch zu § 270a InsO generell erhöht.

Darüber hinaus ist es sinnvoll, die Anforderungen an einen Sachwalter je nach Art von Verfahren festzusetzen, die der Gesetzgeber für die Eigenverwaltung freigibt. Gelangen nur noch gut vorbereitete Verfahren in die (vorläufige) Eigenverwaltung, so wird man die Position des (vorläufigen) Sachwalters auf die eines reinen Überwachers beschränken dürfen. Lässt man hingegen auch Verfahren aus dem „Graubereich“ für die Eigenverwaltung zu, bei denen nicht feststeht, dass positive Anordnungsgründe wie z.B. ein belastbares Sanierungskonzept schon vorliegen, so wird das Vertrauen der Beteiligten sich an der Person und den Befugnissen eines „starken Sachwalters“ ausrichten müssen.

Jedenfalls sollte die hinreichende Unabhängigkeit des Sachwalters im Bestellungsverfahren gesichert sein. Dabei sind vor allem auch die systemischen Verknüpfungen und Anreizbeziehungen, die sich aus dem Beraterinfluss bei der Sachwalterauswahl ergeben, zu berücksichtigen. Es erscheint als ein Problem, dass nach dem geltenden Recht der Sachwalter als Überwachungsperson vielfach über die Berater des Schuldners entweder als mitgebrachter Sachwalter (§ 270b InsO) eingesetzt und jedenfalls auch außerhalb von § 270b InsO zumindest über eine Zusammenstellung des Gläubigerausschusses seine Wahl gesteuert werden kann (§ 274 InsO i.V.m. § 56a InsO).

Der Einfluss der Schuldner auf den Sachwalter erhöht die Planbarkeit der Sanierung, kann aber eine Sanierung zu Lasten und auf dem Rücken der Gläubigergesamtheit begünstigen oder jedenfalls auch ungeeignete Verfahren „anlocken“. Zugleich erweist sich der Einfluss einzelner Gläubiger über § 56a InsO in der Eigenverwaltung als zumindest tendenziell geeignet, ein vollständig unabhängiges Handeln des Sachwalters in Frage zu stellen. Problematisch ist nicht der Gläubigerausschuss als solcher, sondern der Einfluss spezifisch auf die Wahl des Sachwalters, der darin begründet, dass eine Bildung des vorläufigen Gläubigerausschusses kraft Natur der Sache im frühen Verfahrensstadium schwierig ist und Gestaltungsspielräume eröffnet.

Insgesamt scheint es daher angebracht, in der Eigenverwaltung eine weniger vom Schuldner und dessen Beratern abhängige Auswahl des Sachwalters zu ermöglichen und insoweit auch die Abhängigkeit des Sachwalters vom Berater und die daraus folgende Geneigtheit der Rücksichtnahme auf die Organe des Schuldners und nahestehende Personen zu verringern. Das gilt einheitlich sowohl bei § 270a InsO als auch bei § 270b InsO. Eine solche Reduzierung der Wahlmöglichkeiten geschieht allerdings um den Preis einer Reduzierung der Planbarkeit des Verfahrens aus Sicht der Unternehmen und kann mithin die Sa-

nierungswilligkeit reduzieren. Um dies zu vermeiden, sollte es den Gerichten explizit erlaubt (und ggf. in Form einer Soll-Vorgabe auch vorgegeben) werden, ihre Sachwalterauswahl vor einer Antragstellung mit dem Schuldner zu erörtern. Zudem sind unterschiedliche Gerichtspraktiken einzudämmen und die Professionalität der Gerichte zu erhöhen.

Ferner sollte geprüft werden, ob § 56a InsO in der Eigenverwaltung und nur dort (Verweis in § 274 InsO) generell gestrichen werden sollte, um derartigen Verflechtungen keinen Vorschub zu leisten. Aus Sicht der (Haupt-)Gläubiger wäre die Planbarkeit der Sanierung dann zwar ebenfalls verringert, aber zugleich mit dem neutraleren Sachwalter die Wahrnehmung der objektiven Gläubigerinteressen erhöht. Diese Erhöhung der Neutralität des Sachwalters kann eine Sanierung durchaus fördern. Während § 56a InsO in der Regelverwaltung durchaus Vorteile hat, führt seine Anwendung in der Eigenverwaltung zum Problem der family & friends-Ausschüsse sowie zur Netzwerkbildung von Beratern mit Sachwaltern und Profi-Gläubigern. Insofern erscheint hier das Recht zu einer verbindlichen Vorgabe (§ 56a Abs. 2 InsO) insbesondere dann fragwürdig, wenn man mit dem Sachwalter eine neutrale Vertrauensperson für alle Beteiligten und die Gläubigergesamtheit in Eigenverwaltungsfällen positionieren will. Auch insoweit ist stets die Verknüpfung mit der Frage zu beachten, ob bereits hinreichend sichergestellt ist, dass nur „gute“ Verfahren Zugang zur Eigenverwaltung erhalten.

Ferner sollte der Gesetzgeber etwaige Reformvorhaben um Vergütungsfragen erweitern sowie hilfreiche Korrekturen und Ergänzungen in Einzelfragen anstreben. Sinnvoll erscheint die Zusammenfassung der Aufhebungsgründe bei § 270b Abs. 4 und § 272 InsO zu einem einheitlichen Aufhebungstatbestand, wenn der Gesetzgeber am Schutzschirmverfahren festhalten will. Das Problem der ungenutzten Nachteilsanzeige sollte durch eine Konkretisierung des Nachteilsbegriffs und damit im Einklang mit den zu § 270 InsO empfohlenen Reformschritten gelöst werden. Daneben könnten Fehlanreize im Zuge einer allgemeinen Auflösung der Anreizverzerrungen im Geflecht der beteiligten Personen angegangen werden. Soweit ein nur punktueller Eingreifen für rechtspolitisch erwünscht erachtet wird, könnte eine fristgebundene Entscheidungspflicht des Gerichts mit differenzierten Rechtsfolgen (Anordnung von weiteren Verfügungsbeschränkungen bis hin zur Aufhebung der Eigenverwaltung) verankert werden.

Bei der Haftung in der Eigenverwaltung muss sich der Gesetzgeber entscheiden, ob er – im Lichte einer zu erwartenden BGH-Entscheidung – aktiv werden möchte. Er kann dann zwischen einer Organaußenhaftung gegenüber den Beteiligten oder der Klarstellung und Verfeinerung der gesellschaftsrechtlichen Binnenhaftung wählen. Dabei ist auch abzustimmen, wie Generalbevollmächtigte und andere beteiligte Insolvenzexperten haften. Darüber hinaus sollte der Gesetzgeber die Möglichkeit des Schuldners, im Rahmen des § 270a InsO

Masseverbindlichkeiten nach Maßgabe einer gerichtlichen Pauschal- oder Einzelermächtigung zu begründen, klarstellen. Das Problem der Abführung von Steuer- und Sozialversicherungsverbindlichkeiten in der (vorläufigen) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren ist anzugehen; es empfiehlt sich zugleich eine Diskussion über die Reichweite des § 55 Abs. 4 InsO im Rahmen eines wünschenswerten Insolvenzsteuerrechts.

Bei der Umsetzung der zu erwartenden Richtlinie zu einem präventiven Restrukturierungsrahmen kann der Gesetzgeber je nach Gestalt einer endgültigen Richtlinie entweder das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren schlank halten und als zusätzliche Option anbieten, oder aber das vorinsolvenzliche Verfahren mit den ESUG-Verfahren verzahnen oder gar verschmelzen. Letzteres wäre von der zu erwartenden Richtlinie aufgrund ihrer klaren vorinsolvenzlichen Ausrichtung wohl nicht gedeckt und würde in stärkerem Maße als bei der erstgenannten Vorgehensweise die Gefahr einer Entwertung des ESUG und der Sanierung im Insolvenzverfahren in sich bergen. Es erscheint auch nicht praktikabel. Daher empfiehlt es sich, ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren nur als weitere Option anzubieten. Es sollte generell darauf geachtet werden, dass insolvenzreife Schuldner nicht das präventive Verfahren in Anspruch nehmen können. Vielmehr sind die Verfahrensarten voneinander zu trennen. Der volle „Instrumentenkasten“ des Insolvenzverfahrens sollte nicht schon im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren zur Verfügung stehen. Angesichts der kontroversen Einschätzungen bei der Befragung erscheint insoweit ein behutsames Vorgehen des Gesetzgebers geboten.

III. Das Insolvenzplanverfahren

Die Leitfrage zum Insolvenzplanverfahren lautet: *„Wurde von der Möglichkeit, über einen Insolvenzplan in die Rechtsstellung von Gesellschaftern einzugreifen, Gebrauch gemacht und wie hat sich dies auf die Schuldnerunternehmen ausgewirkt? In welchem Umfang wurden Forderungen in Eigenkapital umgewandelt, und hat dieser Debt-Equity-Swap im nennenswerten Umfang grob egoistische Strategien ermöglicht, die sich letztlich zum Nachteil der Unternehmen und ihrer Arbeitnehmer ausgewirkt haben?“*

Die neu geschaffenen Eingriffsbefugnisse in Anteilsrechte werden nahezu allgemein begrüßt. Die – überaus kontroversen – Auseinandersetzungen in diesem Themenkreis betreffen nicht das Ob eines Eingriffs, sondern die Bestimmung der angemessenen Reichweite solcher Eingriffe und folgerichtig deren Legitimation. Eine Rückkehr zur gesellschaftsrechtlichen Abstinentz des Insolvenzrechts ist vor diesem Hintergrund nicht angezeigt. Negative Auswirkungen der ESUG-Reformen auf Schuldnerunternehmen oder deren Arbeitnehmer sind nicht erkennbar. Allerdings ist festzuhalten, dass die neuen Befugnisse nur vergleichs-

weise selten genutzt werden, um Forderungen in Eigenkapital umzuwandeln. Häufig werden Anteile schlicht übertragen oder zum Gegenstand von Umwandlungsmaßnahmen. Insbesondere der Bereich der Integration von Umwandlungsmaßnahmen in Insolvenzpläne bedarf angesichts der hier erreichbaren Potenziale einer Gesamtrechtsnachfolge zügig einer Harmonisierung von Umwandlungs- und Insolvenzplanrecht.

Im Gegensatz dazu findet sich im Bereich des grundsätzlichen Verhältnisses von Insolvenzplan- und Gesellschaftsrecht eher ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Detail, der an die ersten Erfahrungen seit 2012 anknüpft. Vor allem sollte der Gesetzgeber die Bedeutung gesellschaftsrechtlicher Anforderungen an Planmaßnahmen in § 225a Abs. 3 InsO zugunsten des Insolvenzrechts klarstellen. Für die Einführung gesellschaftsrechtlicher Maßstäbe an Planmaßnahmen, wie etwa Rechtsfertigungsanforderungen für Bezugsrechtsausschlüsse, besteht kein Anlass. Berechtigte Belange der Gesellschafter, insbesondere in Gesellschaften im Graubereich der existenzbedrohenden Krise, sollten eher im Insolvenz(eröffnungs)verfahren adressiert werden, etwa durch ihre Berücksichtigung als Verfahrensbeteiligte im Eröffnungsverfahren und den daraus entstehenden Befugnissen bei der Feststellung der Eröffnungsgründe (Ablehnungsrecht für Gutachter). Ein zusätzliches Beschwerderecht gegen die erfolgte Verfahrenseröffnung scheint demgegenüber zu spät zu greifen und nicht zwingend sinnvoll.

Darüber hinaus machen Fälle wie Suhrkamp deutlich, dass es überlegenswert erscheinen kann, die Willensbildung in einer Gesellschaftergruppe weiter allein dem Gesellschaftsrecht zu überlassen, solange eine dann mögliche Blockadeposition dieser Gesellschaftergruppe zulasten der Gläubiger oder anderer Gesellschaftergruppen durch das Obstruktionsverbot in § 245 InsO effektiv durchbrochen werden kann. Letzteres legt die Bewertung des Plans in die Hand des Gerichts, dessen Entscheidung bei begründeten Zweifeln effektiv überprüfbar sein sollte. Entschließt man sich hingegen dafür, weiterhin auch existenzbedrohende Gesellschafterkonflikte mit den Mitteln des Insolvenzrechts zu lösen, so ist zu empfehlen, an der Irrelevanz gesellschaftsrechtlicher Bindungen und Mehrheiten im Planverfahren festzuhalten.

Die Beibehaltung einer Vorrangregel in § 245 Abs. 2 InsO schützt zutreffend vor der Umverteilung von Vermögen; ihre Flexibilisierung würde es aber – gerade in kleineren Verfahren – auch erlauben, den Unternehmer als Gesellschafter im sanierten Unternehmen zu belassen, ohne hierfür die Zustimmung *aller* Gläubigergruppen einzuholen.

Die zweite bedeutende Erweiterung des Anwendungsbereichs von Insolvenzplänen erfolgte im ESUG durch die Klarstellung der Zulässigkeit verfahrensbegleitender Insolvenzpläne. Sie hat in der Praxis die Frage aufgeworfen, welche der Verfahrensregelungen der Insol-

venzordnung nun plandispositiv sind und welche nicht. Ein taugliches dogmatisches Grundkonzept zur Beantwortung dieser Frage hatte der BGH schon zuvor entwickelt; es wurde vom ESUG-Gesetzgeber aufgegriffen und kann daher nach wie vor diesen Diskussionen zugrunde gelegt werden. Hieraus ergab sich, dass insbesondere die mit dem ESUG in den §§ 259a, 259b InsO gefundene Regelung der Nachzügler-Problematik, die dazu geführt hat, dass abweichende Präklusions- oder Ausschlussklauseln in Insolvenzplänen unzulässig sind, nicht nur von den Befragten kritisch betrachtet werden. Sie sollte auch nach den Ergebnissen der rechtswissenschaftlichen Analyse nachgebessert werden. Als neuer Regelungsansatz wäre insbesondere zu erwägen, anstelle der Verjährung eine verfassungsrechtlich zulässige verschuldensabhängige Ausschlussklausel in Insolvenzplänen zuzulassen.

Auch die Planfestigkeit der §§ 54 Nr. 2, 63-65 InsO und die daraus folgende Unzulässigkeit verbindlicher Vergütungsregelungen in Insolvenzplänen wurde in der Befragung kritisch betrachtet, da in der Praxis durchaus ein erheblicher Handlungsbedarf besteht, um planbare Verwaltervergütungen sicherzustellen. Für derartige Vergütungsvereinbarungen hat sich der Insolvenzplan allerdings in der rechtswissenschaftlichen Bewertung als das falsche Instrument herausgestellt. Es wird daher empfohlen, die Diskussion über die Zulassung von Vergütungsvereinbarungen unter Beachtung relevanter verfassungsrechtlicher Vorgaben im Rahmen einer notwendigen Reform der vergütungsrechtlichen Vorschriften zu führen.

Das ESUG hat in § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO die Möglichkeit geschaffen, auf die Schlussrechnungsprüfung zu verzichten. Der zur Reichweite dieser Regelung geführte Streit sollte dadurch entschieden werden, dass die Regelung wortgleich als neuer § 66 Abs. 4 InsO formuliert wird. Hieraus würde deutlich, dass eine Schlussrechnungsprüfung einschließlich der Hilfstätigkeit des Gerichts nach Abs. 2 insgesamt plandispositiv ist. Ergänzend könnte angefügt werden, dass die Planregelung die Aufsichtsbefugnisse des Insolvenzgerichts aus § 58 InsO nicht berührt. Das eigentliche Regelungsziel des ESUG-Gesetzgebers, die Vermeidung von Verfahrensverzögerungen, kann daneben schon durch die bloße Entkoppelung der Verfahrensaufhebung von der Schlussrechnungslegung erreicht werden. Äußern die Gläubiger einen entsprechenden Willen im Plan, so sollte das Insolvenzgericht dem grundsätzlich entsprechen. Eine entsprechende Klarstellung könnte daher in einem neuen § 258 Abs. 2 Satz 3 InsO erfolgen.

Die mit dem ESUG geschaffenen Verwalterermächtigungen in §§ 221 Satz 2, 254a Abs. 2 Satz 3 InsO, aber auch die Regelung in § 259 Abs. 3 InsO sollten zumindest durch die Benennung des Sachwalters oder durch die Schaffung einer entsprechenden Regelung in einem neuen § 284 Abs. 3 InsO explizit auf Eigenverwaltungsfälle ergänzt werden. Zudem sollte die in § 221 Satz 2 InsO normierte Ermächtigung konkretisiert werden, um dem Plangestalter eine Nachsorgeregelung unter Einbindung des bisherigen Insolvenzverwalters oder

Sachwalters zu erlauben. Unter Berücksichtigung der Absicherungswünsche der Insolvenzgläubiger, des Interesses des Schuldners an der umfassenden Wiedererlangung seiner Handlungsmacht und der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sollte in § 221 InsO erlaubt werden, einen Dritten, insbesondere den ehemaligen Insolvenzverwalter oder Sachwalter, nach Verfahrensaufhebung zur Vornahme von Umsetzungsmaßnahmen zu ermächtigen.

Die mit dem ESUG geschaffene Freigabe des Plans bei Einlegung von Rechtsmitteln wird allgemein begrüßt, da sie dazu geführt hat, dass in der Praxis alle Pläne trotz erhobener Beschwerden schnell freigegeben werden. Die Verzögerungswirkung der sofortigen Beschwerde fehlt also weniger aufgrund der verschärften Zulässigkeithürden als aufgrund der leicht erreichbaren Freigabe. Daher ist es naheliegend, das Nebeneinander von Zurückweisungsrecht wegen offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit einer sofortigen Beschwerde und Freigabe zugunsten einer vereinheitlichten Lösung zu beenden, die sich an der nach dem ESUG entstandenen Praxis orientiert. Pläne sollten also im Zweifel schnell in Rechtskraft erwachsen können, soweit nicht ausnahmsweise ein behaupteter schwerer Rechtsverstoß eine Überprüfung in zweiter Instanz unter aufschiebender Wirkung rechtfertigt. Die Beschwerdebefugnis könnte angesichts einer regelmäßig schnellen Freigabe allein am behaupteten Rechtsverstoß anknüpfen.

Befragung und rechtswissenschaftliche Analyse haben im Bereich der §§ 217 ff. InsO auch jenseits der mit dem ESUG eingeführten Normen Potenziale für eine Modernisierung der Planregelungen aufgedeckt, die sich als essentiell für eine erfolgreiche Plansanierung herausgestellt haben. So erscheint es angesichts der verbreiteten Unsicherheit über die konkreten Anforderungen an die Vollstreckbarkeit und Bestimmtheit von Planregelungen empfehlenswert, § 257 Abs. 1 InsO um eine Klarstellung zu erweitern, nach der § 726 ZPO anwendbar ist. Auch wird eine gesetzgeberische Präzisierung der Darlegungslast im Insolvenzplan, insbesondere zur Vergleichsrechnung, verbreitet gewünscht. § 220 InsO könnte etwa um eine Klarstellung erweitert werden, nach der bei Feststellung des Liquidationswertes in der Vergleichsrechnung im Zweifel kein Zerschlagungswert, sondern der Fortführungswert zugrunde zu legen ist, wenn das Unternehmen nach dem Plan fortführungsfähig ist und ein Verkauf des Unternehmens ohne den Plan nicht offensichtlich aussichtslos erscheint. Zu weitgehend erscheint es demgegenüber, die Durchführung eines M&A-Prozesses zur tatsächlichen Bestimmung des Liquidationswertes generell vorzuschreiben oder aber zum notwendigen Gegenstand einer Gläubiger(ausschuss)entscheidung zu machen. Daneben wird empfohlen, dem Gläubigerausschuss oder dem (unabhängigen) Sachwalter eine frühzeitige Prüfung der Vergleichsrechnung (etwa im Rahmen der Stellungnahme nach § 232 InsO) aufzugeben.

Die Beendigung des Insolvenzverfahrens nach rechtskräftiger Bestätigung des Insolvenzplans könnte weiter beschleunigt werden, indem die mit dem ESUG in § 258 Abs. 2 InsO geschaffene Regelung nochmals angepasst wird. Zwar bliebe die Pflicht zur Befriedigung von Masseverbindlichkeiten unangetastet; zur Verfahrensaufhebung könnte aber der Nachweis genügen, dass die im Zeitpunkt der rechtskräftigen Planbestätigung fälligen unstreitigen Masseverbindlichkeiten erfüllt sind. Für später fällig werdende oder streitige Masseschulden sollte es genügen, dass ihre Befriedigung in der Finanzplanung angemessen berücksichtigt ist, soweit sie nicht gesondert besichert werden. Die derzeit in § 258 Abs. 2 Satz 2 InsO verankerte Differenzierung könnte entfallen, zumal sie verbreitet ohnehin als Redaktionsversehen verstanden wird.

In Großverfahren würde man dem Gericht die Verfahrensabwicklung zudem dadurch erleichtern, dass es sich für die Massenkommunikation mit den Gläubigern und anderen Verfahrensbeteiligten der Infrastruktur des Verwalters bzw. Sachwalters bedienen darf. Hierzu könnte die Anwendbarkeit des § 8 Abs. 3 InsO in § 235 Abs. 3 InsO und in § 252 Abs. 2 InsO explizit bestimmt werden. Schließlich ist anzuregen, die Bekanntmachungsregelung in § 258 Abs. 3 InsO zu vereinfachen. Angesichts der Fehleranfälligkeit der derzeitigen Gesetzeslage und der Bedeutung der Verfahrensaufhebung für alle Beteiligten ist anzuregen, das Wirksamwerden des Aufhebungsbeschlusses in Anlehnung an die Regelung zum Eröffnungsbeschluss in § 27 Abs. 2 Nr. 3 InsO unabhängig von § 9 Abs. 1 Satz 3 InsO im Beschluss selbst zu bestimmen.

IV. Auswahl des Insolvenzverwalters

Die Leitfrage zur Auswahl des Insolvenzverwalters lautet: *„In welchem Umfang hat sich der stärkere Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters auf dessen Unabhängigkeit ausgewirkt? Ist es im nennenswerten Umfang vorgekommen, dass im Interesse einzelner Gläubiger Verwalter bestellt wurden, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben?“* Dazu hat die Analyse folgende Ergebnisse erbracht:

Es lässt sich keine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der Insolvenzverwalter feststellen, die es erforderlich macht, die ESUG-Reformen rückgängig zu machen. In professionell, mit Erfahrung und Sachkunde durchgeführten Verfahren lässt sich die Unabhängigkeit sicherstellen. Viel hängt dabei von der professionellen Begleitung der Verfahren durch die Insolvenzgerichte ab, weil diesen die Kontrolle der Unabhängigkeit des Verwalters, aber eben auch die Entscheidung über die Besetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses zugewiesen ist. Deswegen sind Erfahrung, Sachkunde und Kompetenz der Gerichte sicherzustellen, worauf sogleich unter V zurückzukommen ist.

Die mit dem ESUG eingeschlagene rechtspolitische Richtung ist konsequent weiter zu verfolgen, indem einem erstmals vorzusehenden vor-vorläufigen Gläubigerausschuss die Kompetenz eingeräumt wird, den Insolvenzverwalter auszuwählen. Auch dann kann das Gericht in Wahrnehmung seiner Kontrollbefugnisse der Beeinträchtigung der Unabhängigkeit entgegenwirken. Diese Weichenstellung ist insbesondere auch dann zu begrüßen, wenn man den oben unter II. empfohlenen Weg geht, die Voraussetzungen der Eigenverwaltung restriktiver zu regeln. Die Einflussmöglichkeiten, die dort verloren gehen, werden dann an dieser Stelle ausgeglichen.

Zur Besetzung des (vor-)vorläufigen Gläubigerausschusses ist der Verweis des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a InsO auf § 67 InsO so auszuweiten, dass er sich auch auf § 67 Abs. 3 InsO erstreckt. Von der Beteiligung von Kleingläubigern sollte indessen abgesehen werden können. Die Vergütung der Ausschussmitglieder ist im Rahmen einer Vergütungsreform neu zu regeln und sollte sich für professionelle Mitglieder tendenziell erhöhen.

V. Gerichtsorganisation

Zur Gerichtsorganisation lautet die Leitfrage: *„Ist die Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger angemessen oder sollte im Interesse einer effektiven Verfahrensabwicklung die funktionelle Zuständigkeit neu austariert werden?“* Dazu hat die Analyse folgende Ergebnisse erbracht:

Im Hinblick auf die Aufgabenverteilung von Richter und Rechtspfleger lässt sich ein dringlicher rechtspolitischer Handlungsbedarf nicht feststellen. Vielmehr hat die Neuregelung durch das ESUG in § 18 Abs. 1 Nr. 2 RPfIG demonstriert, dass mit jeder Zuständigkeitsveränderung neue Auslegungsprobleme entstehen, die die Verfahrensabwicklung belasten. Vor diesem Hintergrund und angesichts der bei der Befragung ermittelten Zufriedenheit der Beteiligten sprechen gute Gründe dafür, die Regelungen zur funktionellen Zuständigkeit in § 18 RPfIG nicht zu ändern.

ESUG-Verfahren sind – im Unterschied zu den bisherigen Konzentrationsvorgaben in § 2 InsO für die Landesjustizverwaltungen verpflichtend – möglichst nach dem Vorbild des § 2 Abs. 3 InsO bei einem Gericht je Bezirk eines Oberlandesgerichts, jedenfalls aber bei maximal einem Gericht je Landgerichtsbezirk zu konzentrieren, um dort spezifische Expertise aufzubauen. Zu dieser Expertise zählen auch ökonomische Fertigkeiten.

Im Rahmen dieser Konzentration der Insolvenzgerichte wird zu prüfen sein, inwieweit eine solche auch für Streitsachen geboten ist, ob also der Einrichtung eines „großen Insolvenzgerichts“ näher getreten werden sollte. Damit einhergehende Konzentrationswirkungen hätten sicher positive Effekte auf die Kompetenz und den Erfahrungsschatz der dort ver-

sammeln Richter und Rechtspfleger. Inwieweit parallel dazu auch eine Konzentration des Marktes auf Verwalterseite in Form einer Bundesliste bzw. eine kammerartigen Berufszugangsregelung vorangetrieben werden sollte, lässt sich anhand der Datenlage der Befragung nicht einschätzen. Die Diskussion scheint hier noch in der Entwicklung und sollte weiter verfolgt werden.

G. Ausblick auf weiteren Reformbedarf

Die Evaluation hat eine ganze Reihe von Problemen identifiziert, die ein Nachsteuern des Gesetzgebers sinnvoll erscheinen lassen. Mögliche Lösungsansätze wurden zusammengetragen und wiederum evaluiert. Zugleich hat die rechtswissenschaftliche Bewertung aber auch ergeben, dass einige grundlegendere Reformen im Bereich des Insolvenzrechts wünschenswert sind. Während für die Gesetzgebung der Länder weiter das Thema Gerichtskonzentration hervorzuheben ist, wird man den Bundesgesetzgeber zu einer grundlegenden Reform des Vergütungsrechts auffordern müssen. Dies kann im Kontext der Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie erfolgen, deren Entwurfsfassung eine angemessene Vergütung der Verwalter ausdrücklich anmahnt. Entsprechendes wird für andere Verfahrensorgane, etwa Mitglieder des Gläubigerausschusses, zu gelten haben. Die in der Evaluation festgestellte eher geringere Akzeptanz des Schutzschirmverfahrens weist zugleich den Weg zu einer passgenauen Ergänzung des deutschen Insolvenzrechts mit vorinsolvenzlichen Sanierungswerkzeugen.

Die weitere Etablierung gesellschaftsrechtlicher Planregelungen wird es erforderlich machen, die Regelungen des Umwandlungsrechts mit denen des Insolvenzrechts kompatibel zu gestalten. Die eingehende Untersuchung dieses Fragenkomplexes konnte im Rahmen der Evaluierung nicht geleistet werden; sie sollte zeitnah gesondert erfolgen. Insgesamt wird an vielen Stellen der Analyse deutlich, dass ein schnellerer Zugang zum BGH bei Fragen von grundsätzlicher Bedeutung wünschenswert wäre, um durch höchstrichterliche Entscheidungen Rechtssicherheit zu erzeugen. Eine passgenaue Gestaltung in einem neuen § 7 InsO wäre zu diskutieren.

Schließlich muss jede Erleichterung der Sanierung von Unternehmen wirkungslos bleiben, wenn die Besteuerung der hieraus entstehenden Buchgewinne nicht rechtssicher und sanierungsfreundlich geregelt ist. Einkommenssteuerrechtliche Behelfslösungen mögen hier die größte Not lindern; die Wiederaufnahme der Initiative für ein kohärentes Insolvenzsteuerrecht wird sich dadurch jedenfalls nicht erübrigen.

EVALUIERUNG

Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011

Prof. Dr. F. Jacoby, Prof. Dr. S. Madaus, Prof. Dr. D. Sack,
H. Schmidt, Prof. Dr. C. Thole

Inhalt

Einleitung	1
A. Anlass	1
B. Ziele und Methoden des Forschungsvorhabens	2
I. Statistischer Überblick über ESUG-Verfahren in Eigenverwaltung	2
II. Strukturierte Befragung	2
III. Rechtswissenschaftliche Analyse	3
IV. Qualitative Untersuchung von Einzelfällen	3
C. Beteiligte Forscher	4
Erster Teil – Statistische Analyse der ESUG-Verfahren in Eigenverwaltung	5
A. Grundgesamtheit Eigenverwaltungsverfahren	5
B. Entwicklung der Eigenverwaltungsverfahren	8
C. Zusammenfassung	15
Zweiter Teil – Ergebnisse der ESUG-Befragung	16
A. Konstruktion des Fragebogens	16
B. Verlauf der Befragung, Rücklauf und Datenqualität	17
I. Prüfung der Qualität des Fragebogens	18
II. Prüfung der bundesweiten Aussagekraft und Repräsentativität der Antworten	19
C. Auswertungen	20
I. Erfahrungen mit Schutzschirmverfahren und Eigenverwaltung	21
II. Erfahrungen mit ESUG-Regelungen zum Insolvenzplan	25
III. Erfahrungen mit Gläubigerausschuss und Insolvenzverwalter	27
IV. Aufgabenverteilung von Richtern und Rechtspflegern	29
V. Bewertung des Schutzschirmverfahrens und der Eigenverwaltung	31
VI. Bewertungen zum Insolvenzplan	33
VII. Bewertungen zum Gläubigerausschuss und zur Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters	35
VIII. Bewertungen zur Aufgabenverteilung von Richtern und Rechtspflegern und zur Zuständigkeit	36

IX. Gesamtbewertung des ESUG	38
D. Auswertungen nach Berufs- und Funktionsgruppen	41
Dritter Teil – Rechtswissenschaftliche Bewertung des ESUG	50
A. Allgemeine Rezeption der ESUG-Reform	50
I. Ergebnisse aus Statistik und Befragung	50
II. Sonstige ESUG-Studien	51
III. Rechtsprechung	52
IV. Literatur	52
V. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	53
VI. Fallstudien	53
VII. Bewertung	54
VIII. Empfehlung	55
B. Die Eigenverwaltung einschließlich vorläufiger Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren	55
I. Die Eingangsvoraussetzungen der Eigenverwaltung (§ 270 InsO)	55
1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung	55
2. Sonstige ESUG-Studien	57
3. Rechtsprechung	57
4. Literatur	60
5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	66
6. Fallstudien	69
7. Bewertung	70
a) Die Eigenverwaltungswürdigkeit des Schuldners	71
b) Die Eigenverwaltung im Interesse des Verfahrensergebnisses	72
c) Die Eigenverwaltungskosten, insbesondere durch Beratungskosten	74
d) Die Hinzuziehung von Insolvenzexpertise	75
e) Der Nachweis der Stakeholderunterstützung	76
f) Handlungsoptionen des Gesetzgebers	76
8. Empfehlung	79
II. Die Abgrenzung der Befugnisse und das Rollenverständnis des Sachwalters	80

1.	Ergebnisse aus Statistik und Befragung.....	80
2.	Sonstige ESUG-Studien	81
3.	Rechtsprechung.....	81
4.	Literatur.....	83
5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	85
6.	Fallstudien	85
7.	Bewertung.....	85
a)	Der mitgebrachte Sachwalter	87
b)	Der unabhängige Sachwalter	87
c)	Handlungsoptionen des Gesetzgebers	87
8.	Empfehlung.....	90
III.	Unabhängigkeit des (vorläufigen) Sachwalters und Einfluss der (Schuldner-)Berater und der Gläubiger	90
1.	Ergebnisse aus Statistik und Befragung.....	90
2.	Sonstige ESUG-Studien	91
3.	Rechtsprechung.....	92
4.	Literatur.....	93
5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	94
6.	Fallstudien	95
7.	Bewertung.....	96
a)	Generelle Einbindung der Schuldnerberater	96
b)	Einfluss der Schuldnerberater auf die Sachwalterauswahl (außerhalb § 270b InsO).....	97
c)	Speziell der mitgebrachte Sachwalter im Verfahren nach § 270b InsO	97
d)	Einfluss der Gläubigerausschüsse auf die Sachwalterauswahl	98
8.	Empfehlung.....	99
IV.	Die Akzeptanz des Schutzschirmverfahrens und das Verhältnis von vorläufiger Eigenverwaltung (§ 270a InsO) und Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO)	100
1.	Ergebnisse aus Statistik und Befragung.....	100
2.	Sonstige ESUG-Studien	101
3.	Rechtsprechung.....	101

4.	Literatur.....	101
5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	103
6.	Fallstudien	103
7.	Bewertung.....	104
8.	Empfehlung.....	107
V.	Anforderungen an das Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO).....	107
1.	Ergebnisse aus Statistik und Befragung.....	107
2.	Sonstige ESUG-Studien	108
3.	Rechtsprechung.....	108
4.	Literatur.....	108
5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	109
6.	Fallstudien	110
7.	Bewertung.....	110
8.	Empfehlung.....	112
VI.	Die Aufhebung der Eigenverwaltung und Wechsel von der Eigenverwaltung ins Regel(eröffnungs)verfahren	112
1.	Ergebnisse aus Statistik und Befragung.....	112
2.	Sonstige ESUG-Studien	112
3.	Rechtsprechung.....	113
4.	Literatur.....	113
5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	114
6.	Fallstudien	115
7.	Bewertung.....	115
8.	Empfehlung.....	117
VII.	Die Nachteilsanzeige nach § 274 Abs. 3 InsO.....	117
1.	Ergebnisse aus Statistik und Befragung.....	118
2.	Sonstige ESUG-Studien	118
3.	Rechtsprechung.....	118
4.	Literatur.....	118
5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	118

6.	Fallstudien	119
7.	Bewertung.....	119
8.	Empfehlung.....	120
VIII.	Haftung in der Eigenverwaltung	120
1.	Ergebnisse aus Statistik und Befragung.....	120
2.	Sonstige ESUG-Studien	120
3.	Rechtsprechung.....	120
4.	Literatur.....	121
5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	123
6.	Fallstudien	123
7.	Bewertung.....	123
8.	Empfehlung.....	125
IX.	Begründung von Masseverbindlichkeiten bei § 270a InsO	125
1.	Ergebnisse aus Statistik und Befragung.....	125
2.	Sonstige ESUG-Studien	125
3.	Rechtsprechung.....	126
4.	Literatur.....	127
5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	127
6.	Fallstudien	128
7.	Bewertung.....	128
8.	Empfehlung.....	129
X.	Die Bedeutung von Steuer- und Sozialversicherungsverbindlichkeiten in der Eigenverwaltung bei §§ 270a, b InsO und § 55 Abs. 4 InsO	130
1.	Ergebnisse aus Statistik und Befragung.....	130
2.	Sonstige ESUG-Studien	130
3.	Rechtsprechung.....	130
4.	Schrifttum.....	132
5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	133
6.	Fallstudien	133
7.	Bewertung.....	133

8.	Empfehlung.....	134
XI.	Bedürfnis für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren	134
1.	Ergebnisse aus Statistik und Befragung.....	134
2.	Sonstige ESUG-Studien	135
3.	Rechtsprechung.....	135
4.	Literatur.....	135
5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	136
6.	Fallstudien	137
7.	Bewertung.....	137
8.	Empfehlung.....	139
C.	Das Planverfahren	140
I.	Der neue Anwendungsbereich (§ 217 InsO) – Verfahrens(beg)leitender Insolvenzplan	140
1.	Ergebnis der Befragung.....	141
2.	Sonstige ESUG-Studien	142
3.	Stellungnahmen aus Rechtsprechung, Literatur und Verbänden	142
a)	Planregelungen zur Forderungsprüfung, §§ 174-186 InsO.....	142
b)	Präklusions- oder Ausschlussklauseln für Nachzügler, §§ 259a, 259b InsO.....	143
c)	Vergütungsregelungen, §§ 54 Nr. 2, 63-65 InsO, InsVV.....	146
d)	Verzicht auf die Schlussrechnungsprüfung, § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO	147
e)	Verwalterermächtigungen, § 221 Satz 2 und § 259 Abs. 3 InsO	149
4.	Ergebnisse der Fallstudien	150
5.	Bewertung.....	150
a)	Plantauglichkeit einer Regelung nach § 217 InsO	152
b)	Plandispositivität der verdrängten InsO-Regelung	153
c)	Analyse der Problemfälle.....	153
(1)	Planregelungen zur Forderungsprüfung, §§ 174-186 InsO.....	154
(2)	Präklusions- oder Ausschlussklauseln für Nachzügler, §§ 259a, 259b InsO...	154
(3)	Vergütungsregelungen, §§ 54 Nr. 2, 63-65 InsO, InsVV	157
(4)	Verzicht auf die Schlussrechnungsprüfung, § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO.....	158

(5) Verwalterermächtigungen, § 221 Satz 2 und § 259 Abs. 3 InsO	160
6. Empfehlungen.....	161
a) Planregelungen zur Forderungsprüfung, §§ 174-186 InsO.....	161
b) Präklusions- oder Ausschlussklauseln für Nachzügler, §§ 259a, 259b InsO.....	162
c) Vergütungsregelungen, §§ 54 Nr. 2, 63-65 InsO, InsVV.....	162
d) Verzicht auf die Schlussrechnungsprüfung, § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO.....	163
e) Verwalterermächtigungen, § 221 Satz 2 und § 259 Abs. 3 InsO	163
II. Der neue Anwendungsbereich (§ 217 InsO) – Eingriffe in Anteils- und Mitgliedschaftsrechte.....	164
1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung.....	164
2. Sonstige ESUG-Studien	166
3. Rechtsprechung.....	167
4. Literatur.....	167
5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	172
6. Fallstudien	172
7. Bewertung.....	173
a) Verhältnis von Gesellschafts- und Insolvenzrecht.....	174
(1) Der Kreis zulässiger Gegenstände einer Planregelung	174
(2) Die Klarstellung des Maßstabs einer „gesellschaftsrechtlich zulässigen“ Planregelung	175
b) Überprüfung und Anpassung der verfahrensrechtlichen Position der Gesellschafter.....	176
(1) Verfahrenseröffnung.....	176
(2) Planabstimmung	177
(3) Planbestätigung	178
(4) Rechtsmittel	180
c) Umwandlungen und Distressed-Debt-Investoren.....	181
8. Empfehlungen.....	182
III. Der neue Anwendungsbereich (§ 217 InsO) – Pläne bei Masseunzulänglichkeit	183
1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung sowie sonstigen ESUG-Studien.....	183
2. Stellungnahmen aus Rechtsprechung, Literatur und Verbänden	183

3.	Rechtspolitische Stellungnahmen der Verbände und Fallstudien	184
4.	Bewertung.....	184
5.	Empfehlung.....	186
IV.	Gesetzgeberischer Handlungsbedarf bei Regelungen zum Planinhalt.....	186
1.	Vollstreckbarkeit und Bestimmtheit von Planregelungen	186
2.	Darlegungsanforderungen, insbes. zur Vergleichsrechnung	188
a)	Bestimmung des Liquidationswertes in der Unternehmensinsolvenz	189
b)	Bestimmung des Liquidationswertes in der Insolvenz natürlicher Personen	191
V.	Gesetzgeberischer Handlungsbedarf bei Regelungen zum Planverfahren.....	193
1.	Gerichtliche Vorprüfung	193
2.	Erörterungs- und Abstimmungstermin sowie Planbestätigung	194
3.	Verfahrensaufhebung	195
a)	Aufhebungsvoraussetzungen, § 258 Abs. 2 InsO	195
b)	Bekanntmachung, § 258 Abs. 3 InsO	197
VI.	Sofortige Beschwerde und Freigabe	197
1.	Ergebnisse aus Statistik und Befragung.....	198
2.	Sonstige ESUG-Studien	198
3.	Rechtsprechung.....	198
4.	Literatur.....	200
5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	200
6.	Fallstudien	201
7.	Bewertung.....	201
8.	Empfehlung.....	203
VII.	Nachsorge für bestätigte Pläne	203
1.	Ergebnisse aus Statistik und Befragung sowie sonstigen ESUG-Studien	204
2.	Rechtsprechung, Literatur und Fallstudien.....	204
3.	Bewertung.....	205
4.	Empfehlung.....	206
D.	Auswahl des Insolvenzverwalters.....	207
I.	Akzeptanz der Neuregelung zur Bestellung des Verwalters.....	207

1.	Ergebnis der Befragung.....	207
2.	Sonstige ESUG-Studien	208
3.	Rechtsprechung.....	209
4.	Literatur.....	209
5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	210
6.	Bewertung.....	211
7.	Empfehlung.....	211
II.	Unabhängigkeit von spezifischen Gläubigerinteressen	211
1.	Ergebnis der Befragung.....	211
2.	Sonstige ESUG-Studien	211
3.	Rechtsprechung.....	212
4.	Literatur.....	213
5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	214
6.	Fallstudien	214
7.	Bewertung.....	215
8.	Empfehlung.....	215
III.	Unabhängigkeit von Schuldnerinteressen.....	216
1.	Ergebnis der Befragung.....	216
2.	Sonstige ESUG-Studien	217
3.	Rechtsprechung.....	217
4.	Literatur.....	218
5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	218
6.	Fallstudie	219
7.	Bewertung.....	219
8.	Empfehlung.....	220
IV.	Bildung eines Gläubigerausschusses	220
1.	Ergebnis der Befragung.....	221
2.	Sonstige ESUG-Studien	222
3.	Rechtsprechung.....	222
4.	Literatur.....	223

5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	224
6.	Fallstudien	224
7.	Bewertung.....	224
8.	Empfehlung.....	225
V.	Zusammensetzung des Ausschusses.....	226
1.	Ergebnis der Befragung.....	226
2.	Sonstige ESUG-Studien	227
3.	Rechtsprechung.....	227
4.	Literatur.....	228
5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	228
6.	Fallstudien	229
7.	Bewertung.....	230
8.	Empfehlung.....	231
E.	Gerichtsorganisation.....	232
I.	Angemessenheit der Aufgabenverteilung (funktionelle Zuständigkeit)	232
1.	Ergebnis der Befragung.....	232
2.	Sonstige ESUG-Studien	233
3.	Rechtsprechung.....	233
4.	Literatur.....	233
5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	234
6.	Bewertung.....	234
7.	Empfehlung.....	235
II.	Kompetenz, Sachkunde und Erfahrung der beteiligten Gerichtspersonen	235
1.	Ergebnis der Befragung sowie Statistik.....	236
2.	Sonstige ESUG-Studien	237
3.	Rechtsprechung.....	238
4.	Literatur.....	238
5.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	238
6.	Bewertung.....	239
7.	Empfehlung.....	239

III.	Institutionelle Verbesserungen der Verfahrensbetreuung.....	239
1.	Ergebnis der Befragung.....	240
2.	Sonstige ESUG-Studien und Rechtsprechung.....	240
3.	Literatur.....	240
4.	Rechtspolitische Vorschläge der Verbände	241
5.	Bewertung.....	242
6.	Empfehlung.....	242
Vierter Teil – Qualitative Untersuchung von ESUG-Verfahren.....		243
A.	Fallstudie Nr. 1.....	243
I.	Sachverhalt.....	243
II.	Rechtliche Probleme	245
B.	Fallstudie Nr. 2.....	246
I.	Sachverhalt.....	246
II.	Rechtliche Probleme	248
C.	Fallstudie Nr. 3.....	249
I.	Sachverhalt.....	249
II.	Rechtliche Probleme	251
D.	Fallstudie Nr. 4.....	253
I.	Sachverhalt.....	253
II.	Rechtliche Probleme	255
E.	Fallstudie Nr. 5.....	257
I.	Sachverhalt.....	257
II.	Rechtliche Probleme	258
F.	Fallstudie Nr. 6.....	260
I.	Sachverhalt.....	260
II.	Rechtliche Probleme	261
G.	Fallstudie Nr. 7.....	263
I.	Sachverhalt.....	263
II.	Rechtliche Probleme	265
H.	Fallstudie Nr. 8.....	267

I.	Sachverhalt.....	267
II.	Rechtliche Probleme	269
I.	Fallstudie Nr. 9.....	273
I.	Sachverhalt.....	273
II.	Rechtliche Probleme	275
J.	Fallstudie Nr. 10.....	278
I.	Sachverhalt.....	278
II.	Rechtliche Probleme	280
K.	Fallstudie Nr. 11.....	282
I.	Sachverhalt.....	282
II.	Rechtliche Probleme	283
L.	Fallstudie Nr. 12.....	285
I.	Sachverhalt.....	285
II.	Rechtliche Probleme	287
M.	Fallstudie Nr. 13.....	288
I.	Sachverhalt.....	288
II.	Rechtliche Probleme	289
N.	Fallstudie Nr. 14.....	291
I.	Sachverhalt.....	291
II.	Rechtliche Probleme	293
O.	Fallstudie Nr. 15.....	294
I.	Sachverhalt.....	294
II.	Rechtliche Probleme	295
	Zusammenfassende Bewertung.....	297
A.	Rezeption des ESUG.....	297
B.	Die Eigenverwaltung.....	297
1.	Leitfrage des Untersuchungsauftrags zur Eigenverwaltung.....	297
2.	Reformperspektiven zur Eigenverwaltung.....	298
C.	Das Planverfahren	301
1.	Leitfrage des Untersuchungsauftrags zum Planverfahren	301

2. Reformperspektiven zum Planverfahren	301
D. Auswahl des Insolvenzverwalters.....	306
E. Gerichtsorganisation.....	307
Verzeichnisse	309
A. Tabellen und Abbildungen.....	309
B. Literatur.....	311
C. ESUG-Studien	324
D. Stellungnahmen von Verbänden	324
Anhang: Fragebogen der ESUG-Befragung.....	326

Im Sinne der Lesbarkeit wird im gesamten Bericht das generische Maskulinum verwendet. Wenn nicht anders erwähnt, werden damit jedoch keine geschlechtsspezifischen Aussagen getroffen.

Einleitung

A. Anlass

Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7.12.2011 (BGBl. I S. 2582) ist in seinen wesentlichen Teilen am 1.3.2012 in Kraft getreten. Mit dem ESUG sollten die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Sanierung notleidender Unternehmen verbessert und die Voraussetzungen für die Ausbildung einer Sanierungskultur geschaffen werden, in welcher das Insolvenzverfahren auch als „Chance zur Sanierung“ verstanden und genutzt wird.

Mit Beschluss des Deutschen Bundestages vom 27.10.2011 wurde die Bundesregierung verpflichtet, die Erfahrungen mit der Anwendung des Gesetzes fünf Jahre nach dessen Inkrafttreten zu evaluieren und auf dieser Grundlage dem Deutschen Bundestag unverzüglich Bericht zu erstatten.

Die Evaluation umfasst den Zeitraum 1.3.2012 bis 28.2.2017 und geht insbesondere folgenden Leitfragen nach:

1. In welchem Umfang hat sich der stärkere Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters auf dessen Unabhängigkeit ausgewirkt? Ist es im nennenswerten Umfang vorgekommen, dass im Interesse einzelner Gläubiger Verwalter bestellt wurden, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben?
2. Wurde von der Möglichkeit, über einen Insolvenzplan in die Rechtsstellung von Gesellschaftern einzugreifen, Gebrauch gemacht und wie hat sich dies auf die Schuldnerunternehmen ausgewirkt? In welchem Umfang wurden Forderungen in Eigenkapital umgewandelt, und hat dieser Debt-Equity-Swap im nennenswerten Umfang grob egoistische Strategien ermöglicht, die sich letztlich zum Nachteil der Unternehmen und ihrer Arbeitnehmer ausgewirkt haben?
3. Wird das neu geschaffene „Schutzschirmverfahren“ des § 270b InsO den Erwartungen gerecht und hat es insbesondere zu einer frühzeitigen Antragstellung und zu einer Stärkung der Eigenverwaltung geführt? Wird trotz § 270b InsO noch ein Bedürfnis für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren gesehen?
4. Ist die Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger angemessen oder sollte im Interesse einer effektiven Verfahrensabwicklung die funktionelle Zuständigkeit neu austariert werden?

B. Ziele und Methoden des Forschungsvorhabens

Dieses Forschungsvorhaben zielt darauf ab, eine Grundlage für den Bericht der Bundesregierung an den Bundestag zu schaffen. Anhand einer Auswertung der Erfahrungen mit dem ESUG sollen dessen Auswirkungen auf die Praxis der Unternehmenssanierung in Deutschland umfassend untersucht und dargestellt werden.

Darüber hinaus soll ermittelt werden, ob Bedarf besteht, die Sanierungsinstrumentarien mit Blick auf die Besonderheiten kleinerer und größerer Unternehmen fortzuentwickeln. Einzugehen ist weiter auf etwaige Sanierungshindernisse, die durch das ESUG nicht beseitigt wurden oder im Zuge der Anwendung des ESUG sichtbar geworden sind.

Um diese Ziele zu erreichen, geht die Untersuchung in ihren vier Teilen den im Folgenden beschriebenen Weg. Die Erkenntnisse aus der Untersuchung werden am Ende zusammengefasst.

I. Statistischer Überblick über ESUG-Verfahren in Eigenverwaltung

Der erste Teil beinhaltet eine bi- und multivariate statistische Analyse von 1.609 ESUG-Verfahren mit Eigenverwaltung (1.3.2012 - 28.2.2017). Es handelt sich hier um eine Vollerhebung aller bekannten Verfahren im genannten Zeitraum, in denen Sicherungsanordnungen nach § 270a InsO oder § 270b InsO oder/und eine Eröffnung des Verfahrens in Eigenverwaltung erfolgten.

Diese statistische Auswertung zielte nicht nur darauf ab zu ermitteln, wie viele solcher Verfahren es in dem genannten Evaluationszeitraum gab, sondern auch darauf, in welcher Weise die Möglichkeiten des ESUG genutzt wurden, ob die Nutzung der ESUG-Instrumente von bestimmten Struktureigenschaften der Unternehmen (Unternehmensklassen) abhängig war, und schließlich, ob es zu einer Ballung entsprechender Verfahren an einzelnen Gerichtsstandorten gekommen ist.

II. Strukturierte Befragung

Im zweiten Teil werden die Ergebnisse einer strukturierten Befragung vorgelegt. Adressiert wurden Insolvenzrechtsexperten, u.a. Insolvenzverwalter und Sachwalter, Sanierungs- und Unternehmensberater, Richter, Rechtspfleger, Geschäftsleiter, Gläubiger und Mitglieder in Gläubigerausschüssen. Insgesamt konnten 825 Fragebögen in die Analyse einbezogen werden. Diese Grundgesamtheit (N = 825) und der Rücklauf (ca. 41%) sind erkennbar größer gewesen als bei vergleichbaren Erhebungen im Feld (ca. 140 Fragebögen bei 6% Rück-

lauf bei Roland Berger/HgGUR-ESUG-Studie 2017). Die Repräsentativität über die unterschiedlichen Regionen wie auch der verschiedenen, an Insolvenzverfahren beteiligten Gruppen ist mit der Befragung gewährleistet worden.

Der standardisierte Fragebogen war wie folgt aufgebaut: Nach der Erhebung statistischer Daten zu den Befragungspersonen wurden zunächst deren konkrete Erfahrungen mit den ESUG-Verfahren erhoben. Es wurden anschließend Fragen zur Bewertung des ESUG gestellt. Der Fragebogen schloss mit einer Gesamtbewertung des ESUG ab. Die Fragen gingen allesamt von den dieser Untersuchung zugrunde liegenden Leitfragen aus, die der Deutsche Bundestag an die Bundesregierung adressiert hat.

III. Rechtswissenschaftliche Analyse

Der dritte Teil enthält eine rechtswissenschaftliche Analyse des ESUG. Dazu wurden die bisher ergangene Rechtsprechung sowohl der Obergerichte als auch der Instanzgerichte, insbesondere der Insolvenzgerichte, ebenso wie die in Fachzeitschriften veröffentlichten wissenschaftlichen Aufsätze ausgewertet. Ferner wurden ausgehend von den Ergebnissen der eigenen statistischen Analyse aus dem ersten Teil und der strukturierten Befragung aus dem zweiten Teil die veröffentlichten rechtspolitischen Stellungnahmen zur Evaluation und zum Reformbedarf des ESUG einbezogen, ebenso wie weitere empirische Studien und Befragungsergebnisse. Auf dieser Grundlage werden Handlungsoptionen für einzelne Themen innerhalb der vier Leitfragen der Evaluation identifiziert und Empfehlungen formuliert.

IV. Qualitative Untersuchung von Einzelfällen

Im vierten Teil erfolgt die qualitative Untersuchung von fünfzehn Einzelfällen anhand einer anonymisierten Auswertung von Gerichtsakten. Die untersuchten ESUG-Verfahren waren bewusst nicht repräsentativ ausgesucht, sondern sie sollen die quantitativen Ergebnisse der Erhebung sowie die Erkenntnisse aus der Literatur- und Rechtsprechungsanalyse validieren helfen.

C. Beteiligte Forscher

Das Forscherteam besteht aus

- Prof. Dr. Florian Jacoby, Fakultät für Rechtswissenschaft, Universität Bielefeld,
- Prof. Dr. Stephan Madaus, Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg,
- Prof. Dr. Detlef Sack, Fakultät für Soziologie, Universität Bielefeld,
- Heinz Schmidt, Geschäftsführer Verlag INDat GmbH und Geschäftsführender Gesellschafter WBDat GmbH, Köln,
- Prof. Dr. Christoph Thole, Dipl.-Kfm., Rechtswissenschaftliche Fakultät, Institut für Verfahrensrecht und Insolvenzrecht sowie Institut für Internationales und Europäisches Insolvenzrecht, Universität zu Köln.

Das Forscherteam wurde bei der Durchführung und der Datenanalyse der strukturierten Befragung unterstützt von Lucas Scheliga, Berlin.

Erster Teil – Statistische Analyse der ESUG-Verfahren in Eigenverwaltung

A. Grundgesamtheit Eigenverwaltungsverfahren

Nachfolgend wird auf Basis der Auswertung eines Datensatzes zu den ESUG-Verfahren mit Eigenverwaltung in Deutschland 2012-2017 (1.3.2012-28.2.2017) geklärt, wie viele Eigenverwaltungsverfahren es in dem genannten Evaluationszeitraum gab, in welcher Weise die Möglichkeiten des ESUG genutzt wurden und ob die Nutzung der Eigenverwaltung von bestimmten Struktureigenschaften der Unternehmen abhängig ist. Zu klären hinsichtlich der Umsetzung des ESUG ist auch, ob es zu einer Ballung entsprechender Verfahren an einzelnen Gerichtsstandorten gekommen ist.

In dem Datensatz wurden diejenigen Insolvenzverfahren erfasst, die nach § 270a InsO oder § 270b InsO oder in einer bestimmten Phase als Eigenverwaltung durchgeführt worden sind. Eröffnungsverfahren können nur alternativ nach § 270a InsO oder § 270b InsO begonnen werden. Sie konkurrieren mit der vorläufigen Verwalterbestellung, die nicht erfasst ist. Die Umwandlung in eine Regelinsolvenz wurde erfasst. Als mögliches Ergebnis der ESUG-Verfahren ist die Aufhebung nach § 258 InsO ausgewiesen. Der Datensatz wird von der WBDat Wirtschafts- und Branchendaten GmbH vorgehalten.

Erfasst wurden insgesamt 1.609 Verfahren. Die Fälle je Verfahrensart sind in Tab. 1 aufgeführt. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass §§ 270a/b InsO-Verfahren veröffentlicht werden können, aber nicht müssen. Deshalb ist davon auszugehen, dass hier nicht alle §§ 270a/b InsO-Verfahren erfasst werden konnten.

Um die Anteile der Eigenverwaltungsverfahren an den gesamten Insolvenzverfahren zu ermitteln, wurde zudem eine statistische Erhebung der WBDat Wirtschafts- und Branchendaten GmbH über 39.790 Insolvenzverfahren im genannten Zeitraum genutzt.

Tab. 1 Eigenverwaltungsverfahren Deutschland 2012-2017

Zeitraum 1.3.2012-28.2.2017	Fälle
Eröffnungsverfahren nach § 270a InsO	868
Eröffnungsverfahren nach § 270b InsO	300
In Eigenverwaltung eröffnete Verfahren	1.090
In Regelinsolvenz umgewandelte Verfahren	610
Aufhebung nach Planbestätigung (§ 258 InsO)	466
Fälle mit erfasster Beschäftigung	984
Fälle mit erfasstem Umsatz	959
Grundgesamtheit	N=1.609

Quelle: WBDat Wirtschafts- und Branchendaten, eigene Zusammenstellung. Mehrfachnennungen aufgrund des Verfahrensverlaufs möglich. §§ 270a/b InsO-Verfahren sind aufgrund fehlender Publikationspflicht unvollständig erfasst.

Mit Blick auf das in der Ausschreibung geforderte Kriterium der bundesweiten Aussagekraft ist nachfolgend die Verteilung über die Länder dokumentiert. Es sind keine regionalen Verzerrungen zu erkennen, die nicht auf die Größe des Bundeslandes oder dessen Wirtschaftsstärke zurückzuführen sind. Somit ist festzuhalten, dass der Datensatz bundesweite Aussagekraft hat.

Tab. 2 Verteilung der Fälle über Bundesländer

Bundesland	Absolute Anzahl	Anteil aller ESUG-Verfahren
Baden-Württemberg	185	11,61%
Bayern	207	12,99%
Berlin	89	5,59%
Brandenburg	42	2,64%
Bremen	17	1,07%
Hamburg	48	3,01%
Hessen	94	5,90%
Mecklenburg-Vorpommern	16	1,00%
Niedersachsen	134	8,41%
Nordrhein-Westfalen	389	24,42%
Rheinland-Pfalz	57	3,58%
Saarland	22	1,38%
Sachsen	145	9,10%
Sachsen-Anhalt	42	2,64%
Schleswig-Holstein	72	4,52%
Thüringen	34	2,13%

Quelle: WBDat Wirtschafts- und Branchendaten, eigene Zusammenstellung (N = 1.593)

Die Datenlage hat es zudem erlaubt, aufgrund der Angaben zu Umsatz und Beschäftigung Unternehmensklassen zu bilden, um etwaige Größeneffekte zu ermitteln, also der Frage nachzugehen, ob die Größe eines Unternehmens systematisch mit der Nutzung von Eigenverwaltungsverfahren einhergeht. Hier wurde von der gängigen Einteilung des Statistischen Bundesamtes leicht abgewichen (siehe Tab. 3), um sehr große Unternehmen angemessen zu erfassen. Einbezogen wurden die Fälle, für die sowohl die Beschäftigtenanzahl als auch der Umsatz vorliegen (N = 947).

Tab. 3 Eigenverwaltungsverfahren und Unternehmensklassen (Angaben in Fällen absolut und Anteil je Zeile)

	Unternehmensklasse					Anzahl
	1 (>10 Beschäftigte und bis 2 Mio. € Jahresumsatz)	2 (10-49 Beschäftigte und bis 10 Mio. € Jahresumsatz)	3 (50-249 Beschäftigte und bis 50 Mio. € Jahresumsatz)	4 (250-499 Beschäftigte und 50-149 Mio. € Jahresumsatz)	5 (>=500 Beschäftigte oder >149 Mio. € Jahresumsatz)	
Unternehmen insgesamt	233/24,60%	257/27,14%	323/34,11%	80/8,45%	54/5,70%	947
§ 270a InsO-Verfahren	104/20,35%	134/26,22%	204/39,92%	46/9,00%	23/4,50%	511
§ 270b InsO-Verfahren	13/7,69%	33/19,53%	66/39,05%	29/17,16%	28/16,57%	169
Eigenverwaltung	174/23,93%	208/28,61%	248/34,11	55/7,57%	42/5,78%	727
Aufhebung nach § 258 InsO	48/19,35%	73/29,44%	94/37,90%	18/7,26%	15/6,05%	248
Regelinsolvenz	110/26,25%	106/25,30%	149/35,56%	36/8,59%	18/4,30%	419

Quelle: WBDat Wirtschafts- und Branchendaten, eigene Zusammenstellung (N = 947)

Für insgesamt 356 Fälle konnte aufgrund des Abschlusses der Verfahren die entsprechende Dauer ermittelt werden.

Tab. 4 Verfahrensdauer bis Aufhebung nach Planbestätigung (§ 258 InsO)

	0-3 Monate	4-12 Monate	13-24 Monate	25-36 Monate	37-48 Monate
Eröffnung des Verfahrens bis Aufhebung nach Planbestätigung (§ 258 InsO)	38	203	87	13	15

Quelle: WBDat Wirtschafts- und Branchendaten, eigene Zusammenstellung (N = 356)

B. Entwicklung der Eigenverwaltungsverfahren

In den ersten fünf Jahren nach Inkrafttreten des ESUG konnten 1.609 entsprechende Verfahren ermittelt werden. Im gleichen Zeitraum (1.3.2012 - 28.2.2017) gab es deutschlandweit insgesamt 46.539 Insolvenzverfahren zu Personen- und Kapitalgesellschaften. Die Eigenverwaltungsverfahren hatten also einen Anteil von 3,46%. Verfahren in Eigenverwaltung sind mithin weiter kein Massenphänomen. Ihr Anteil hat sich durch das ESUG insgesamt nur geringfügig erhöht (um ca. 1 - 2%). Die Unternehmensdaten für alle deutschen Insolvenzverfahren liegen uns nicht vor. Ein Vergleich mit einer Statistik der WBDat, die für 39.790 Verfahren im Untersuchungszeitraum (1.3.2012 - 28.2.2017) Unternehmensdaten nachweist, kann interessante Größeneffekte zeigen. Im Vergleich zu diesen Insolvenzverfahren zeigt sich, dass Eigenverwaltungsverfahren deutlich überproportional bei größeren Unternehmen durchgeführt werden.

Tab. 5 Vergleich Eigenverwaltungsverfahren mit Unternehmensinsolvenzen incl. ESUG und Unternehmensklassen (Angaben in Fällen absolut und Anteil je Zeile)

	Unternehmensklasse					Anzahl
	1 (>10 Beschäftigte und bis 2 Mio. € Jahresumsatz)	2 (10-49 Beschäftigte und bis 10 Mio. € Jahresumsatz)	3 (50-249 Beschäftigte und bis 50 Mio. € Jahresumsatz)	4 (250-499 Beschäftigte und 50-149 Mio. € Jahresumsatz)	5 (>=500 Beschäftigte oder >149 Mio. € Jahresumsatz)	
Eigenverwaltungsverfahren	233/24,60%	257/27,14%	323/34,11%	80/8,45%	54/5,70%	947
Unternehmensinsolvenzen WBDat	31.262/78,57%	5.938/14,92%	2.141/5,38%	275/0,69%	174/0,44%	39.790
Differenz in Prozentpunkten	-53,97	12,22	28,73	7,76	5,26	

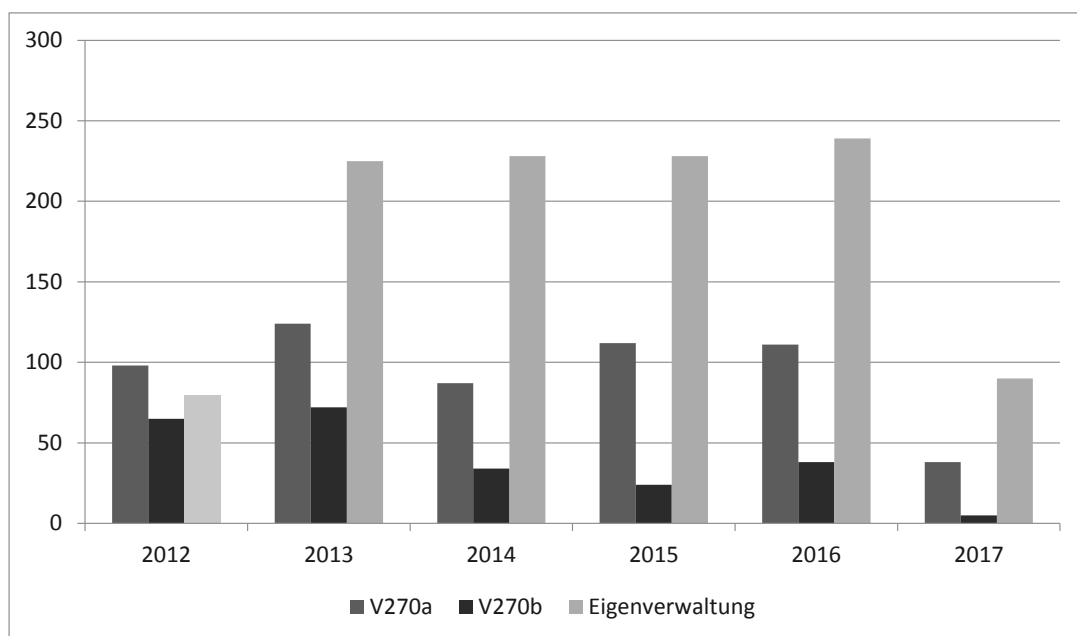
Quelle: WBDat Wirtschafts- und Branchendaten, „Top 300“-Statistik, eigene Zusammenstellung (N = 39.790)

Von den 1.609 bekannten Verfahren fanden 1.090 (67,74%) durchweg in Eigenverwaltung statt, 610 (37,91%) gingen in eine Regelinsolvenz über und 466 (28,96%) wurden nach § 258 InsO aufgehoben. Die übrigen Verfahren waren zum Zeitpunkt des Endes der Datenerhebung noch nicht abgeschlossen. Die Eigenverwaltung ist mithin eine Verfahrensoption, die im Eröffnungsverfahren durchaus genutzt wird, die Eröffnungsentscheidung aber schon in fast einem Drittel der Fälle nicht übersteht und auch dann nur selten zu einer Planlösung führt. Häufig wird mithin auch in Eigenverwaltung eine Liquidationslösung, oft wohl eine übertragende Sanierung, erreicht, sodass es zur Beendigung als Regelverfahren kommt.

Tab. 6 Übersicht der Eigenverwaltungsverfahren

	Fälle	Anteil an allen Eigenverwal- tungsverfahren (N = 1.609)
Verfahren nach § 270a InsO	868	53,95%
Verfahren nach § 270b InsO	300	18,65%
Verfahren in Eigenverwaltung	1.090	67,74%
Verfahren mit Aufhebung nach § 258 InsO	466	28,96%
Eigenverwaltung mit Übergang in Regelinsolvenz	610	37,91%

Quelle: WBDat Wirtschafts- und Branchendaten, eigene Zusammenstellung (N = 1.609)

Abb. 1 Häufigkeit von Verfahren nach §§ 270a/b InsO und in Eigenverwaltung

Auffällig ist die vergleichsweise häufigere Nutzung der § 270a InsO-Verfahren im Vergleich zu den § 270b InsO-Verfahren. Bemerkenswert ist ferner, dass lediglich 67,74% der Verfahren auch tatsächlich in eine Eigenverwaltung übergehen. Im Zeitverlauf zeigt sich eine leichte Variation bei der Auswahl der Verfahren, die aber keine grundsätzlichen Trends markiert. So ist die geringe Zahl im Jahr 2012 dadurch zu erklären, dass es sich um das erste Jahr nach Inkrafttreten des ESUG handelt und dementsprechend von einer Anlaufphase auszugehen ist. Das Jahr 2017 ist nicht aussagekräftig, da hier entsprechend dem Auftrag nur Fälle bis zum 28.2.2017 berücksichtigt wurden. Die Jahre 2013-2016 zeigen ein relativ

stabiles Aufkommen der Eigenverwaltung. Die Nutzung der §§ 270a/b InsO-Verfahren variiert stärker. Insbesondere fällt der Rückgang der § 270b InsO-Verfahren ins Auge. Dieser Befund ist jedoch vorsichtig zu interpretieren, da – wie bereits erwähnt – keine Publikationspflicht für §§ 270a/b Verfahren besteht.

Die folgende Tabelle gibt Auskunft über den Verlauf der Verfahren zwischen 2012 und 2017. Markiert werden zunächst jeweils zwei Merkmale. Sie erlaubt einen ersten Überblick darüber, wie die einzelnen Verfahrensschritte miteinander kombiniert werden und welche Ergebnisse die Eigenverwaltung zeitigt.

Tab. 7 Verteilung der Eigenverwaltungsverfahren

	Anzahl der Verfahren (absolut)	Anteil an § 270a- bzw. § 270b-Verfahren	Anteil an Eigenverwaltung (n = 1.090)	Anteil an allen Eigenverwaltungsverfahren (N = 1.609)
§ 270a InsO-Verfahren (n=868), die in die Eigenverwaltung übergehen.	537	61,87%	49,27%	33,37%
§ 270a InsO-Verfahren (n=868), die in die Regelinsolvenz übergehen.	358	41,24%	-	22,25%
§ 270a InsO-Verfahren (n=868), die durch eine Aufhebung § 258 beendet werden.	208	23,96%	-	12,93%
§ 270b InsO-Verfahren (n=300), die in Eigenverwaltung übergehen.	163	54,33%	14,95%	10,13%
§ 270b InsO-Verfahren (n=300), die in Regelinsolvenz übergehen.	106	35,33%	-	6,59%
§ 270b InsO-Verfahren (n=300), die durch eine Aufhebung § 258 beendet werden.	123	41%	-	7,64%
Eigenverwaltungen (n=1.090), die durch eine Aufhebung § 258 InsO beendet werden.	356	-	32,66%	22,13%
Eigenverwaltungen (n=1.090), die in die Regelinsolvenz übergehen.	310	-	28,44%	19,27%
Regelinsolvenzen, die durch eine Aufhebung § 258 InsO beendet werden.	20			1,2%

Quelle: WBDat Wirtschafts- und Branchendaten, eigene Zusammenstellung (N = 1.609). Mehrfachnennungen sind möglich. Unvollständige Angaben ergeben sich daraus, dass zum Erhebungszeitpunkt Verfahren noch nicht abgeschlossen sind.

In einem weiteren Schritt werden mehrere Verfahrensschritte und die Ergebnisse miteinander kombiniert, um auf diese Weise die unterschiedlichen Verfahrenswege zu systematisieren. Damit soll ein detaillierter Überblick über die tatsächliche Nutzung der Möglichkeiten in den vergangenen fünf Jahren gegeben werden, die mit dem ESUG eingeführt worden sind. Dafür werden vier Merkmale (§ 270a InsO oder § 270b InsO, Eigenverwaltung ja oder nein, Regelinsolvenz ja oder nein, Aufhebung § 258 InsO ja oder nein) miteinander kombiniert. Es werden lediglich Kombinationen berichtet, deren Anzahl größer als zehn ist (Tab. 8).

Von den hier dargestellten 1.536¹ Verfahren enden 429 (27,9%) mit einer Aufhebung gemäß § 258 InsO. Auffällig ist überdies, dass die durch das ESUG geschaffenen Möglichkeiten vielfältig und variantenreich genutzt werden.

Tab. 8 Kombination der Verfahrenselemente (geordnet nach Häufigkeit)

Kombinationen	Fälle	Prozent
§ 270a InsO mit Eigenverwaltung ohne Regelinsolvenz und Aufhebung § 258 InsO	208	13,54%
§ 270a InsO ohne Eigenverwaltung mit Regelinsolvenz ohne Aufhebung § 258 InsO	195	12,70%
Ohne §§ 270a/b InsO mit Eigenverwaltung ohne Regelinsolvenz und Aufhebung nach § 258 InsO	171	11,13%
§ 270a InsO mit Eigenverwaltung ohne Regelinsolvenz mit Aufhebung nach § 258 InsO	154	10,03%
§ 270a InsO mit Eigenverwaltung und Regelinsolvenz ohne Aufhebung nach § 258 InsO	142	9,24%
Ohne §§ 270a/b InsO mit Eigenverwaltung ohne Regelinsolvenz mit Aufhebung nach § 258 InsO	127	8,27%
Ohne §§ 270a/b InsO mit Eigenverwaltung mit Regelinsolvenz ohne Aufhebung nach § 258 InsO	118	7,68%
§ 270a InsO ohne Eigenverwaltung, Regelinsolvenz und Aufhebung nach § 258 InsO	87	5,66%
§ 270b InsO mit Eigenverwaltung ohne Regelinsolvenz mit Aufhebung nach § 258 InsO	60	3,91%
§ 270b InsO ohne Eigenverwaltung mit Regelinsolvenz ohne Aufhebung nach § 258 InsO	52	3,39%
§ 270b InsO mit Eigenverwaltung ohne Regelinsolvenz und Aufhebung nach § 258 InsO	40	2,60%
§ 270b InsO ohne Eigenverwaltung und Regelinsolvenz mit Aufhebung nach § 258 InsO	38	2,47%
Ohne §§ 270a/b InsO ohne Eigenverwaltung mit Regelinsolvenz Aufhebung nach § 258 InsO	37	2,41%
§ 270b InsO mit Eigenverwaltung und Regelinsolvenz ohne Aufhebung nach § 258 InsO	32	2,08%
§ 270a InsO ohne Eigenverwaltung und Regelinsolvenz mit Aufhebung nach § 258 InsO	30	1,95%
§ 270b InsO ohne Eigenverwaltung, Regelinsolvenz und Aufhebung nach § 258 InsO	25	1,63%
Ohne §§ 270a/b InsO, Eigenverwaltung, Regelinsolvenz, mit Aufhebung nach § 258 InsO	20	1,30%
Gesamt	1.536	100%

Quelle: WBDat Wirtschafts- und Branchendaten. Grau unterlegt sind Verfahren mit Aufhebung nach § 258 InsO.

In einem weiteren Schritt geht es um die Frage, ob sich Eigenverwaltungsverfahren an bestimmten Gerichtsstandorten konzentrieren. Darüber informiert Tab. 9. Insgesamt sind Eigenverwaltungsverfahren bundesweit an 168 von insgesamt 192 Standorten durchgeführt worden. An 87 Standorten wurden in den vergangenen fünf oder weniger Jahren Eigenverwaltungsverfahren durchgeführt. An weiteren 35 Standorten wurden im gleichen Zeitraum

¹ Die Differenz zwischen der Grundgesamtheit (1609) und den in Tabelle 8 aufgeführten Fällen (1.536) ergibt sich daraus, dass in den verbliebenen Fällen nicht alle Informationen zu den genannten Verfahrensarten vollständig valide erhoben werden konnten.

10-16 entsprechende Insolvenzverfahren bearbeitet. Setzt man die Schwelle für die Entwicklung von Routinen bei der Bearbeitung von Eigenverwaltungsverfahren bei durchschnittlich knapp über zwei Verfahren pro Jahr an, dann wird diese an 46 Standorten (also 27,4% der Standorte insgesamt) überschritten, an denen 68,4% aller Eigenverwaltungsverfahren bearbeitet wurden (Tab. 9). Von diesen wiederum decken die ersten zwanzig Standorte knapp 45% des gesamten Eigenverwaltungs-Aufkommen zwischen 2012 und 2017 ab. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass bei ca. der Hälfte der Gerichtsstandorte, die mit der Umsetzung des ESUG befasst waren, diesbezüglich keine Routinen aufgebaut wurden.

Tab. 9 Eigenverwaltungsverfahren je Gerichtsstandort (Vergleich zu Insolvenzverfahren gesamt)

Gericht	Eigenverwaltungsverfahren	Unternehmensinsolvenzen WBDat	Anteil an Unternehmensinsolvenzen WBDat ges.	Anteil an Eigenverwaltungsverfahren ges.	Differenz in Prozentpunkten
Berlin-Charlottenburg	88	3.091	6,44%	5,52%	-0,92
Düsseldorf	66	1.249	2,60%	4,14%	1,54
Dresden	65	738	1,54%	4,08%	2,54
Chemnitz	54	633	1,32%	3,39%	2,07
München	46	1.722	3,59%	2,89%	-0,70
Hamburg	37	2.137	4,45%	2,32%	-2,13
Karlsruhe	35	410	0,85%	2,2%	1,35
Köln	32	1.575	3,28%	2,01%	-1,27
Essen	30	969	2,02%	1,88%	-0,14
Münster	30	977	2,04%	1,88%	-0,16
Duisburg	28	737	1,54%	1,76%	0,22
Hagen	26	423	0,88%	1,63%	0,75
Leipzig	26	666	1,39%	1,63%	0,24
Reinbek	24	257	0,54%	1,51%	0,97
Wuppertal	23	579	1,21%	1,44%	0,23
Saarbrücken	22	516	1,08%	1,38%	0,30
Stuttgart	22	504	1,05%	1,38%	0,33
Bielefeld	21	713	1,49%	1,32%	-0,17
Offenburg	21	134	0,28%	1,32%	1,04
Erfurt	20	333	0,69%	1,25%	0,56
Darmstadt	18	566	1,18%	1,13%	-0,05
Potsdam	18	452	0,94%	1,13%	0,19
Bremen	17	691	1,44%	1,07%	-0,37
Dortmund	17	866	1,81%	1,07%	-0,74
Nürnberg	17	614	1,28%	1,07%	-0,21
Osnabrück	17	264	0,55%	1,07%	0,52
Aachen	16	558	1,16%	1,00%	-0,16
Augsburg	16	390	0,81%	1,00%	0,19
Heilbronn	16	390	0,81%	1,00%	0,19
Paderborn	16	316	0,66%	1,00%	0,34
Fulda	15	316	0,66%	0,94%	0,28
Hannover	15	620	1,29%	0,94%	-0,35
Landshut	15	235	0,49%	0,94%	0,45

Quelle: WBDat Wirtschafts- und Branchendaten, eigene Zusammenstellung (N = 1.594). Aufgeführt sind nur diejenigen Gerichtsstandorte, an denen 2012- 2017 mehr als 15 Eigenverwaltungsverfahren durchgeführt wurden (n = 929).

Die Gerichtstätigkeit im Vergleich zur Bearbeitung sonstiger Insolvenzverfahren (gemessen an der Differenz zum Anteil der Eigenverwaltungsverfahren) offenbart keine außerordentlichen Auffälligkeiten. Es ist nicht ersichtlich, dass sich bei bestimmten Gerichten eine besondere Neigung etabliert hat, Eigenverwaltungsverfahren (nicht) durchzuführen. Die Abweichungen sind statistisch kaum auffällig.

Schließlich wurde geprüft, ob es einen Bezug zwischen der Anzahl der Gerichtsstandorte, die je Bundesland mit Eigenverwaltungsverfahren befasst sind und der Aufhebung der Insolvenz nach § 258 InsO geben könnte. Hier lässt sich kein klarer Zusammenhang erkennen. Standorte mit relativ hohen Anteilen an Eigenverwaltungsverfahren weisen nicht systematisch mehr Verfahren mit einer Beendigung nach § 258 InsO auf.

Tab. 10 Verteilung der Fälle über Bundesländer

Bundesland	Absolute Anzahl (N = 1.593)	Prozentwert aller Eigenverwaltungsverfahren	Anzahl Gerichtsstandorte	Eigenverwaltungsverfahren je Standort (Durchschnitt)	Aufhebung nach § 258 InsO (n = 465)	Anteil § 258 InsO an Eigenverwaltungsverfahren je Bundesland
Baden-Württemberg	185	11,61%	21	8,81	48	25,95%
Bayern	207	12,99%	26	7,96	65	31,40%
Berlin	89	5,59%	1	89,00	28	31,46%
Brandenburg	42	2,64%	4	10,50	15	35,71%
Bremen	17	1,07%	1	17,00	3	17,65%
Hamburg	48	3,01%	1	48,00	9	18,75%
Hessen	94	5,90%	13	7,23	27	28,72%
Mecklenburg-Vorpommern	16	1,00%	4	4,00	0	0,00%
Niedersachsen	134	8,41%	28	4,79	31	23,13%
Nordrhein-Westfalen	389	24,42%	19	20,47	143	36,76%
Rheinland-Pfalz	57	3,58%	16	3,56	13	22,81%
Saarland	22	1,38%	1	22,00	14	63,64%
Sachsen	145	9,10%	3	48,33	39	26,90%
Sachsen-Anhalt	42	2,64%	5	8,40	13	30,95%
Schleswig-Holstein	72	4,52%	13	5,54	10	13,89%
Thüringen	34	2,13%	5	6,80	7	20,59%

Quelle: WBDat Wirtschafts- und Branchendaten, eigene Zusammenstellung (N = 1.593)

C. Zusammenfassung

Im Ergebnis sind die Eigenverwaltungsverfahren unter allen bundesweiten Insolvenzverfahren quantitativ als nicht besonders relevant anzusehen. Deutlich ist aber, dass sie in der Tendenz bei größeren Unternehmen eingesetzt werden.

In den vergangenen fünf Jahren sind die eingeführten Verfahrensmöglichkeiten des ESUG in ihrer Breite und in unterschiedlichen Kombinationsmöglichkeiten genutzt worden. Festzustellen ist im Zeitverlauf eine etwas geringere Nutzung der Eröffnung der Insolvenzverfahren nach § 270b InsO.

Ca. 28% der Eigenverwaltungsverfahren wurden mit einer Aufhebung nach § 258 InsO beendet.

Die Eigenverwaltungsverfahren wurden für Unternehmen aller Größenklassen genutzt. Lediglich § 270b InsO kam eher bei der Insolvenz von Großunternehmen zur Anwendung.

Die Eigenverwaltungsverfahren wurden in den letzten fünf Jahren an 168 Gerichtstandorten durchgeführt. Allerdings konzentrierten sich über zwei Drittel der Verfahren auf gut 27% der Standorte. Es ist nicht ersichtlich, dass es einen systematischen Zusammenhang zwischen dem Umfang der Befassung mit Eigenverwaltungsverfahren an einem bestimmten Standort und deren Ausgang gibt.

Zweiter Teil – Ergebnisse der ESUG-Befragung

A. Konstruktion des Fragebogens

Um das ESUG zu evaluieren und einen Überblick über die Erfahrungen und Bewertungen mit der Gesetzesnovellierung zu gewinnen, wurde eine online-gestützte Befragung durchgeführt. Für die Konstruktion des Fragebogens waren die folgenden, in der Ausschreibung genannten Fragen relevant (vgl. Einleitung):

1. In welchem Umfang hat sich der stärkere Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters auf dessen Unabhängigkeit ausgewirkt? Ist es im nennenswerten Umfang vorgekommen, dass im Interesse einzelner Gläubiger Verwalter bestellt wurden, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben?
2. Wurde von der Möglichkeit, über einen Insolvenzplan in die Rechtsstellung von Gesellschaftern einzugreifen, Gebrauch gemacht und wie hat sich dies auf die Schuldnerunternehmen ausgewirkt? In welchem Umfang wurden Forderungen in Eigenkapital umgewandelt, und hat dieser Debt-Equity-Swap im nennenswerten Umfang grob egoistische Strategien ermöglicht, die sich letztlich zum Nachteil der Unternehmen und ihrer Arbeitnehmer ausgewirkt haben?
3. Wird das neu geschaffene „Schutzschirmverfahren“ des § 270b InsO den Erwartungen gerecht und hat es insbesondere zu einer frühzeitigen Antragstellung und zu einer Stärkung der Eigenverwaltung geführt? Wird trotz § 270b InsO noch ein Bedürfnis für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren gesehen?
4. Ist die Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger angemessen oder sollte im Interesse einer effektiven Verfahrensabwicklung die funktionelle Zuständigkeit neu austariert werden?²⁾

Als weitere Anforderungen an die strukturierte Befragung wurden deren bundesweite und repräsentative Aussagekraft genannt.

Das Konsortium hat entsprechend den Vorgaben einen Fragebogen erstellt. Dieser wurde Ende Juni 2017 einem Pretest unterzogen und in seiner vorläufigen Version auch dem BMJV zur Kenntnisnahme übersandt. Entsprechend den Ergebnissen des Pretests wurde der Fragebogen überarbeitet. Dieser ist am Ende des Berichts dokumentiert.

² Bundestags-Drucksache 17/7511, S.5.

B. Verlauf der Befragung, Rücklauf und Datenqualität

Die Befragung wurde online zwischen dem 4.7.2017 und dem 18.8.2017 durchgeführt. Vorab wurde die Befragung in der einschlägigen Fachpresse via Pressemitteilung und einigen Interviews beworben.

Das Anbieterkonsortium hat 1.697 Individualpersonen aus dem Feld der Insolvenzverfahren ermittelt und über einen eigenen Serienschlüssel persönlich via E-Mail kontaktiert.

Um den Respons zu erhöhen, wurden zudem 14 Verbände und Arbeitskreise mit einem eigenen Verbandsschlüssel angeschrieben. Aus technisch-administrativen Gründen wurde dieser Schlüssel auch dann verwendet, wenn es per Mail oder über das Anforderungsformular der Website www.esug-evaluation.de individuelle Anfragen gab. Dies waren 55 Fälle.³

Überdies wurden 230 Gerichte, Oberfinanzdirektionen und Finanzämter, wiederum mit einem eigenen Zugangsschlüssel, angeschrieben.

Während die erstgenannte Adressatengruppe (Individualpersonen) einen nur individuell und einmalig zu verwendenden Zugang erhielt, wurde für die beiden anderen Adressatengruppen ein begrenzt mehrfach möglicher Zugang versandt. In der Abwägung wurde der Erhöhung des Responses und der Reichweite der Befragung gegenüber dem Missbrauchsrisiko der Doppelnutzung des Zugangs der Vorzug gegeben.

Tab. 11 Daten der ESUG-Online Befragung

Befragungszeitraum	5.7.2017-18.8.2017
Adressaten/Anzahl gesamt	1.995
Respons vollständig beantwortete Fragebögen	840
Respons zu 80% beantwortete Fragebögen (einschließlich Frage 17)	854
Kontrolle möglicher Doppelungen	-29
Rücklaufquote insgesamt	41,4 %
Abbruchquote (1.157 begonnene Fragebögen)	24%
Grundgesamtheit	N = 825

Quelle: Eigene Zusammenstellung

Die Doppelnutzung wurde dadurch kontrolliert, dass die drei Adressatengruppen (Individualpersonen, Verbände und Arbeitskreise, Gerichte und Finanzverwaltung) technisch in drei separate Projekte und Datensätze unterteilt wurden. Grundlage und Bezugspunkt für die statistischen Berechnungen ist dabei zunächst der Datensatz mit den individuellen Adressa-

³ Etwa ging es hier um „Hilferufe“, weil der Bogen vorschnell geschlossen wurde, Bitten, den Fragebogen mit Kollegen gemeinsam ansehen zu können, und eben individuelle Anfragen, die schnell beantwortet wurden, um die Antwortbereitschaft zu erhalten.

ten. Die Doppelnennungen wurden dadurch kontrolliert, dass Fragebögen nicht in die Untersuchung einbezogen wurden, die eine ungewöhnlich kurze Beantwortungszeit aufweisen, nämlich 50% unter der durchschnittlichen Bearbeitungszeit, d.h. Fragebögen, die in weniger als acht Minuten bearbeitet wurden. 29 Fragebögen wurden auf dieser Grundlage nicht weiter einbezogen. In der Summe können 825 Fragebögen einbezogen werden, die weit überwiegend (zu 80%) ausgefüllt wurden. Diese Anzahl ist im Vergleich zu den ESUG-Studien von Roland Berger/HgGUR (2016: ca. 270 Fragebögen; 2017: ca. 140 Fragebögen) erheblich höher.⁴

I. Prüfung der Qualität des Fragebogens

Die hohe Rücklaufquote (41,4%) zeigt die generelle Problemangemessenheit und Gültigkeit des Instrumentes an. Wiederum im Vergleich: Bei den ESUG-Studien von Roland Berger/HgGUR lagen diese bei ca. 17% (2016) bzw. 6% (2017).⁵

Die Abbruchquote insgesamt (1.157 begonnene Fragebögen) lag bei 24%. Bei den Abbruchquoten lässt sich festhalten, dass diese vor allem im ersten statistischen Teil und bei den Fragen zu den Erfahrungen mit dem ESUG erfolgten. 257 Abbrüche erfolgten bis einschließlich S. 12 (Erfahrungen mit dem Insolvenzplan). Diese Abbrüche sind insofern hinnehmbar, als dem Auftraggeber an Einschätzungen mit dem ESUG gelegen ist, die sich aus der konkreten Praxis ergeben. Die statistischen Angaben sind für die Auswertung der Evaluation notwendig.

Sowohl per Mail als auch in den offenen Nennungen (Frage 19) wurde insgesamt zwei Mal an dem Instrument Kritik geübt, nämlich erstens an suggestiven Fragestellungen und zweitens an der fehlenden Fokussierung auf die Perspektive der Unternehmen.

Weder aus der Abbruchquote noch aus dem sehr marginalen Rücklauf kritischer Kommentare zum Instrument sind grundlegende Probleme mit dem Fragebogen und seiner Konstruktion abzuleiten. Die hohe Rücklaufquote weist im Gegenteil dessen Validität aus.

⁴ Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2018, S. 13.

⁵ Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2018, S. 13.

II. Prüfung der bundesweiten Aussagekraft und Repräsentativität der Antworten

Die Ausschreibung des BMJV hat als wichtige Kriterien für die Evaluation deren bundesweite Aussagekraft und Repräsentativität gefordert. Dieser Anforderung konnte entsprochen werden (Tab. 2-4).

Tab. 12 Verteilung der Fallzahlen über Berufe

Beruf	Absolute Anzahl	Prozentwert
Richter	76	9,21%
Rechtspfleger	90	10,91%
Rechtsanwalt	393	47,64%
Steuerberater/Wirtschaftsprüfer	43	5,21%
Betriebswirt	68	8,24%
Beschäftigter in einer Bank	56	6,79%
Beschäftigter in einem sonstigen UN	23	2,79%
Beschäftigter in der Finanzverwaltung	19	2,30%
Beschäftigter bei einem SV-Träger	29	3,52%
Sonstiges	96	11,64%

Quelle: Eigene Zusammenstellung (N = 825)

Bei den Berufen sind die Rechtsanwälte erkennbar überrepräsentiert. Jedoch sind die Zellenbesetzungen bei den anderen Berufsgruppen hinreichend, um – wo nötig – berufsgruppenspezifische Auswertungen vorzunehmen. Ein ‚Sonderfall‘ sind die Beschäftigten der Finanzverwaltung, da bei den Fragebögen im Bereich „Justiz und Finanzverwaltung“ häufig auf die Kategorie „Sonstiges“ ausgewichen wurde. Tatsächlich wurden im Bereich „Justiz und Finanzverwaltung“ insgesamt 86 Fragebögen einbezogen. Das Sample weist keine Gleichverteilung der Berufsgruppen auf, erlaubt aber statistische Gewichtungen und berufsgruppenspezifische Auswertungen.

Tab. 13 Verteilung der Fallzahlen über Funktionen

Funktion	Absolute Anzahl	Prozentwert
Insolvenzverwalter/Sachwalter	288	34,91%
Schuldnerberater/Unternehmensberater	236	28,61%
Geschäftsleiter	89	10,79%
Gläubigerberater	179	21,70%
Richter/Rechtspfleger beim Insolvenzgericht	155	18,79%
Richter/Rechtspfleger bei sonstigem Gericht	10	1,21%
Gläubiger	134	16,24%
Gesellschafter	9	1,09%
Mitglied im Gläubigerausschuss	165	20,00%
Sonstiges	60	7,27%

Quelle: Eigene Zusammenstellung (N = 825)

Bei den Funktionen konnte eine ungefähre Gleichverteilung der wichtigsten Gruppen erreicht werden. Weniger gut wurden die Richter/Rechtspfleger bei sonstigem Gericht und die Gesellschafter erreicht. Insgesamt ist aber bei den Funktionen eine der ESUG-Praxis angemessene Verteilung über die unterschiedlichen Funktionen erreicht worden.

Tab. 14 Verteilung der Fälle über Bundesländer

Bundesland	Absolute Anzahl	Prozentwert
Baden-Württemberg	104	12,61%
Bayern	121	14,67%
Berlin	43	5,21%
Brandenburg	7	0,85%
Bremen	14	1,70%
Hamburg	47	5,70%
Hessen	67	8,12%
Mecklenburg-Vorpommern	7	0,85%
Niedersachsen	54	6,55%
Nordrhein-Westfalen	179	21,70%
Rheinland-Pfalz	16	1,94%
Saarland	6	0,73%
Sachsen	42	5,09%
Sachsen-Anhalt	20	2,42%
Schleswig-Holstein	26	3,15%
Thüringen	7	0,85%
Kein Bundesland ausgewählt	65	7,88%

Quelle: Eigene Zusammenstellung (N = 825)

Das Sample erlaubt einen bundesweiten Überblick. Neben den großen westdeutschen Flächenländern sind sowohl die Agglomerationsräume (Hamburg, Berlin) als auch die ostdeutschen Länder in hinreichendem Maße vertreten. Auswertungen sind für alle regionalen Kategorien (Wirtschaftsstärke, Einwohnerdichte, Ost-West-Unterschied) durchführbar.

C. Auswertungen

Die Auswertung der Befragung erfolgt entlang der Struktur des Fragebogens. In diesen wurden zu bestimmten Themen (etwa Erfahrungen mit Schutzschirmverfahren und Eigenverwaltungen) mehrere Fragen gestellt und damit themenspezifisch gruppiert (Fragebatterien). Ausgewiesen werden der Mittelwert (im Folgenden auch kurz: M), die Standardabweichung (im Folgenden auch kurz: SD) und Anzahl der jeweiligen Antworten (im Folgenden auch kurz: N). Alle drei Werte sind in den nachfolgenden Abbildungen dokumentiert. Die Antworten variieren zwischen 1 (trifft überhaupt nicht zu) und 4 (trifft vollständig zu). Damit ist

der allgemeine Bezugswert für den Mittelwert = 2,5. Je höher der jeweilige Mittelwert ist, umso höher ist die Zustimmung zu der Aussage. Ein hoher Wert bei der Standardabweichung (>0,9) weist darauf hin, dass sich die Antworten auf die Fragen erheblich unterscheiden. An diesem Wert lässt sich erkennen, ob es bei den Adressaten Differenzen bei der Beantwortung der jeweiligen Fragen gab. Der Wert 0,9 wurde gewählt, um jene Fragen zu identifizieren, bei denen sich die Antworten *erheblich* unterscheiden. Das bedeutet inhaltlich, dass bei diesen spezifischen Fragen die Einschätzungen zum ESUG deutlich abweichend ausfallen. Um die Differenzen in der Bewertung des ESUG zu ermitteln, wurde eine Auswertung derjenigen Fragen nach Berufen und Funktionen vorgenommen, deren Standardwert 0,9 überschreitet. Diese Auswertung ist in den Tabellen 17-20 im Teil D dokumentiert.

I. Erfahrungen mit Schutzschirmverfahren und Eigenverwaltung

Im ersten inhaltlichen Abschnitt des Fragebogens ist nach den Erfahrungen mit dem Schutzschirmverfahren und der (vorläufigen) Eigenverwaltung gefragt worden. Die Antworten sind in Abb. 2 und 3 im Überblick zu sehen. Grundsätzlich orientieren sich die Antworten am allgemeinen Bezugswert des Mittelwertes von 2,5. Es sind keine eindeutigen ‚Ausreißer‘ zu erkennen. Auffällig ist hier zunächst – das bestätigt die Aussagen aus der statistischen Analyse der Eigenverwaltungsverfahren (Erster Teil) –, dass seitens der Befragten größere Erfahrungen mit § 270a InsO-Verfahren als mit § 270b InsO-Verfahren ausgewiesen werden. Gruppenspezifisch weisen die Richter und Rechtspfleger die relative geringste diesbezügliche Erfahrung aus.

Das § 270b InsO-Verfahren wird hinsichtlich der frühzeitigen Antragstellung auch leicht skeptisch eingeschätzt.

Die unklare Rechtslage hinsichtlich der Masseverbindlichkeiten in § 270a InsO wird insgesamt eher als Sanierungshemmnis gesehen. Auch wurden die Zusatzkosten der Eigenverwaltung als eher kritisch markiert, insbesondere von den Richtern und Rechtspflegern. Die Rolle des Sachwalters wurde als aktiv wahrgenommen. Er musste ggf. die Aufgaben eines Insolvenzverwalters wahrnehmen. Die Zusammenarbeit mit Schuldnern und deren Beratern wurde als eher problemlos angesehen. Die Rolle des Sachwalters ist über die verschiedenen Fragen hinweg insgesamt eher positiv gewürdigt worden. Es fällt jedoch auf, dass die Richter und Rechtspfleger die Rolle des Sachwalters in der Tendenz eher etwas skeptischer sehen.

Es ist zudem festgestellt worden, dass die Gesellschafter und Geschäftsleiter sich strategisch zuungunsten der Gläubiger verhalten. Dies wird eher von Beschäftigten in Banken, Finanzverwaltungen und Sozialversicherungsträgern wie auch von Insolvenzverwaltern/Sachwaltern und bei Gläubigern so gesehen.

Die maßgeblichen Erfolgsfaktoren der Eigenverwaltung aus Sicht der Befragten sind in Tab. 15 dokumentiert.

Tab. 15 Erfolgsfaktoren der Eigenverwaltung

	Fälle	Anteil an Befragten
Vorabstimmung der Antragstellung mit dem Insolvenzgericht	419	50,79%
Antragstellung mit plausiblen Sanierungskonzept inkl. Liquiditätsplanung	408	49,45%
Unterstützung wesentlicher Gläubiger und Stakeholder im Vorfeld	352	42,67%
Vertrauen in die Zusammenarbeit zwischen Sachwalter und Eigenverwaltung	245	29,70%
Organisation eines (informellen) Gläubigerausschusses im Vorfeld	210	25,45%
Gemeinsamer Vorschlag eines Sachwalters durch Schuldner und Gläubiger	165	20,00%
Information aller Gläubiger im Vorfeld	93	11,27%

Quelle: ESUG-Befragung 2017 (N = 825), Mehrfachnennungen möglich

Abb. 2 Erfahrungen mit Schutzschirmverfahren und Eigenverwaltung

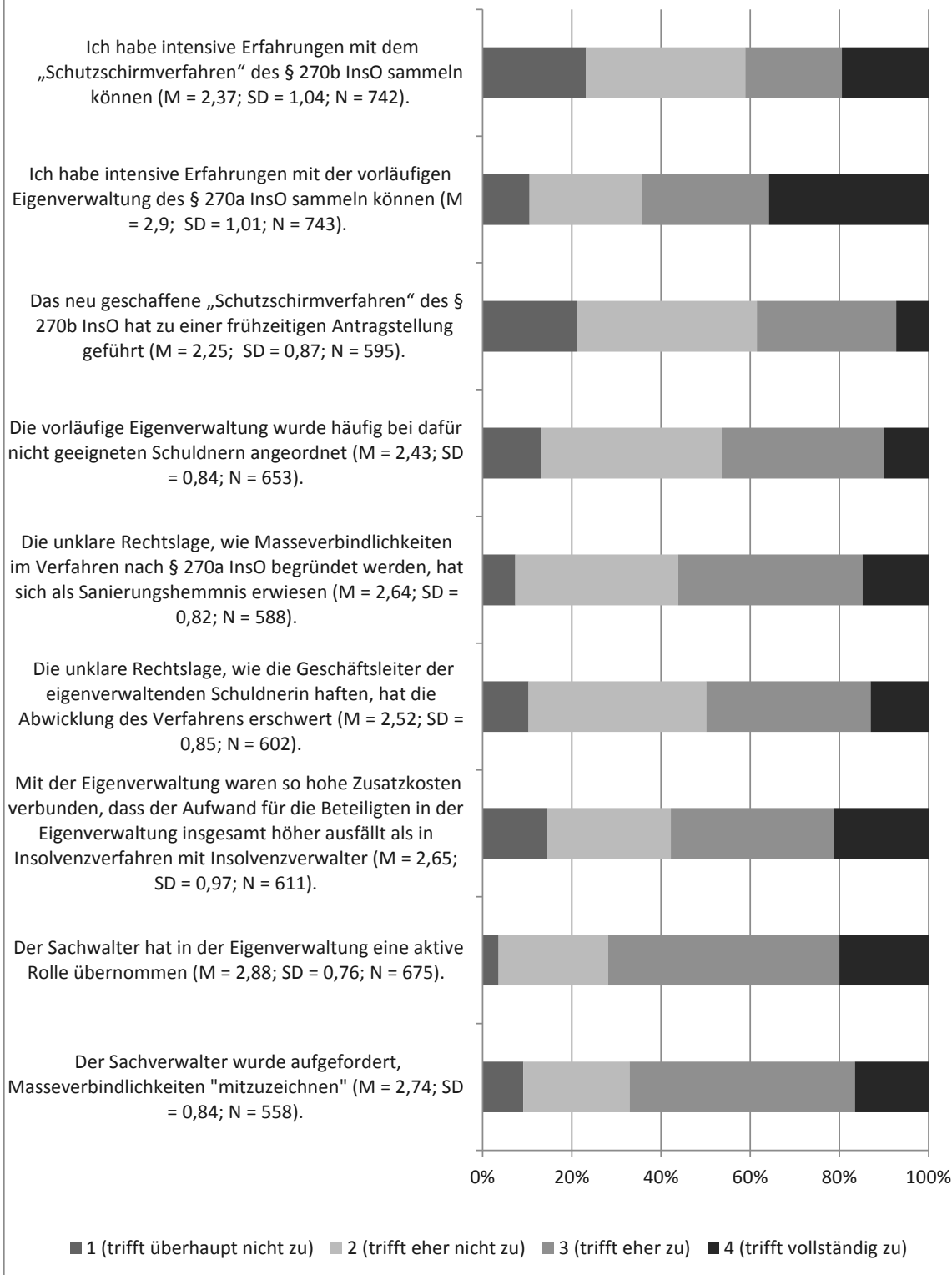
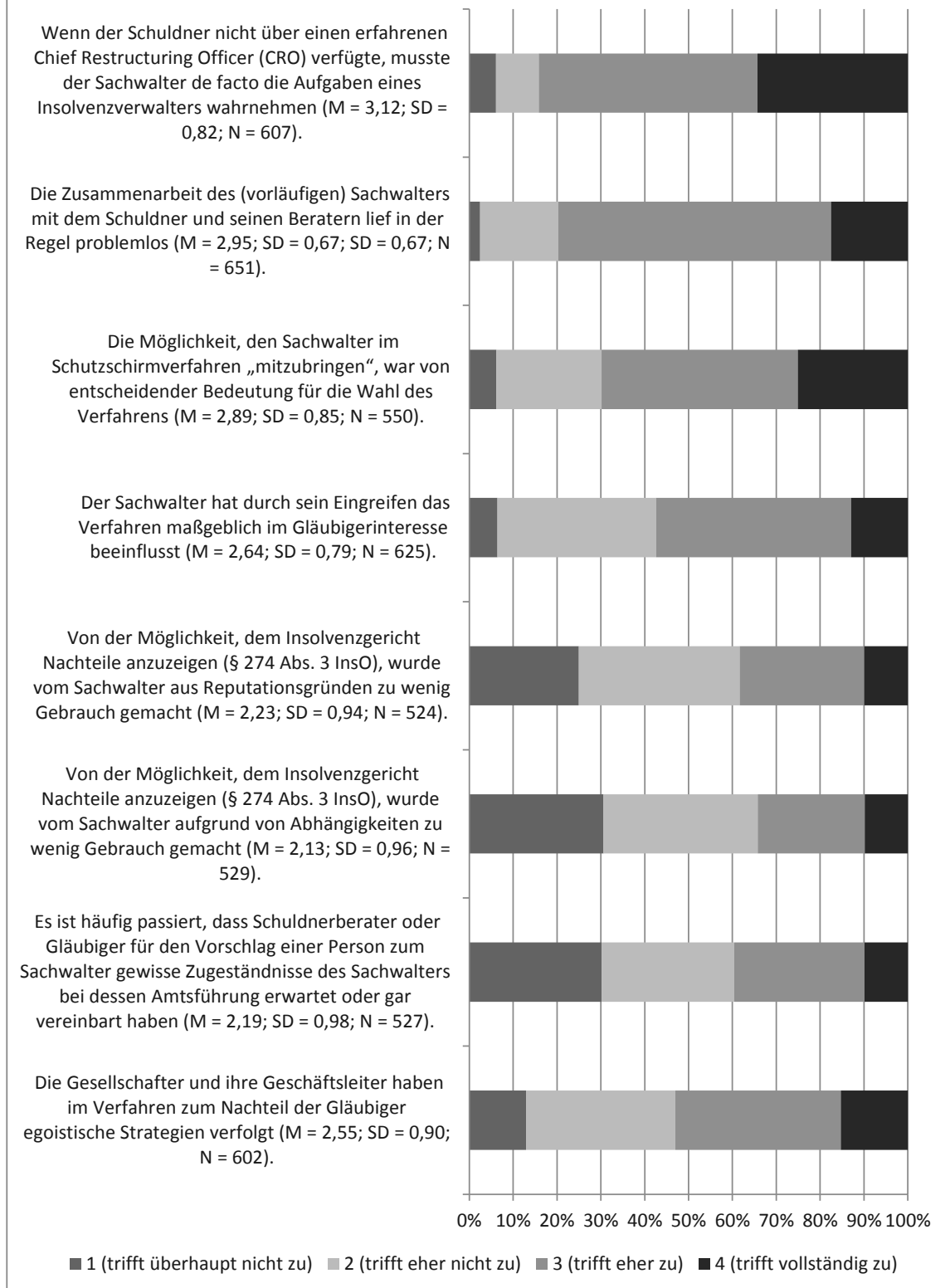


Abb. 3 Erfahrungen mit Schutzschirmverfahren und Eigenverwaltung



II. Erfahrungen mit ESUG-Regelungen zum Insolvenzplan

Hinsichtlich der Erfahrungen mit den ESUG-Regelungen zum Insolvenzplan ist zunächst festzuhalten, dass hier in einem ähnlichen Ausmaß Erfahrungen vorliegen wie zum § 270a InsO-Verfahren. Besonders hervorzuheben ist hier die verbreitete Einschätzung, dass das Insolvenzverfahren im Wesentlichen gut funktioniert hat. Mit dem ESUG habe sich zudem der praktische Anwendungsbereich der Planlösung erheblich erweitert. Von den Befragten werden Nachteile für die Unternehmer und Arbeitnehmer beim Insolvenzplan eher nicht gesehen. Von der Möglichkeit, über einen Insolvenzplan in die Rechtsstellung von Gesellschaftern einzugreifen, wurde im eher geringen Maße Gebrauch gemacht. Die Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital wurde eher im geringen Maße genutzt und führt aber auch eher nicht zu Nachteilen für Unternehmen und Arbeitnehmer. Allerdings scheinen mit dieser Möglichkeit vergleichsweise geringe Erfahrungen vorzuherrschen, wie sich an den deutlich geringeren Antworten gegenüber den sonstigen Fragen erkennen lässt.

Abb. 4 Erfahrungen mit ESUG-Regelungen zum Insolvenzplan



Die wichtigen Maßnahmen im Insolvenzplan aus Sicht der Befragten sind in Tab. 16 dokumentiert.

Tab. 16 Wichtige Maßnahmen im Insolvenzplan

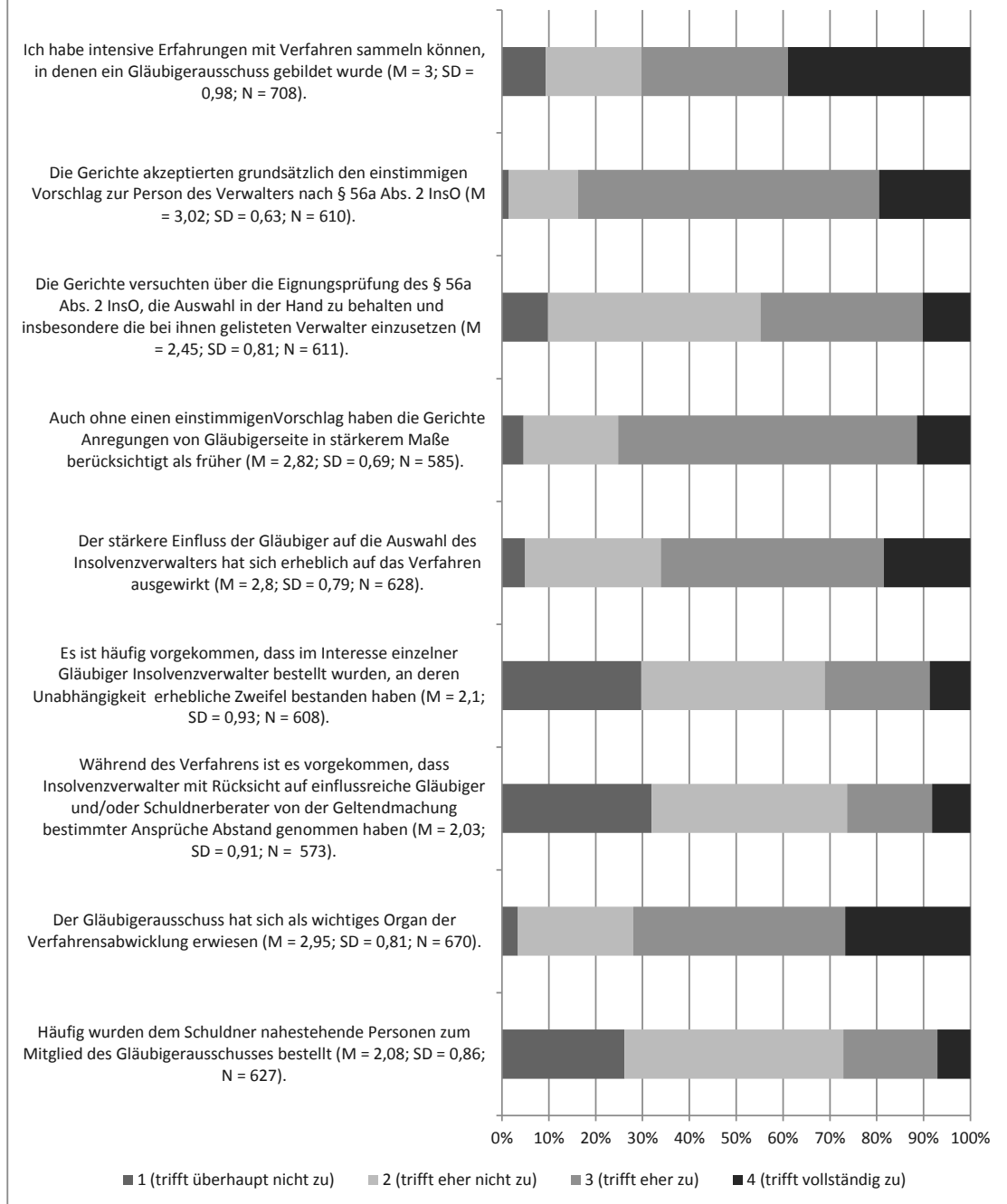
	Fälle	Anteil an Befragten
Übertragung der bestehenden Gesellschafteranteile an einen Erwerber	470	56,97%
Kapitalschnitt (Kapitalherabsetzung und effektive Kapitalerhöhung)	332	40,24%
Debt-Equity-Swap	194	23,52%
Ausgliederung	137	16,61%
Reine Kapitalerhöhung (Schaffung neuer Anteile)	116	14,06%
Formwechsel	79	9,58%
Abspaltung	77	9,33%
Sonderformen des Debt-Equity-Swaps (z.B. sog. unechter Swap, Debt-Push-Up u.a.)	47	5,70%

Quelle: ESUG-Befragung 2017 (N = 825), Mehrfachnennungen möglich

III. Erfahrungen mit Gläubigerausschuss und Insolvenzverwalter

Mit Bezug auf die Erfahrungen mit ESUG-Regelungen zum Gläubigerausschuss und zur Auswahl und Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters hat die Befragung Folgendes ergeben: Die Gerichte sind den einstimmigen Vorschlägen zur Person des Verwalters nach § 56a Abs. 2 InsO eher gefolgt und stärker auf Anregungen der Gläubigerseite eingegangen. Der stärkere Gläubigereinfluss hat sich auch auf das Verfahren ausgewirkt. Somit hat sich der Gläubigerausschuss als wichtiges Organ der Verfahrensabwicklung erwiesen. Auch sind aus der Stärkung der Gläubigerseite im eher geringeren Maße negative Folgen hinsichtlich der Unabhängigkeit der Insolvenzverwalter oder auf die Geltendmachung von Ansprüchen erwachsen. Umstritten ist, ob es häufig vorkam, dass im Interesse einzelner Gläubiger Insolvenzverwalter bestellt wurden, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben. Insolvenzverwalter und Sachwalter schätzen dies eher so ein, Richter und Rechtspfleger eher nicht.

Abb. 5 Erfahrungen mit ESUG-Regelungen zu Gläubigerausschuss und Insolvenzverwalter

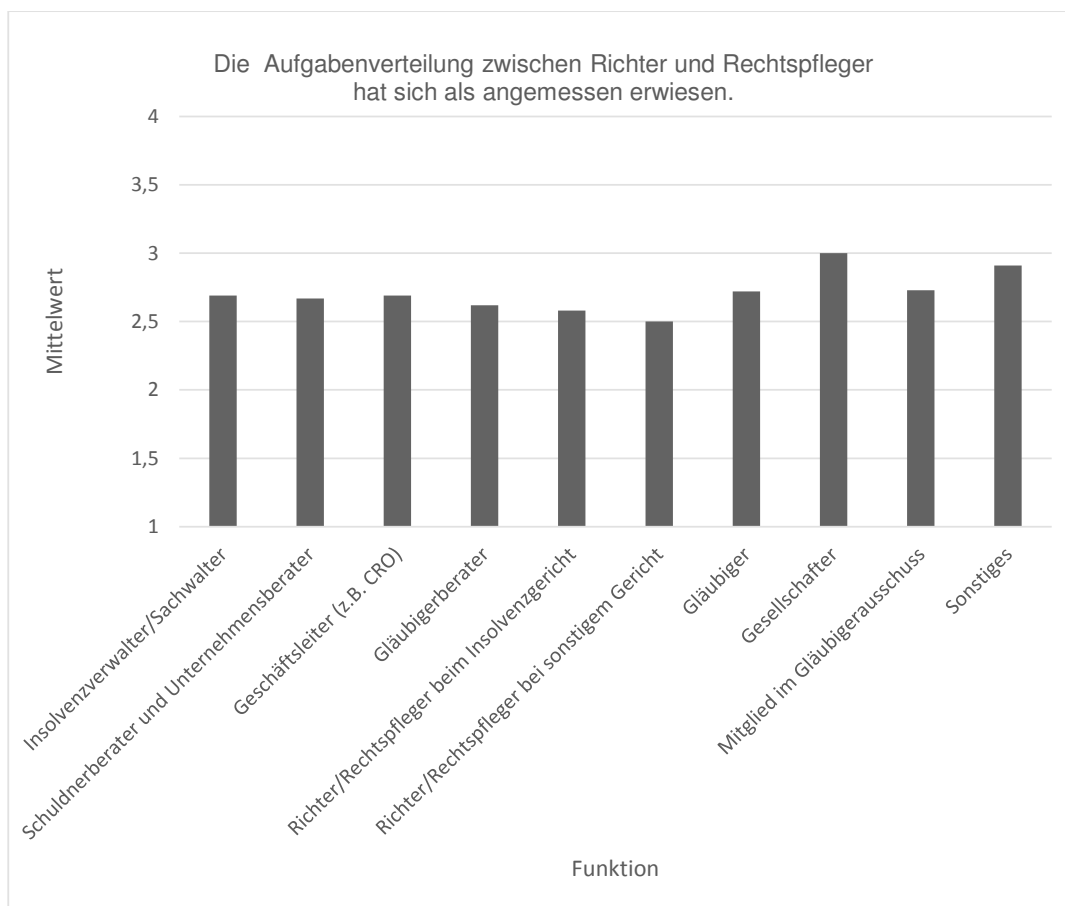


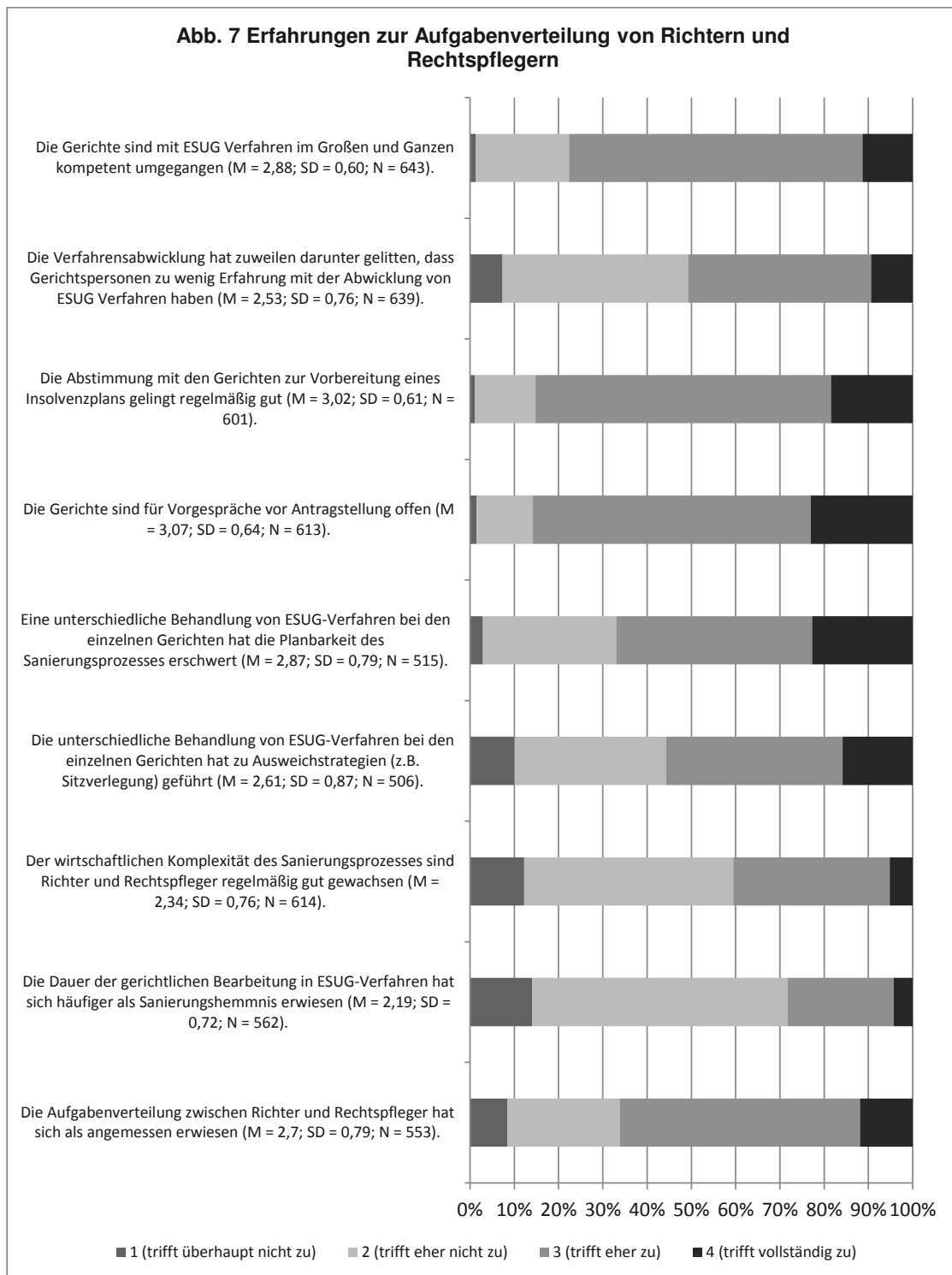
IV. Aufgabenverteilung von Richtern und Rechtspflegern

Überwiegend positiv wird die Zusammenarbeit mit den Gerichten schon bei den Vorgesprächen als auch bei der späteren Abstimmung des Insolvenzplans eingeschätzt. Die Dauer der gerichtlichen Bearbeitung erweist sich auch eher nicht als Sanierungshemmnis. Die unterschiedliche Behandlung von ESUG-Verfahren bei einzelnen Gerichten hat die Planbarkeit des Sanierungsprozesses eher erschwert und zu Ausweichstrategien geführt. Die Befähigung der Gerichte zum Umgang mit komplexen Sanierungen wird eher skeptisch gesehen. Die Aufgabenverteilung zwischen Richtern und Rechtspflegern wird insgesamt als angemessen wahrgenommen.

Bei dieser Frage wäre es zu erwarten gewesen, dass sich Unterschiede zwischen den Funktionsträgern zeigen. Das ist aber nicht in einem deutlichen Maße der Fall, wie aus der folgenden Auswertung hervorgeht. Es ist also davon auszugehen, dass die Aufgabenverteilung zwischen Richtern und Rechtspflegern insgesamt von den meisten beteiligten Gruppen als angemessen wahrgenommen wird.

Abb. 6 Aufgabenteilung zwischen Richtern und Rechtspflegern





V. Bewertung des Schutzschirmverfahrens und der Eigenverwaltung

Nach den Erfahrungen wurden die Bewertungen des ESUG abgefragt. Mit dieser klaren Trennung sollte vermieden werden, dass Novellierungswünsche die Evaluation der bisherigen Praxis überlagern. Die Antworten fallen im Vergleich zu den Erfahrungsfragen deutlicher aus.

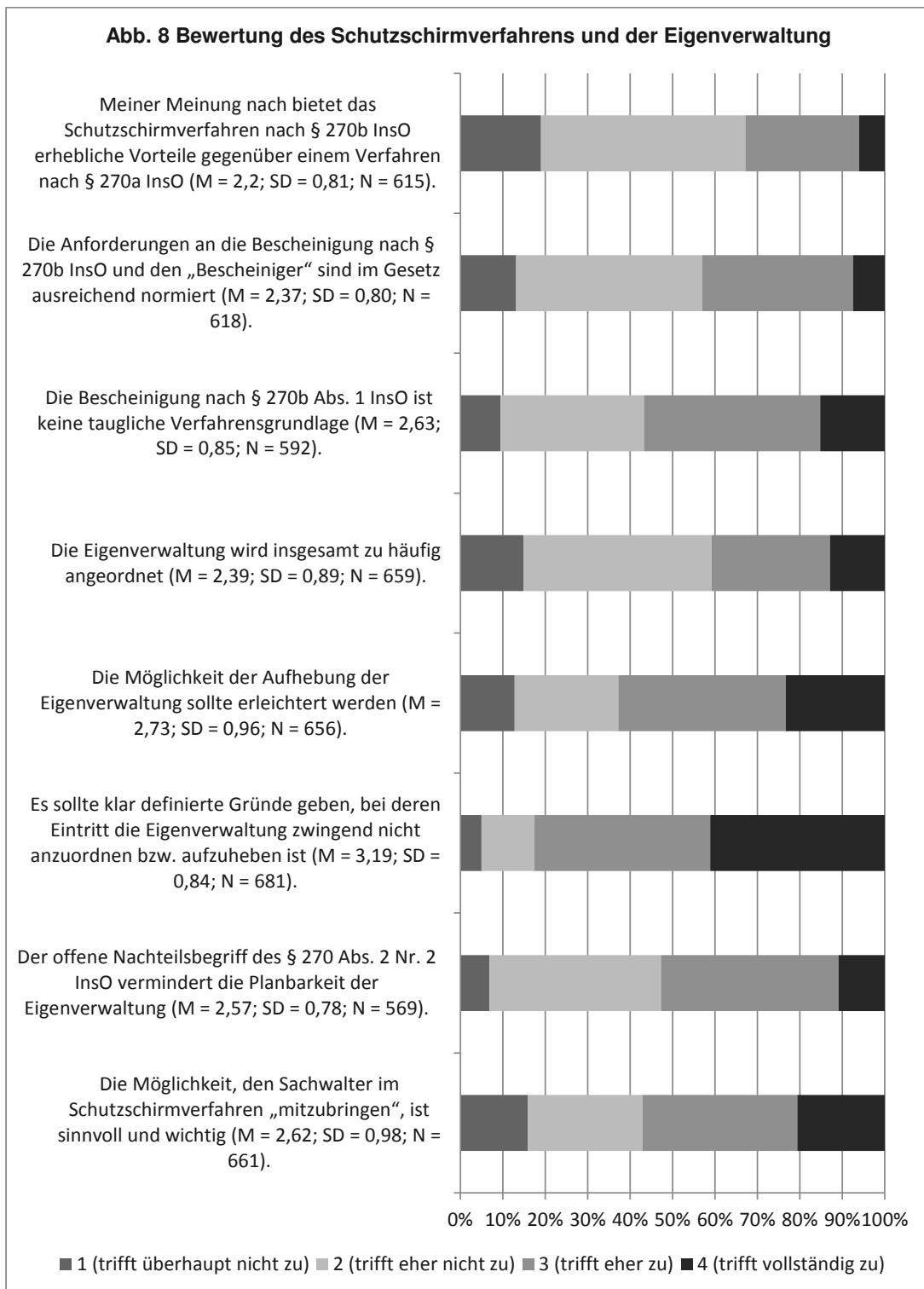
Deutliche Vorteile des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO werden eher nicht gesehen. Die Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 InsO wird eher nicht als taugliche Verfahrensgrundlage gesehen. Die Möglichkeit, den Sachwalter im Schutzschirmverfahren „mitzubringen“, wird besonders von den Schuldner- und Unternehmensberatern wie auch den Geschäftsleitern als sinnvoll und wichtig erachtet, weniger jedoch von den Richtern und Rechtspflegern.

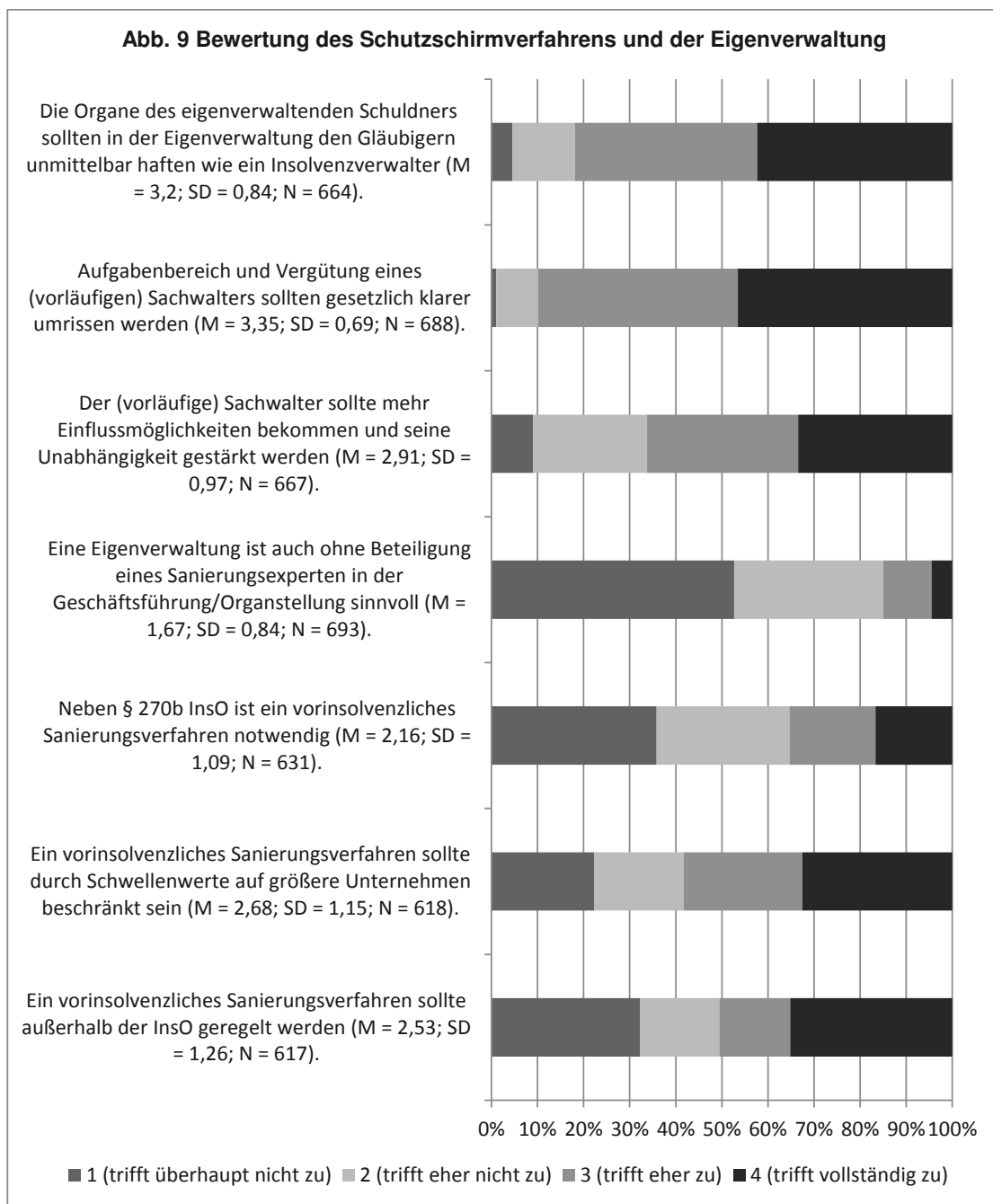
Die Eigenverwaltung wird insgesamt eher nicht zu häufig angeordnet. Gleichzeitig sollte die Möglichkeit der Aufhebung der Eigenverwaltung erleichtert werden. Diese Meinung wird von Beschäftigten aus Banken, Finanzen und Sozialversicherungen wie auch den Gläubigern vertreten.

Große Zustimmung erfahren die Aussagen, dass es klar definierte Gründe geben sollte, bei deren Eintritt die Eigenverwaltung zwingend nicht anzuordnen bzw. aufzuheben ist. Ähnlich deutlich wird konstatiert, dass die Organe des eigenverwaltenden Schuldners in der Eigenverwaltung den Gläubigern unmittelbar haften sollten wie ein Insolvenzverwalter. Die höchsten Zustimmungswerte erfährt aber die Aussage, dass Aufgabenbereich und Vergütung eines (vorläufigen) Sachwalters gesetzlich klarer umrissen werden sollten. Er sollte auch mehr Einflussmöglichkeiten bekommen und seine Unabhängigkeit gestärkt werden. Diese Aussage wird insbesondere von Insolvenzverwaltern und Sachwaltern, von Richtern und Rechtspfleger wie auch von Finanzverwaltungen, Sozialversicherungen und Gläubigern als zutreffend bezeichnet.

Die Frage danach, ob trotz § 270b InsO ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren notwendig sei, wird eher abschlägig beschieden. Besonders deutlich sehen dies Insolvenzverwalter und Sachwalter wie auch Richter und Rechtspfleger, Finanzverwaltungen und Sozialversicherungsträger so. Wenn, dann sollte es – wiederum überproportional nach Auffassungen der genannten Gruppen – durch Schwellenwerte auf größere Unternehmen beschränkt sein.

Abb. 8 Bewertung des Schutzschirmverfahrens und der Eigenverwaltung

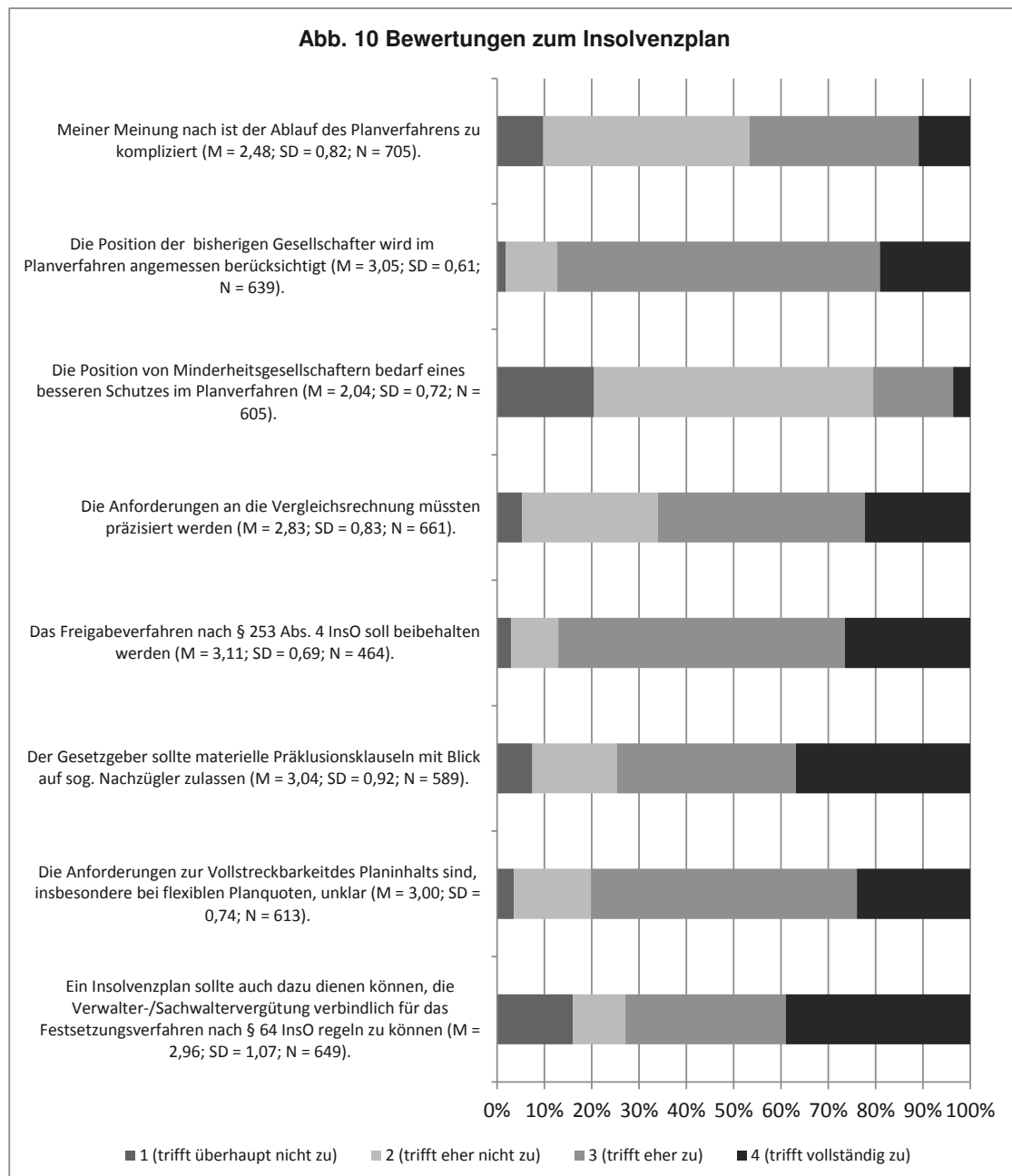




VI. Bewertungen zum Insolvenzplan

Bei den Bewertungen zum Insolvenzplan fällt zunächst die Auffassung auf, dass die Position der bisherigen Gesellschafter im Planverfahren angemessen berücksichtigt wird. Eine Verbesserung der Rechtsstellung der Minderheitsgesellschafter wird eher abgelehnt. Das Freigabeverfahren nach § 253 Abs. 4 InsO sollte beibehalten werden. Der Aussage, dass

der Gesetzgeber materielle Präklusionsklauseln mit Blick auf sog. Nachzügler zulassen sollte, wird im Durchschnitt ebenfalls deutlich zugestimmt. Es sind hier die Insolvenzverwalter und Sachwalter, Schuldner- und Unternehmensberater wie auch die Geschäftsleiter, die diese Meinung vertreten. Dass ein Insolvenzplan auch dazu dienen können sollte, die Verwalter-/ Sachwaltervergütung verbindlich für das Festsetzungsverfahren nach § 64 InsO regeln zu können, wird ebenfalls von diesen Gruppen überproportional vertreten.

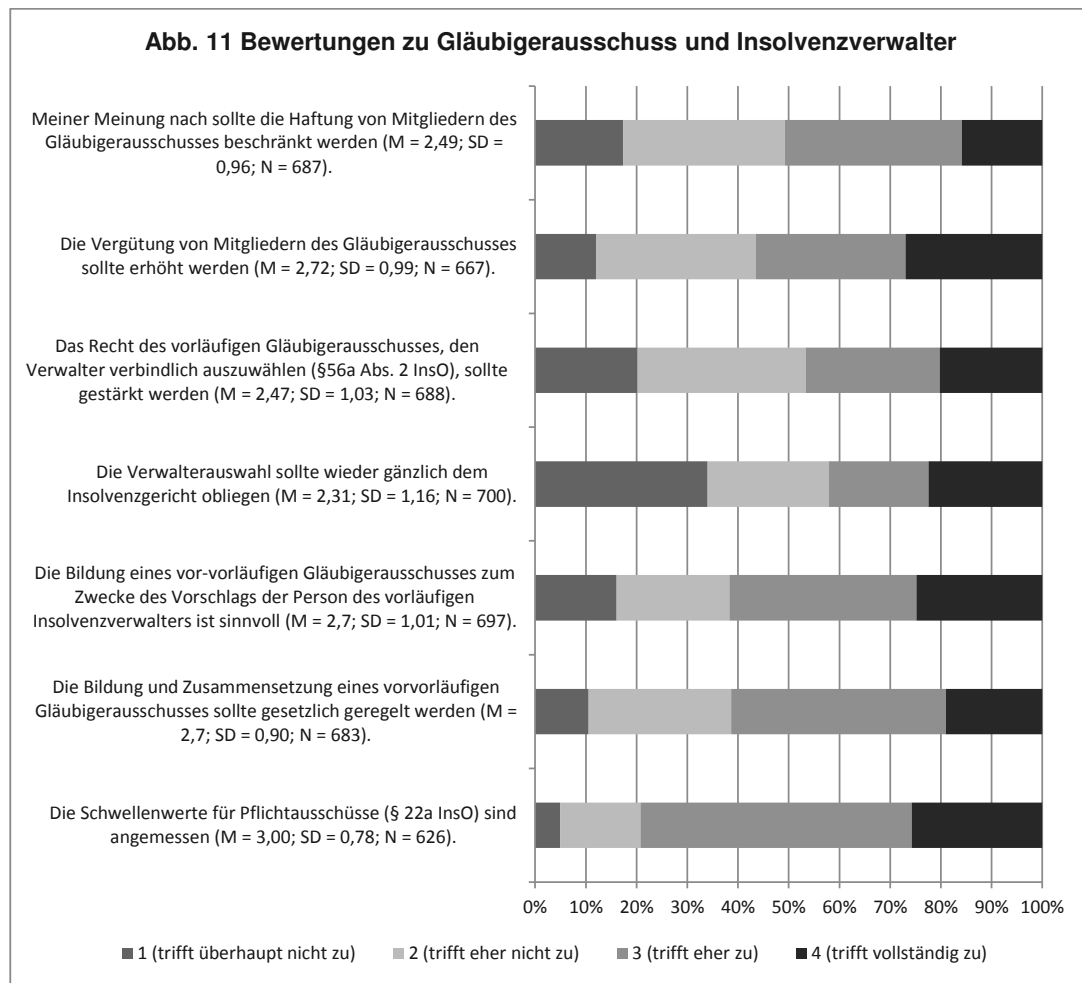


VII. Bewertungen zum Gläubigerausschuss und zur Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters

Die Auffassungen zum Gläubigerausschuss und zur Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters unterscheiden sich gruppenspezifisch recht deutlich. Es sind die Vertreter von Banken, Finanzverwaltungen und Sozialversicherungsträgern wie auch die Gläubiger und Mitglieder im Gläubigerausschuss, nach deren Meinung die Haftung von Mitgliedern des Gläubigerausschusses beschränkt werden sollte. Die Forderung nach einer Vergütung wird überproportional von Gläubigern, Gläubigerberatern und Mitgliedern im Gläubigerausschuss wie auch von Insolvenzverwaltern und Sachwaltern erhoben. Richter und Rechtspfleger stehen beiden Anliegen eher distanziert gegenüber. In noch deutlicherer Form wird von Richtern und Rechtspflegern die Stärkung des Rechts des vor-vorläufigen Gläubigerausschusses abgelehnt, den Verwalter verbindlich auszuwählen (§ 56a Abs. 2 InsO). Dieses befürworten Schuldner- und Unternehmensberater, Geschäftsleiter wie auch Gläubiger, Gläubigerberater und Mitglieder im Gläubigerausschuss. Umgekehrt erstaunt es dann nicht, dass Richter und Rechtspfleger deutlich überproportional die Verwalterauswahl wieder gänzlich dem Insolvenzgericht zuordnen möchten.

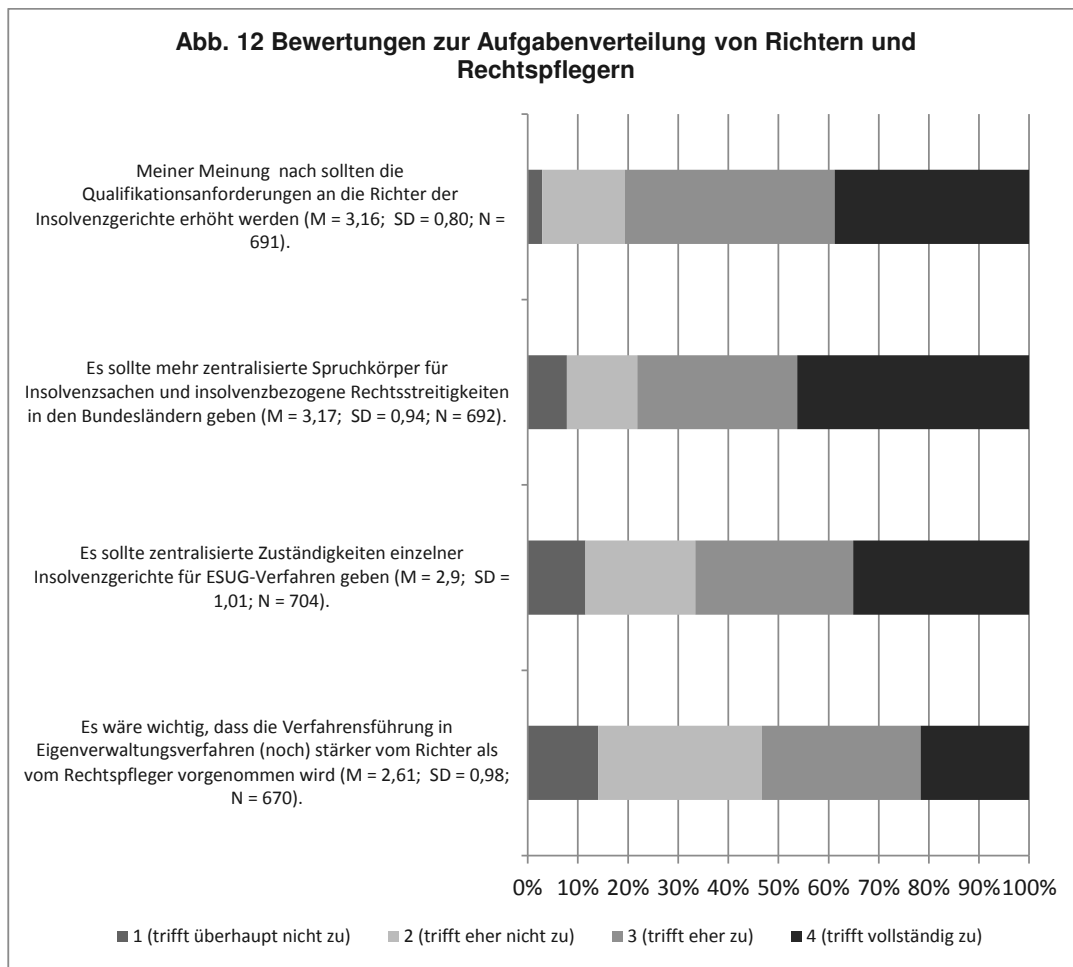
Die Bildung eines vor-vorläufigen Gläubigerausschusses zum Zwecke des Vorschlags der Person des vorläufigen Insolvenzverwalters wird eher von Schuldner- und Unternehmensberatern, Geschäftsleitern und Mitgliedern im Gläubigerausschuss und den Banken als sinnvoll erachtet. Dessen gesetzliche Regelung wird besonders von Insolvenzverwaltern und Sachwaltern und den Finanzverwaltungen und Sozialversicherungen für zweckdienlich gehalten.

Es handelt sich hier um diejenige Fragebatterie, die eher hohe Standardabweichungen aufweist.



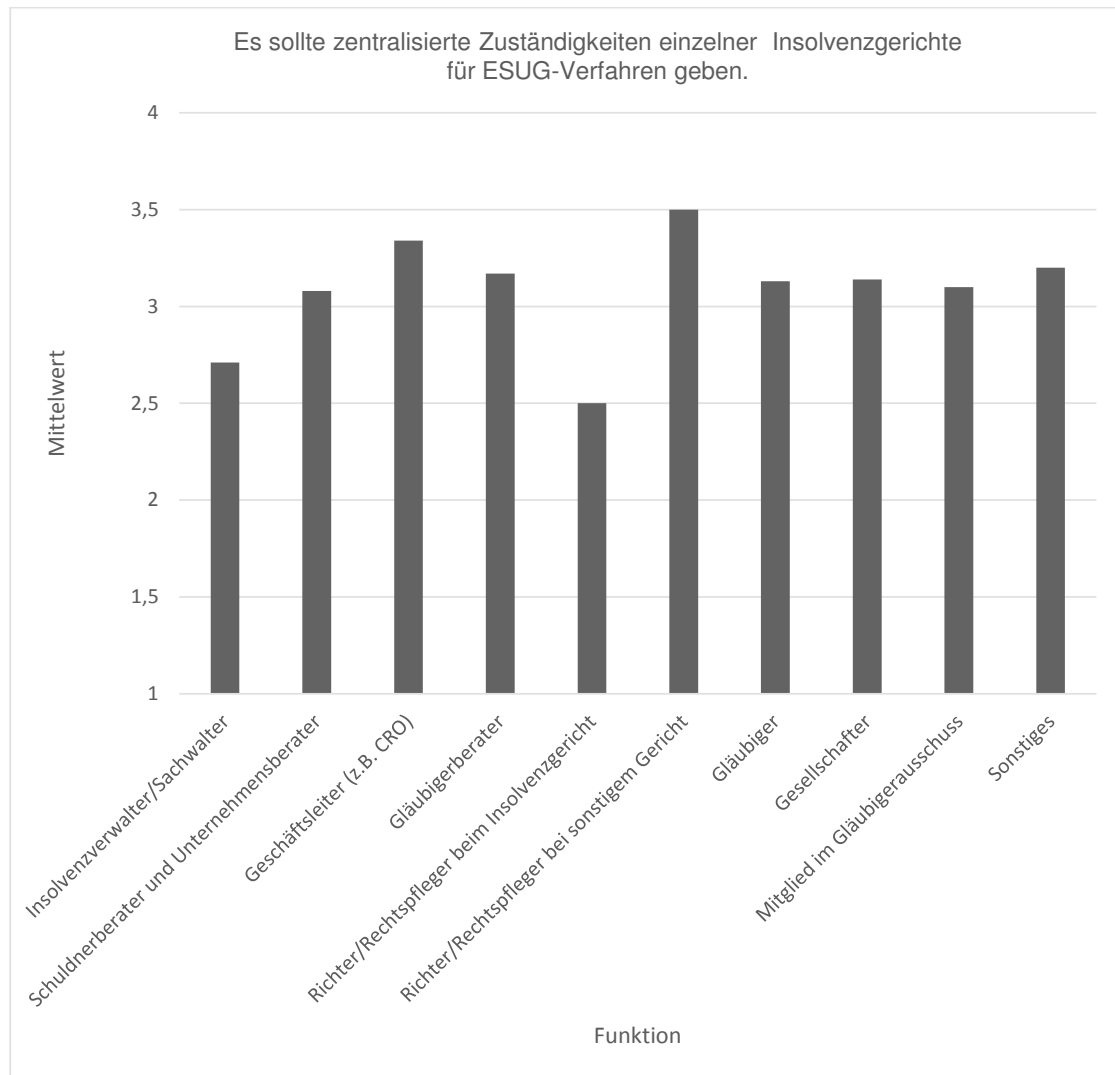
VIII. Bewertungen zur Aufgabenverteilung von Richtern und Rechtspflegern und zur Zuständigkeit

Hinsichtlich der Qualifikationsanforderungen an die Richter der Insolvenzgerichte zeigt sich für die Befragten ein recht hoher Bedarf. Ähnliches gilt für die Forderung nach mehr zentralisierten Spruchkörpern für Insolvenzsachen und insolvenzbezogene Rechtsstreitigkeiten in den Bundesländern und die zentralisierten Zuständigkeiten einzelner Insolvenzgerichte für ESUG-Verfahren. Diese wird von den Schuldner- und Unternehmensberatern, Geschäftsleitern wie auch von Gläubigern, Gläubigerberatern und Mitgliedern im Gläubigerausschuss erhoben; von Richtern und Rechtspflegern und Insolvenzverwaltern und Sachwaltern in deutlich geringerem Maße.



Die folgende Grafik zeigt aber, dass jede Funktionsgruppe in der Summe einer Zentralisierung eher zuneigt, geringer ausgeprägt die Insolvenzverwalter und Sachwalter wie auch die Richter an Insolvenzgerichten.

Abb. 13 Zentralisierte Zuständigkeiten einzelner Insolvenzgerichte



IX. Gesamtbewertung des ESUG

Die Gesamtbewertungen des ESUG ergeben ein eher gemischtes Bild ohne sehr starke Präferenzen: Das ESUG hat in der Summe die Erwartungen eher erfüllt. Es hat eher zu einer angemessenen Stärkung des Gläubigereinflusses geführt. Es wird weniger als zu komplex denn als noch nicht hinreichend rechtssicher angesehen. Das Stigma der Insolvenz hat sich

nur leicht abgeschwächt. Gleichwohl wird es eher als ein wichtiger Meilenstein für eine positive Veränderung der Insolvenzkultur gesehen.

In der Gesamtbewertung zeigen sich durchaus Unterschiede: Es sind eher Richter und Rechtspfleger, die dem ESUG skeptisch gegenüberstehen. Die Insolvenzverwalter und Sachwalter bewerten es als befriedigend, die anderen Gruppen sehen ihre Erwartungen eher als erfüllt an und betrachten das ESUG als eine eher positive Änderung des Insolvenzrechts.

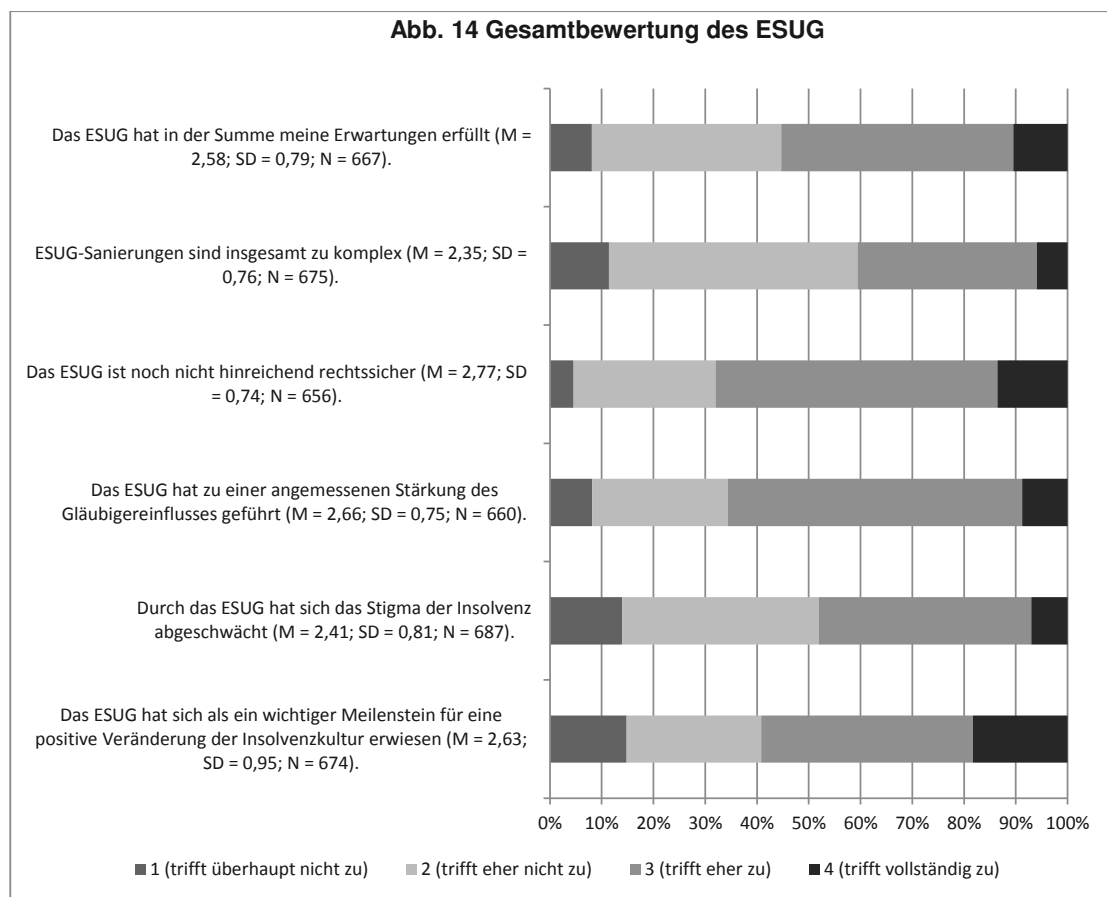
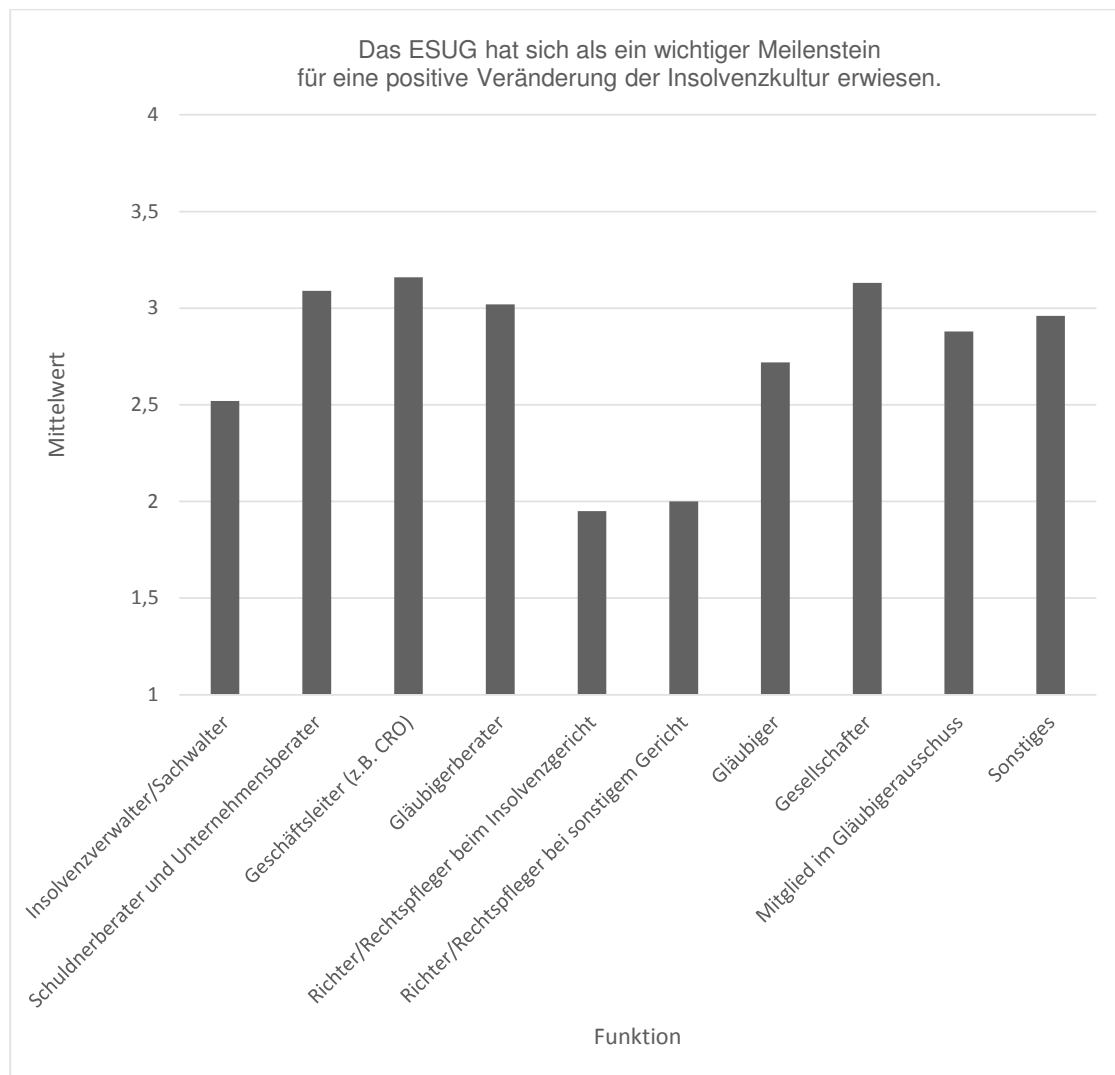


Abb. 15 ESUG als Meilenstein der Insolvenzkultur



Eine weitere statistische Analyse (Regressionsanalyse) hat darüber hinaus folgende statistisch signifikanten Zusammenhänge zeigen können: Eine eher skeptische Gesamtbewertung des ESUG wird zudem (also über die unterschiedliche Bewertung der Funktionsgruppen hinaus) durch die Erfahrung geprägt, dass die vorläufige Eigenverwaltung bei dafür nicht geeigneten Schuldnern angeordnet wurde und dass mit einer Eigenverwaltung hohe Zusatzkosten verbunden gewesen seien. Eine positive Gesamtbewertung wird insbesondere durch die Erfahrung bestimmt, dass sich der praktische Anwendungsbereich für Planlösungen erweitert hat und dass die neuen Planbefugnisse die Kooperationsbereitschaft der Gesellschafter erhöht haben. Diese Erfahrungen sind maßgeblich für die Bewertung des ESUG.

D. Auswertungen nach Berufs- und Funktionsgruppen

Tab. 17 Unterschiedliche Erfahrungen nach Berufsgruppen für Aussagen mit Standardabweichung >0,9 (Mittelwerte/Standardabweichung, absolute Anzahl in Klammern).									
Aussage	Gesamt	Richter/ Rechts- pfleger	Rechts- anwälte	Steuer- berater Betriebs- wirte	Beschäft- igter in Bank	Finanz- ver- walter SV- Träger	Sonstiges		
Ich habe intensive Erfahrungen mit dem „Schutzschirmverfahren“ des § 270b InsO sammeln können.	2,37/1,04 (742)	1,79/0,78 (153)	2,56/1,09 (383)	2,59/0,98 (101)	2,64/0,94 (56)	2,66/0,86 (44)	2,46/1,91 (89)		
Ich habe intensive Erfahrungen mit der vorläufigen Eigenverwaltung des § 270a InsO sammeln können.	2,90/1,01 (743)	2,21/0,96 (153)	3,14/0,96 (385)	3,15/0,88 (100)	3,04/0,83 (56)	2,80/0,98 (44)	3,08/0,91 (88)		
Mit der Eigenverwaltung waren so hohe Zusatzkosten verbunden, dass der Aufwand für die Beteiligten in der Eigenverwaltung insgesamt höher ausfällt als in Insolvenzverfahren mit Insolvenzverwalter.	2,65/0,97 (611)	2,95/0,71 (93)	2,66/1,03 (360)	2,57/1,05 (93)	2,67/0,84 (43)	2,48/0,75 (27)	2,52/1,08 (77)		
Von der Möglichkeit, dem Insolvenzgericht Nachteile anzuzeigen (§ 274 Abs. 3 InsO), wurde vom Sachwalter aus Reputationsgründen zu wenig Gebrauch gemacht.	2,23/0,94 (524)	2,08/0,88 (85)	2,23/0,94 (313)	2,19/0,97 (78)	2,55/0,94 (33)	2,62/0,86 (29)	2,18/1,02 (57)		
Von der Möglichkeit, dem Insolvenzgericht Nachteile anzuzeigen (§ 274 Abs. 3 InsO), wurde vom Sachwalter aufgrund von Abhängigkeiten zu wenig Gebrauch gemacht.	2,13/0,96 (529)	2,01/0,89 (85)	2,12/0,94 (316)	2,11/1,00 (79)	2,35/1,01 (34)	2,46/0,79 (28)	2,07/1,08 (61)		
Es ist häufig passiert, dass, Schuldnerberater oder Gläubiger für den Vorschlag einer Person zum Sachwalter gewisse Zugeständnisse des Sachwalters bei dessen Amtsführung erwartet oder gar vereinbart haben.	2,19/0,98 (527)	2,15/0,87 (62)	2,23/0,99 (335)	2,23/1,07 (84)	2,12/0,91 (34)	2,50/0,94 (20)	2,12/0,98 (69)		
Die Gesellschafter und ihre Geschäftsleiter haben im Verfahren zum Nachteil der Gläubiger egoistische Strategien verfolgt.	2,55/0,90 (602)	2,65/0,83 (91)	2,53/0,91 (349)	2,39/1,00 (93)	2,87/0,62 (46)	2,85/0,76 (33)	2,54/0,92 (72)		
Ich habe intensive Erfahrungen mit dem Insolvenzplanverfahren sammeln können.	2,89/0,97 (719)	2,23/0,93 (151)	3,15/0,87 (376)	3,02/0,94 (97)	2,91/0,81 (53)	2,85/1,04 (41)	3,08/0,88 (84)		

Tab. 17 (Fortsetzung) Unterschiedliche Erfahrungen nach Berufsgruppen für Aussagen mit Standardabweichung >0,9 (Mittelwerte/Standardabweichung, absolute Anzahl in Klammern).							
Aussage	Gesamt	Richter/ Rechtspfleger	Rechtsanwälte	Steuerberater Betriebswirte	Beschäftigter in Bank	Finanzverwalter SV-Träger	Sonstiges
Ich habe intensive Erfahrungen mit Verfahren sammeln können, in denen ein Gläubigerausschuss gebildet wurde.	3,00/0,98 (708)	2,41/0,86 (152)	3,21/0,93 (373)	3,25/0,89 (96)	3,14/0,85 (51)	3,02/1,07 (40)	3,24/0,92 (82)
Es ist häufig vorgekommen, dass im Interesse einzelner Gläubiger Insolvenzverwalter bestellt wurden, anderen Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben.	2,10/0,93 (608)	1,68/0,82 (121)	2,34/0,95 (340)	2,13/0,96 (91)	1,84/0,71 (45)	2,15/0,72 (27)	2,04/0,95 (69)
Während des Verfahrens ist es vorgekommen, dass Insolvenzverwalter mit Rücksicht auf einflussreiche Gläubiger und/oder Schuldnerberater von der Geltendmachung bestimmter Ansprüche Abstand genommen haben.	2,03/0,91 (573)	1,67/0,73 (97)	2,16/0,94 (328)	2,22/0,95 (88)	1,70/0,64 (43)	2,07/0,86 (28)	2,10/0,97 (70)
Quelle: ESUG-Befragung 2017. Die Differenz zwischen der Gesamtzahl und der Summe der genannten Gruppen erklärt sich aus der Mehrfachnennung von Berufen in den Fragebögen.							

Tab. 18 Unterschiedliche Bewertungen nach Berufsgruppen für Aussagen mit Standardabweichung >0,9 (Mittelwerte/Standardabweichung, absolute Anzahl in Klammern).

Aussage	Gesamt	Richter Rechts- pfleger	Rechts- anwälte	Steuer- berater Betriebs- wirte	Beschäftigter in Bank	Finanzverwalter SV-Träger	Sonstiges
Die Möglichkeit der Aufhebung der Eigenverwaltung sollte erleichtert werden.	2,73/0,96 (656)	2,95/0,82 (129)	2,60/0,99 (355)	2,61/1,01 (93)	3,13/0,74 (47)	3,17/0,71 (35)	2,73/1,08 (80)
Die Möglichkeit, den Sachwalter im Schutzschirmverfahren „mitzubringen“, ist sinnvoll und wichtig.	2,62/0,98 (661)	1,97/0,79 (125)	2,72/0,98 (359)	2,98/0,93 (96)	2,71/0,91 (49)	2,29/0,87 (34)	2,79/1,01 (80)
Der (vorläufige) Sachwalter sollte mehr Einflussmöglichkeiten bekommen und seine Unabhängigkeit gestärkt werden.	2,91/0,97 (667)	3,10/0,75 (135)	2,90/1,02 (361)	2,53/1,00 (92)	3,13/0,81 (45)	3,27/0,72 (33)	2,72/1,07 (79)
Neben § 270b InsO ist ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren notwendig.	2,16/1,09 (631)	1,79/0,90 (101)	2,10/1,06 (358)	2,59/1,18 (91)	2,39/1,13 (51)	1,90/0,92 (30)	2,33/1,12 (81)
Ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren sollte durch Schwellenwerte auf größere Unternehmen beschränkt sein.	2,68/1,15 (618)	2,92/1,10 (106)	2,84/1,14 (343)	2,45/1,13 (89)	2,59/1,04 (49)	2,35/1,14 (31)	2,59/1,17 (80)
Ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren sollte außerhalb der InsO geregelt werden.	2,53/1,26 (617)	2,50/1,26 (108)	2,46/1,28 (334)	2,84/1,22 (88)	2,59/1,14 (49)	2,25/1,25 (36)	2,71/1,31 (77)
Der Gesetzgeber sollte materielle Präklusionsklauseln mit Blick auf sog. Nachzügler zulassen.	3,04/0,92 (589)	2,82/0,89 (109)	3,25/0,84 (350)	2,83/1,02 (78)	2,56/0,89 (34)	2,55/1,06 (29)	3,02/0,88 (64)
Ein Insolvenzplan sollte auch dazu dienen können, die Verwalter-/Sachwaltervergütung verbindlich für das Festsetzungsverfahren nach § 64 InsO regeln zu können.	2,96/1,07 (649)	2,71/1,24 (146)	3,04/1,03 (354)	3,04/0,97 (81)	2,95/0,82 (42)	2,81/1,09 (32)	2,86/1,01 (70)
Meiner Meinung nach sollte die Haftung von Mitgliedern des Gläubigerausschusses beschränkt werden.	2,49/0,96 (687)	2,08/0,85 (138)	2,43/0,94 (367)	2,63/0,97 (96)	3,33/0,68 (51)	3,06/0,98 (36)	2,51/0,95 (81)
Die Vergütung von Mitgliedern des Gläubigerausschusses sollte erhöht werden.	2,72/0,99 (667)	2,15/0,91 (140)	2,96/0,92 (357)	2,79/1,00 (92)	3,06/0,94 (47)	2,51/0,98 (35)	2,78/1,00 (79)

Tab. 18 (Fortsetzung) Unterschiedliche Bewertungen nach Berufsgruppen für Aussagen mit Standardabweichung >0,9 (Mittelwerte/Standardabweichung, absolute Anzahl in Klammern).							
Aussage	Gesamt	Richter Rechts- pfleger	Rechts- anwälte	Steuer- berater Betriebs- wirte	Beschäftigter in Bank	Finanzver- walter SV-Träger	Sonstiges
Das Recht des vorläufigen Gläubigerausschusses, den Verwalter verbindlich auszuwählen (§ 56a Abs. 2 InsO), sollte gestärkt werden.	2,47/1,03 (688)	1,62/0,89 (147)	2,54/1,00 (364)	2,85/0,98 (95)	3,26/0,72 (50)	2,78/0,90 (36)	2,63/0,96 (80)
Die Verwalterauswahl sollte wieder gänzlich dem Insolvenzgericht obliegen.	2,31/1,16 (700)	3,31/0,80 (149)	2,19/1,15 (368)	1,91/1,08 (94)	1,41/0,70 (51)	2,44/0,97 (39)	1,86/0,96 (80)
Die Bildung eines vor-vorläufigen Gläubigerausschusses zum Zwecke des Vorschlags der Person des vorläufigen Insolvenzverwalters ist sinnvoll.	2,70/1,01 (697)	1,88/0,89 (145)	2,82/0,94 (371)	2,99/0,94 (97)	3,33/0,65 (51)	2,83/0,89 (35)	2,84/0,96 (82)
Die Bildung und Zusammensetzung eines vorvorläufigen Gläubigerausschusses sollte gesetzlich geregelt werden.	2,70/0,90 (683)	2,55/0,97 (145)	2,74/0,87 (361)	2,55/0,85 (93)	2,65/0,80 (51)	3,06/0,80 (35)	2,77/0,91 (82)
Es sollte mehr zentralisierte Spruchkörper für Insolvenzsachen und insolvenzbezogene Rechtsstreitigkeiten in den Bundesländern geben.	3,17/0,94 (692)	2,66/1,08 (142)	3,23/0,91 (372)	3,38/0,75 (94)	3,46/0,71 (50)	3,29/0,84 (38)	3,41/0,78 (80)
Es sollte zentralisierte Zuständigkeiten einzelner Insolvenzgerichte für ESUG-Verfahren geben.	2,90/1,01 (704)	2,54/1,15 (146)	2,88/1,00 (369)	3,22/0,75 (98)	3,32/0,82 (50)	2,93/0,85 (41)	3,14/0,86 (83)
Es wäre wichtig, dass die Verfahrensführung in Eigenverwaltungsverfahren (noch) stärker vom Richter als vom Rechtspfleger vorgenommen wird.	2,61/0,98 (670)	2,10/1,07 (148)	2,65/0,89 (352)	2,91/0,83 (85)	2,74/0,85 (47)	3,18/0,69 (38)	2,74/1,02 (77)
Das ESUG hat sich als ein wichtiger Meilenstein für eine positive Veränderung der Insolvenzkultur erwiesen.	2,63/0,95 (674)	1,98/0,81 (128)	2,73/0,94 (361)	2,82/0,95 (99)	2,69/0,81 (51)	2,68/0,88 (34)	2,88/0,89 (81)
Quelle: ESUG-Befragung 2017. Die Differenz zwischen der Gesamtzahl und der Summe der genannten Gruppen erklärt sich aus der Mehrfachnennung von Berufen in den Fragebögen.							

Tab. 19 Unterschiedliche Erfahrungen mit dem ESUG nach Funktionen für Aussagen mit Standardabweichung >0,9(Mittelwerte/Standardabweichung, absolute Anzahl in Klammern).

Aussage	Gesamt	Insolvenzverwalter Sachwalter	Schuldner-/Unternehmensberater	Geschäftsleiter (z.B. CRO)	Gläubigerberater	Richter Rechtspfleger	Gläubiger	Mitglied im Gläubigerausschuss	Sonstiges
Ich habe intensive Erfahrungen mit dem „Schutzschirmverfahren“ des § 270b InsO sammeln können.	2,37/1,04 (742)	2,41/1,07 (282)	2,74/1,08 (231)	2,95/1,06 (88)	2,78/1,02 (175)	1,78/0,78 (150)	2,65/0,98 (129)	2,87/0,95 (165)	2,61/1,07 (56)
Ich habe intensive Erfahrungen mit der vorläufigen Eigenverwaltung des § 270a InsO sammeln können.	2,90/1,01 (743)	3,08/0,98 (285)	3,29/0,88 (230)	3,60/0,69 (88)	3,17/0,91 (175)	2,19/0,94 (150)	2,95/0,96 (129)	3,36/0,74 (165)	2,98/0,87 (55)
Mit der Eigenverwaltung waren so hohe Zusatzkosten verbunden, dass der Aufwand für die Beteiligten in der Eigenverwaltung insgesamt höher ausfällt als in Insolvenzverfahren mit Insolvenzverwalter.	2,65/0,97 (611)	2,89/0,97 (269)	2,22/1,00 (221)	2,10/0,91 (86)	2,34/0,98 (157)	2,97/0,71 (91)	2,61/0,82 (97)	2,57/0,89 (153)	2,34/0,96 (41)
Von der Möglichkeit, dem Insolvenzgericht Nachteile anzuzeigen (§ 274 Abs. 3 InsO), wurde vom Sachwalter aus Reputationsgründen zu wenig Gebrauch gemacht.	2,23/0,94 (524)	2,33/0,92 (243)	1,99/0,94 (187)	1,90/0,90 (77)	2,05/0,92 (131)	2,11/0,87 (83)	2,51/0,89 (79)	2,30/0,96 (132)	2,23/1,06 (31)
Von der Möglichkeit, dem Insolvenzgericht Nachteile anzuzeigen (§ 274 Abs. 3 InsO), wurde vom Sachwalter aufgrund von Abhängigkeiten zu wenig Gebrauch gemacht.	2,13/0,96 (529)	2,20/0,90 (242)	1,91/0,94 (190)	1,81/0,91 (79)	2,00/0,94 (133)	2,04/0,89 (83)	2,37/0,95 (79)	2,21/0,98 (134)	2,16/1,08 (32)
Es ist häufig passiert, dass, Schuldnerberater oder Gläubiger für den Vorschlag einer Person zum Sachwalter gewisse Zugeständnisse des Sachwalters bei dessen Amtsführung erwartet oder gar vereinbart haben.	2,19/0,98 (527)	2,38/0,99 (253)	1,88/0,92 (208)	1,83/0,89 (81)	2,02/0,87 (147)	2,17/0,85 (59)	2,18/0,99 (76)	2,07/0,93 (131)	2,32/1,03 (37)

Tab. 19 (Fortsetzung) Unterschiedliche Erfahrungen mit dem ESUG nach Funktionen für Aussagen mit Standardabweichung >0,9(Mittelwerte/Standardabweichung, absolute Anzahl in Klammern).									
Aussage	Gesamt	Insolvenzverwalter Sachwalter	Schuldner-/Unternehmensberater	Geschäftsleiter (z.B. CRO)	Gläubigerberater	Richter Rechtspfleger	Gläubiger	Mitglied im Gläubigerausschuss	Sonstiges
Die Gesellschafter und ihre Geschäftsleiter haben im Verfahren zum Nachteil der Gläubiger egoistische Strategien verfolgt.	2,55/0,90 (602)	2,72 /0,88 (260)	2,10 /0,89 (211)	2,21/0,86 (85)	2,31/0,88 (153)	2,66/0,84 (89)	2,77/0,74 (104)	2,62/0,89 (154)	2,47/1,01 (45)
Ich habe intensive Erfahrungen mit dem Insolvenzplanverfahren sammeln können.	2,89/0,97 (719)	3,09/0,89 (277)	3,28 /0,98 (228)	3,45 /0,71 (88)	3,25 /0,76 (170)	2,21 /0,92 (148)	2,95/0,92 (125)	3,27/0,76 (161)	3,00/0,96 (49)
Ich habe intensive Erfahrungen mit Verfahren sammeln können, in denen ein Gläubigerausschluss gebildet wurde.	3,00/0,98 (708)	3,16/0,96 (274)	3,29/0,92 (224)	3,66 /0,66 (85)	3,28/0,87 (165)	2,40 /0,85 (149)	3,08/1,01 (118)	3,51/0,66 (160)	3,27/0,76 (49)
Es ist häufig vorgekommen, dass im Interesse einzelner Gläubiger Insolvenzverwalter bestellt wurden, anderen Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben.	2,10/0,93 (608)	2,50 /0,93 (251)	1,96/0,85 (201)	1,92/0,80 (79)	2,08/0,90 (155)	1,68 /0,82 (118)	2,10/0,85 (97)	2,12/0,86 (152)	1,98/0,73 (44)
Während des Verfahrens ist es vorgekommen, dass Insolvenzverwalter mit Rücksicht auf einflussreiche Gläubiger und/oder Schuldnerberater von der Geltendmachung bestimmter Ansprüche Abstand genommen haben.	2,03/0,91 (573)	2,28 /0,97 (239)	1,96/0,88 (200)	2,05/0,95 (78)	2,03/0,92 (152)	1,67 /0,76 (95)	2,04/0,91 (98)	2,01/0,89 (151)	2,23/0,81 (43)
Quelle: ESUG-Befragung 2017. Die Differenz zwischen der Gesamtzahl und der Summe der genannten Gruppen erklärt sich aus der Mehrfachnennung von Funktionen in den Fragebögen.									

Tab. 20 Unterschiedliche Bewertungen des ESUG nach Funktionen für Aussagen mit Standardabweichung >0,9 (Mittelwerte/Standardabweichung, absolute Anzahl in Klammern).

Aussage	Gesamt	Insolvenzverwalter Sachwalter	Schuldner-/Unternehmensberater	Geschäftsleiter (z.B. CRO)	Gläubigerberater	Richter Rechtspfleger	Gläubiger	Mitglied im Gläubigerausschuss	Sonstiges
Die Möglichkeit der Aufhebung der Eigenverwaltung sollte erleichtert werden.	2,73/0,96 (656)	2,73/0,98 (263)	2,23/0,97 (216)	2,13/0,97 (82)	2,42/1,02 (162)	2,97/0,82 (126)	3,05/0,87 (108)	2,83/0,99 (157)	2,69/1,00 (49)
Die Möglichkeit, den Sachwalter im Schutzschirmverfahren „mitzubringen“, ist sinnvoll und wichtig.	2,62/0,98 (661)	2,61/0,99 (267)	3,10/0,88 (218)	3,06/0,92 (82)	2,89/0,95 (164)	1,94/0,77 (123)	2,67/0,92 (109)	2,73/0,97 (155)	2,90/1,05 (49)
Der (vorläufige) Sachwalter sollte mehr Einflussmöglichkeiten bekommen und seine Unabhängigkeit gestärkt werden.	2,91/0,97 (667)	3,15/0,92 (265)	2,38/1,05 (221)	2,40/1,09 (85)	2,61/1,02 (164)	3,11/0,75 (132)	3,13/0,83 (105)	2,95/1,01 (154)	2,47/0,99 (51)
Neben § 270b InsO ist ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren notwendig.	2,16/1,09 (631)	1,78/0,87 (265)	2,58/1,14 (220)	2,52/1,09 (83)	2,50/1,19 (163)	1,78/0,88 (98)	2,38/1,08 (109)	2,39/1,10 (150)	2,62/1,19 (50)
Ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren sollte durch Schwellenwerte auf größere Unternehmen beschränkt sein.	2,68/1,15 (618)	2,98/1,11 (251)	2,41/1,15 (206)	2,60/1,14 (80)	2,55/1,21 (150)	2,94/1,10 (104)	2,44/1,13 (105)	2,60/1,13 (145)	2,43/1,04 (51)
Ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren sollte außerhalb der InsO geregelt werden.	2,53/1,26 (617)	2,28/1,25 (248)	2,80/1,27 (207)	2,83/1,24 (80)	2,59/1,33 (151)	2,53/1,26 (105)	2,58/1,21 (110)	2,50/1,25 (140)	2,64/1,31 (50)
Der Gesetzgeber sollte materielle Präklusionsklauseln mit Blick auf sog. Nachzügler zulassen.	3,04/0,92 (589)	3,30/0,81 (260)	3,25/0,87 (199)	3,33/0,88 (78)	3,21/0,86 (154)	2,81/0,89 (107)	2,76/0,95 (93)	3,00/0,97 (130)	2,93/1,05 (42)

Tab. 20 (Fortsetzung) Unterschiedliche Bewertungen des ESUG nach Funktionen für Aussagen mit Standardabweichung >0,9 (Mittelwerte/Standardabweichung, absolute Anzahl in Klammern).									
Aussage	Gesamt	Insolvenzverwalter Sachwalter	Schuldner-/Unternehmensberater	Geschäftsleiter (z.B. CRO)	Gläubigerberater	Richter Rechtspfleger	Gläubiger	Mitglied im Gläubigerausschuss	Sonstiges
Ein Insolvenzplan sollte auch dazu dienen können, die Verwalter-/Sachwaltervergütung verbindlich für das Festsetzungsverfahren nach § 64 InsO regeln zu können.	2,96/1,07 (649)	3,02/1,05 (266)	3,19/0,82 (207)	3,15/1,03 (80)	3,09/1,01 (160)	2,69/1,25 (143)	3,03/1,00 (100)	2,86/1,09 (145)	2,91/0,95 (43)
Meiner Meinung nach sollte die Haftung von Mitgliedern des Gläubigerausschusses beschränkt werden.	2,49/0,96 (687)	2,29/0,89 (271)	2,52/0,93 (223)	2,39/0,89 (84)	2,56/0,95 (168)	2,07/0,85 (135)	3,07/0,91 (113)	2,89/0,95 (160)	2,75/1,00 (51)
Die Vergütung von Mitgliedern des Gläubigerausschusses sollte erhöht werden.	2,72/0,99 (667)	2,95/0,91 (265)	2,87/0,93 (214)	2,86/0,98 (83)	3,06/0,92 (161)	2,14/0,91 (137)	2,96/0,98 (105)	3,21/0,92 (156)	2,90/1,05 (49)
Das Recht des vorläufigen Gläubigerausschusses, den Verwalter verbindlich auszuwählen (§ 56a Abs. 2 InsO), sollte gestärkt werden.	2,47/1,03 (688)	2,41/1,00 (270)	2,91/0,94 (221)	2,94/0,96 (84)	2,81/0,99 (164)	1,59/0,66 (145)	2,92/0,95 (112)	2,93/0,97 (156)	2,60/0,96 (48)
Die Verwalterauswahl sollte wieder gänzlich dem Insolvenzgericht obliegen.	2,31/1,16 (700)	2,49/1,13 (270)	1,65/0,93 (225)	1,52/0,88 (82)	1,77/1,03 (169)	3,34/0,75 (147)	1,93/1,06 (116)	1,75/0,96 (159)	1,90/1,01 (52)
Die Bildung eines vorläufigen Gläubigerausschusses zum Zwecke des Vorschlags der Person des vorläufigen Insolvenzverwalters ist sinnvoll.	2,70/1,01 (697)	2,67/0,99 (272)	3,13/0,82 (226)	3,19/0,82 (83)	3,05/0,84 (169)	1,86/0,88 (143)	3,06/0,88 (112)	3,15/0,89 (157)	3,00/0,90 (53)
Die Bildung und Zusammensetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses sollte gesetzlich geregelt werden.	2,70/0,90 (683)	2,83/0,88 (266)	2,60/0,86 (218)	2,48/0,94 (81)	2,64/0,92 (162)	2,56/0,98 (142)	2,82/0,91 (113)	2,81/0,9 (156)	2,72/0,83 (50)

Tab. 20 (Fortsetzung) Unterschiedliche Bewertungen des ESUG nach Funktionen für Aussagen mit Standardabweichung >0,9 (Mittelwerte/Standardabweichung, absolute Anzahl in Klammern).									
Aussage	Gesamt	Insolvenzverwalter Sachwalter	Schuldner-/Unternehmensberater	Geschäftsleiter (z.B. CRO)	Gläubigerberater	Richter Rechtspfleger	Gläubiger	Mitglied im Gläubigerausschuss	Sonstiges
Es sollte mehr zentralisierte Spruchkörper für Insolvenzsachen und insolvenzbezogene Rechtsstreitigkeiten in den Bundesländern geben.	3,17/0,94 (692)	3,10/0,97 (273)	3,40/0,80 (220)	3,54/0,73 (80)	3,50/0,78 (169)	2,67/1,90 (140)	3,39/0,82 (115)	3,44/0,77 (155)	3,52/0,70 (52)
Es sollte zentralisierte Zuständigkeiten einzelner Insolvenzgerichte für ESUG-Verfahren geben.	2,90/1,01 (704)	2,71/1,01 (270)	3,08/0,92 (222)	3,34/0,79 (82)	3,17/0,91 (166)	2,54/1,15 (144)	3,13/0,87 (117)	3,10/0,88 (157)	3,20/0,89 (55)
Es wäre wichtig, dass die Verfahrensführung in Eigenverwaltungsverfahren (noch) stärker vom Richter als vom Rechtspfleger vorgenommen wird.	2,61/0,98 (670)	2,49/0,88 (260)	2,81/0,92 (213)	2,69/0,94 (83)	2,87/0,88 (158)	2,09/1,08 (146)	2,98/0,89 (110)	2,90/0,90 (151)	2,91/0,95 (47)
Das ESUG hat sich als ein wichtiger Meilenstein für eine positive Veränderung der Insolvenzkultur erwiesen.	2,63/0,95 (674)	2,52/0,93 (263)	3,09/0,82 (224)	3,16/0,78 (87)	3,02/0,84 (168)	1,97/0,81 (126)	2,72/0,85 (110)	2,88/0,82 (155)	2,96/0,91 (91)
Quelle: ESUG-Befragung 2017. Die Differenz zwischen der Gesamtzahl und der Summe der genannten Gruppen erklärt sich aus der Mehrfachnennung von Funktionen in den Fragebögen.									

Dritter Teil – Rechtswissenschaftliche Bewertung des ESUG

A. Allgemeine Rezeption der ESUG-Reform

I. Ergebnisse aus Statistik und Befragung

Die allgemeine Einschätzung zum ESUG lässt sich vor allem an den Abschlussfragen der Evaluation ablesen. Allerdings ist das Bild hier nicht einheitlich. Leicht über dem Mittelwert liegt das Ergebnis bei der Frage, ob das ESUG die Erwartungen in der Summe erfüllt hat ($M = 2,58$). Insgesamt wird das ESUG eher positiv bewertet. Mehrheitlich wird das ESUG noch als nicht hinreichend rechtssicher angesehen ($M = 2,77$). Mehrheitlich wird eine angemessene Stärkung des Gläubigereinflusses ausgemacht ($M = 2,66$).

Gleichzeitig zeigt sich freilich, was auch in den offenen Nennungen des Fragebogens ersichtlich ist, eine recht hohe Bandbreite bei den Antworten. Ebenfalls nur leicht über dem Mittelwert ($M = 2,63$), aber mit größerer Varianz ($SD = 0,98$) liegt die Einschätzung der Befragten zu der Aussage, dass sich das ESUG als bedeutender Meilenstein zur Sanierungskultur erwiesen hat. Auch die Antworten zur Komplexität des ESUG-Verfahrens bleiben auffällig ($M = 2,35$).

Zu einzelnen Fragen zeigt sich eine hohe Zustimmung, was zugleich den Wunsch nach gesetzgeberischem Tätigwerden Ausdruck zu verleihen scheint. Das betrifft etwa die Aussage, dass es klar definierte Gründe geben sollte, bei deren Vorliegen die Eigenverwaltung aufzuheben bzw. nicht anzuordnen ist (Zustimmung $M = 3,19$). Die Ansichten zu der Rolle des Gerichts sind unterschiedlich ausgeprägt. Vor allem wird auf Probleme bei der Anordnung der Eigenverwaltung (Gefahr des Missbrauchs) und auf das Zusammenspiel von Sachwalter/Berater und Schuldner hingewiesen.

In den Befragungsergebnissen zeigen sich vielfach natürliche Interessengegensätze. Es ist dennoch auffällig, dass z.B. besonders die Befragten aus dem Bereich „Beschäftigter in einer Bank“ der Aussage zustimmen ($M = 2,87$), dass die Gesellschafter und ihre Geschäftsleiter im Verfahren zum Nachteil der Gläubiger egoistische Strategien verfolgt haben, während der Mittelwert bei allen Befragten bei $M = 2,55$ liegt. Nach Funktionen unterschieden teilen insbesondere Insolvenzverwalter diese Aussage ($M = 2,72$), während Schuldnerberater ($M = 2,10$) der Aussage eher nicht zustimmen. „Beschäftigte bei Banken“ haben bisher auch eher gemischte und tendenziell schwierige Erfahrungen mit der Eigenverwaltung gemacht. Diese Befragtengruppe hat mit einem sehr hohen Wert von $M = 3,13$ der Aussage zugestimmt, dass die Aufhebung der Eigenverwaltung erleichtert werden sollte (siehe die Tabelle zu den umstrittenen Einzelfragen, Tab. 18).

II. Sonstige ESUG-Studien

Die BCG-Studie 2017⁶ kommt zu dem Schluss, die Insolvenzverfahren seien nach mehrheitlicher Auffassung der Befragten für die Gläubiger seit Einführung des ESUG besser plan- und steuerbar. Offen bleibe die Frage, ob durch das ESUG tatsächlich gerichtliche Sanierungen früher eingeleitet werden. Die Ergebnisse für die Gläubiger in ihrer Gesamtheit werden als „mäßig“ beschrieben, die Quoten haben sich danach rückläufig entwickelt, was möglicherweise damit zu tun habe, dass vermehrt auch in ungeeigneten Fällen die Eigenverwaltung angeordnet worden sei.⁷

Die hohe Quote von Übergängen in das Regelverfahren sowie die eher mäßigen Ergebnisse für die Gläubiger können nach Ansicht der Verfasser der Studie dafür sprechen, dass die meisten Anträge nicht früher als vor Einführung des ESUG gestellt wurden.

Das Verfahren sei für Gesellschafter sehr attraktiv, da selten in Gesellschafterrechte eingegriffen werde, während oft hohe Sanierungsbeiträge von den Gläubigern verlangt würden.

Auch die Noerr/McKinsey-Studie bescheinigt dem ESUG im Kern eine positive Wahrnehmung. Besonders die bessere Planbarkeit des Verfahrens wird hervorgehoben.⁸

Die Roland Berger/HgGUR-Studie 2016⁹ sieht mehrheitlich eine eingeschränkt positive Zustimmung. Die Verfahren nach § 270a InsO werden allerdings von den dort Befragten zunehmend kritischer gesehen; viele Befragte seien insoweit hinsichtlich ihrer Einschätzung zur Eigenverwaltung unentschlossen.¹⁰ Insgesamt wird mehrheitlich angenommen, Eigenverwaltung und Schutzschirm erhöhten das Gläubigerrisiko, steigerten aber gleichwohl die Sanierungsbereitschaft der Stakeholder. Die Roland Berger/HgGUR-Studie vom Januar 2018¹¹ stellt fest, der vom Gesetzgeber gewünschte Mentalitätswandel hin zu einer sogenannten Insolvenzkultur werde von der Mehrheit der Befragten als nicht erfüllt angesehen (29% Zustimmung). Das Ziel eines stärkeren Einflusses der Gläubiger wird von 47% als erfüllt angesehen, die Erleichterung der Eigenverwaltung von 77%.

⁶ BCG-Studie, Fünf Jahre ESUG, Wesentliche Ziele erreicht, S. 4, 16.

⁷ BCG-Studie, Fünf Jahre ESUG, Wesentliche Ziele erreicht, S. 3, 16.

⁸ Noerr/McKinsey, InsO-Studie 2015, S. 6.

⁹ Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2016, S. 5, 17.

¹⁰ Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2016, S. 22.

¹¹ Roland Berger/HgGUR, 5 Jahre ESUG – eine Bestandsaufnahme, S. 18.

Die Studien weisen als wahrgenommenen Vorteil aus, dass sich die Verfahren gegenüber dem Regelverfahren beschleunigt haben.¹²

III. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat naturgemäß keine allgemeine Würdigung des ESUG vorgenommen. In Gerichtsentscheidungen ist deutlich gemacht worden, dass die Eigenverwaltung vom Gesetzgeber nicht als Regelfall konzipiert worden sei.¹³

IV. Literatur

Rechtswissenschaftliche Stellungnahmen zum ESUG in seiner Allgemeinheit sind, von den genannten Studien abgesehen, selten. Die vorhandene Literatur verhält sich meist zur Eigenverwaltung und ist insgesamt von einer Ambivalenz geprägt. Es gibt durchaus höchst kritische Stellungnahmen, die freilich eher punktuell bei einzelnen Problemen ansetzen.¹⁴ Eine Radikalumkehr wird, soweit ersichtlich, in der veröffentlichten Literatur nicht gefordert. Es wird allerdings deutlich von den Missbrauchsgefahren gesprochen¹⁵ oder gar davon, dass das ESUG eine Korruptiongefahr für Insolvenzverwalter geschaffen habe.¹⁶ Freilich ist zu berücksichtigen, dass Fälle, in denen die Dinge ordnungsgemäß und reibungslos verlaufen, wenig Anlass für eine literarische Aufarbeitung bieten; insoweit kann es gewisse Verzerrungen geben, weil tendenziell negative Erfahrungen mehr Aufmerksamkeit erhalten.

In der Presse ist zu lesen, dass Anwaltskanzleien Unternehmen ansprechen und eine strategische Insolvenz ins Spiel bringen, die darauf beruht, dass die Gläubiger zu weitgehenden Forderungsverzichten im Insolvenzplanverfahren gebracht werden und das Eigenkapital auch ohne Eingriffe in Gesellschafterrechte gestärkt wird.¹⁷

¹² Noerr/McKinsey, InsO-Studie 2015, S. 11; BCG-Studie, Fünf Jahre ESUG, Wesentliche Ziele erreicht, S. 4.

¹³ AG Hamburg, 28.2.2014 – 67c IN 1/14, NZI 2014, 566.

¹⁴ Beispielhaft *Pleister/Kunkel*, ZIP 2017, 153 zu Masseverbindlichkeiten; *Schröder/Schulz*, ZIP 2017, 1096, 1103 zur Rechtsschutzmöglichkeit bei § 270b InsO; siehe sodann die Stellungnahmen der Verbände, dazu sogleich im Text.

¹⁵ *Hammes*, NZI 2017, 233, 234; *Rendels*, in: Festschrift Kübler, 2015, S. 577, 578; deutlich auch *Frind*, ZIP 2017, 993; *ders.*, WM 2014, 590.

¹⁶ *Gruber*, NJW 2013, 584 zu § 56a InsO.

¹⁷ Indat-Report, Heft 7/2017, S. 6 = <https://www.welt.de/wirtschaft/bilanz/article169009828/Unsittliches-Angebot-fuer-Trigema-Chef-Grupp.html> vom 4.10.2017.

Im Übrigen ist die Wahrnehmung des ESUG eher verhalten positiv,¹⁸ die Debatte konzentriert sich eher auf Korrekturbedarf bei einzelnen Fragen. Sie wird außerdem im Kontext der Diskussion über die vorinsolvenzliche Sanierung geführt.¹⁹ Insoweit wird der Bedarf für das vorinsolvenzliche Verfahren auch abhängig davon eingeschätzt, ob nach Auffassung des jeweiligen Autors das ESUG seine Ziele erreicht hat.²⁰

V. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

In den rechtspolitischen Vorschlägen der Verbände wird das ESUG grundsätzlich für richtig erachtet, aber im Einzelnen Ergänzungs- oder Konkretisierungsbedarf angemeldet. Der Gravenbrucher Kreis schlägt für einzelne Bereiche „Feinjustierungen“ vor.²¹

Der DAV hält die durch das ESUG gesteckten Ziele im Wesentlichen für erreicht, sieht aber vor allem den wachsenden Einfluss der Berater kritisch und will die Verpflichtung auf die bestmögliche Gläubigerbefriedigung in § 1 InsO festschreiben.²²

Der BV ESUG e.V. will im Positionspapier vom 1.12.2015 dagegen den Sanierungsgedanken fördern und dies als eigenständiges Verfahrensziel (also offenbar abweichend oder ergänzend zur gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung i.S.d. § 1 InsO) etabliert sehen, die Eigenverwaltung also vom Insolvenzverfahren stärker abheben.²³ Die Entscheidung des Gesetzgebers für das ESUG wird aber im Grundsatz für „klug“ angesehen.

VI. Fallstudien

Die im vierten Teil dargestellten Fallstudien belegen einzelne Probleme, können aber naturgemäß nicht für allgemeingültige Aussagen über den Erfolg oder Misserfolg des ESUG herangezogen werden.

¹⁸ Vgl. *Hölzle*, ZIP 2017, 1307; *Wallner*, ZIP 2015, 997, 998.

¹⁹ *Hölzle*, ZIP 2017, 1307; *Sax/Ponseck/Swierczok*, BB 2017, 323.

²⁰ Vgl. z.B. *Hölzle*, ZIP 2017, 1307; *Sax/Ponseck/Swierczok*, BB 2017, 323; *Goetker/Schulz*, ZIP 2016, 2095, 2098.

²¹ ESUG: Erfahrungen, Probleme, Änderungsnotwendigkeiten, Thesenpapier des Gravenbrucher Kreises, Stand Juni 2014, S. 1.

²² DAV, Stellungnahme, S. 8 f.

²³ ESUG 2.0, Deutschland als Sanierungsstandort weiter ausbauen, Positionspapier BV ESUG, S. 1 ff.

VII. Bewertung

Als Ergebnis der Befragung kann eine insgesamt überwiegend verhalten positive Einschätzung der Reform entnommen werden. Freilich zeigt sich durchaus auch eine teils skeptische Haltung, insbesondere zu Einzelfragen. Auch der in der Eigenverwaltung stets virulente Konflikt zwischen der Verantwortung für das Gesamtgläubigerinteresse und einer Anreizsetzung an den Schuldner bzw. die Gesellschafter und Geschäftsführer spiegelt sich in den Befragungsergebnissen wider, was auch mit natürlichen Interessengegensätzen der jeweiligen Berufsträger zu erklären sein dürfte.

Die größte Wahrnehmung des ESUG-Reformwerks scheint die Eigenverwaltung zu haben, so dass die Eigenverwaltung auch bei der allgemeinen Rezeption des ESUG im Vordergrund stehen dürfte.

Insbesondere wird insoweit als beachtlich die Gefahr eines Missbrauchs der Eigenverwaltung wahrgenommen, wenngleich das ESUG insgesamt eher positiv gesehen wird. Außerdem muss man festhalten, dass gelegentlich „Äpfel mit Birnen“ verglichen werden. Eine übertragende Sanierung (asset deal) ist eine Liquidation, die auch im Regelverfahren möglich ist. Auch als erfolgreich bezeichnete Eigenverwaltungen sind oft keine Rechtsträgersanierungen, sondern asset deals in diesem Sinne.

Eine radikale gesetzgeberische Abkehr vom ESUG im Bereich der Eigenverwaltung etwa in dem Sinne, wieder zum früheren Rechtszustand zurückzukehren und folglich beispielsweise §§ 270a, 270b InsO zu streichen und bei § 270 InsO den früheren Gesetzestext wiederzubeleben, würde dennoch wenig Verständnis ernten; sie erscheint auch sachlich nicht veranlasst.

Auch scheint eine grundlegendere Abkehr von dem Gedanken der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung als Zielrichtung des Eigenverwaltungsverfahrens, d.h. eine stärkere Fokussierung auf allgemeine, von der Gläubigerbefriedigung unabhängige Ziele wie Arbeitsplatzhalt, Schuldnerschutz, Fiskalschutz, nicht konsensfähig zu sein; vielmehr kann und sollte umgekehrt erwogen werden, deutlicher festzulegen, dass auch die Eigenverwaltung nichts an der Verpflichtung auf das Verfahrensziels eines Insolvenzverfahrens nach § 1 InsO ändert.

Obwohl eine Radikalabkehr nicht veranlasst ist, würde wohl gleichermaßen eine unveränderte Fortführung des Gesetzes die von allen Verbänden und von den Befragten gehegten Erwartungen hinsichtlich einer Korrektur in Einzelfragen enttäuschen. Der Gesetzgeber ist daher aufgerufen, einzelnen Korrekturbedarf zu ermitteln.

Eine nach den Befragungsergebnissen naheliegende Handlungsoption für den Gesetzgeber dürfte es daher sein, das ESUG (nur) in – allerdings gewichtigen – Einzelfragen weiterzuentwickeln. Dabei wird vor allem auf die in den Stellungnahmen und in der Literatur angesprochene Frage des Missbrauchsschutzes einzugehen sein sowie auf den weiteren im Einzelnen identifizierten Korrekturbedarf (dazu jeweils im Einzelnen sogleich im Text).

VIII. Empfehlung

Eine *gänzliche* Abkehr von dem ESUG, insbesondere eine grundlegende Umgestaltung der Eigenverwaltung als dem zentralen Baustein der Reform, werden durch die Befragungsergebnisse und die weiteren Stellungnahmen sowie die vorhandenen Studien nicht nahegelegt. Die Ergebnisse deuten auf Korrektur- und Ergänzungsbedarf in Bezug auf einzelne Weichenstellungen sowie in Einzelfragen hin, nicht aber auf den Wunsch nach einer Rückkehr zum früheren Recht.

B. Die Eigenverwaltung einschließlich vorläufiger Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren

I. Die Eingangsvoraussetzungen der Eigenverwaltung (§ 270 InsO)

1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung

Die Anordnung der Eigenverwaltung hängt, ungeachtet der zusätzlichen Voraussetzungen für die vorläufige Eigenverwaltung (§ 270a InsO) und das Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO), gemäß § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO davon ab, dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird. Zugleich ist bei einer Nachteilsprognose eine Aufhebung der Eigenverwaltung nach § 272 InsO statthaft. Der Gesetzgeber des ESUG hat § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO neu gefasst. Das frühere Recht verlangte, dass „nach den Umständen zu erwarten ist, daß die Anordnung nicht zu einer Verzögerung des Verfahrens oder zu sonstigen Nachteilen für die Gläubiger führen wird“.

Die Befragung zeigt, dass der Nachteilsbegriff teilweise für nicht hinreichend rechtssicher angesehen wird. Mehrheitlich wird für einen Katalog von klar definierten Gründen zur Ablehnung und Aufhebung der Eigenverwaltung eingetreten. Zwar wird der Nachteilsbegriff nur mit knapp über dem Mittelwert liegenden Ergebnissen als unbefriedigend wahrgenommen, aber mit hoher Zustimmungquote (M = 3,16) ein definierter Katalog von Versagungsgründen für sinnvoll angesehen.

Hiermit korrespondiert die starke Fokussierung auf gewisse Erfolgsfaktoren einer Eigenverwaltung in der Befragung, die im Kern eine vorbereitete – also mit einem klaren Sanierungskonzept und entsprechender Stakeholderunterstützung beim vorinformierten Gericht erfolgende – Beantragung der Eigenverwaltung darstellt, wie Tab. 15 zeigt:

Erfolgsfaktoren der Eigenverwaltung (N = 825)	Fälle	Anteil
Vorabstimmung der Antragstellung mit dem Insolvenzgericht	419	50,79%
Antragstellung mit plausiblen Sanierungskonzept inkl. Liquiditätsplanung	408	49,45%
Unterstützung wesentlicher Gläubiger und Stakeholder im Vorfeld	352	42,67%
Vertrauen in die Zusammenarbeit zwischen Sachwalter und Eigenverwaltung	245	29,70%
Organisation eines (informellen) Gläubigerausschusses im Vorfeld	210	25,45%
Gemeinsamer Vorschlag eines Sachwalters durch Schuldner und Gläubiger	165	20,00%
Information aller Gläubiger im Vorfeld	93	11,27%
Quelle: ESUG-Befragung 2017		

Die Befragten haben knapp mehrheitlich ($M = 2,65$) der Aussage zugestimmt, dass mit der Eigenverwaltung so hohe Zusatzkosten verbunden sind, dass der Aufwand für die Beteiligten in der Eigenverwaltung insgesamt höher ausfällt als in Insolvenzverfahren mit Insolvenzverwalter. Die Varianz von $SD = 0,91$ ist nur leicht signifikant. Befragte Richterinnen und Richter stimmen der Aussage allerdings deutlicher (Tab. 17: $M = 2,95$ bei Unterteilung nach Berufsgruppen bzw. bei Unterteilung nach Funktionen, Tab. 19: $M = 2,97$) zu. Auch Insolvenzverwalter unterstützen die Aussage ($M = 2,89$).

In den offenen Freitexten der Befragung erkennen manche Befragte eine Zunahme von Deals und „Kartellen“, weil Aufträge aus Mitteln der Masse gegeben werden. Es wird auch angegeben, kleinere Unternehmen könnten sich die Sanierungsberater nicht leisten und es müsse daher eine „Eigenverwaltung light“ geben.

Sehr hohe Zustimmung (M = 3,12) hat die Aussage erfahren, dass der Sachwalter de facto die Aufgaben eines Insolvenzverwalters wahrnehmen musste, wenn der Schuldner nicht über einen erfahrenen Chief Restructuring Officer (CRO) verfügte. Umgekehrt wurde die Aussage, dass Eigenverwaltung auch ohne Beteiligung eines Sanierungsexperten in der Geschäftsführung/Organstellung sinnvoll ist, mit niedriger Zustimmung bedacht (M = 1,67).

2. Sonstige ESUG-Studien

Die Roland Berger/HgGUR-Studie 2016 erkennt, dass Gläubiger und Insolvenzgerichte die Eigenverwaltung zunehmend kritischer sehen und Anträge häufiger als in den Vorjahren abgelehnt werden.²⁴ Das kann daran liegen, dass häufiger Anträge in ungeeigneten Fällen gestellt werden oder die Gerichte oder Banken/Gläubiger misstrauischer geworden sind.

In der Roland Berger/HgGUR-Studie 2016 erhält zudem die Aussage, dass das bisherige Management in der Regel für ein Verfahren in Eigenverwaltung nicht geeignet ist und unterstützt werden muss, eine Zustimmung von 43%.²⁵ In der Studie von Januar 2018 liegt die Zustimmung zu dieser Aussage bei 73%,²⁶ also 30% mehr als bei der früheren Befragung.

Die BCG-Studie 2017 erkennt eine Ablehnung der Eigenverwaltung in 18% der Anträge und einen Wechsel in das Regelverfahren nach Eröffnung in 22% der Fälle.²⁷

In der Noerr/McKinsey-Studie wird darauf hingewiesen, dass mehrheitlich die Befragten der Ansicht waren, mit dem ESUG sei eine größere Komplexität und mehr Beratungsbedarf entstanden, was sich auch in höheren Kosten niederschlägt.²⁸

3. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hatte unter dem Gesichtspunkt der Nachteilsprognose über verschiedene Situationen zu entscheiden.

Das AG Essen hat angenommen, strafrechtliche Ermittlungen gegen den Schuldner und seine Organe seien geeignet, eine Gläubigergefährdungsprognose zu begründen.²⁹ Eine Strafbarkeit nach § 266a StGB wegen Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen, die auch durch steuerstrafrechtliche Ermittlungen belegt werden könne, genüge ebenfalls. Denn

²⁴ Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2016, S. 15.

²⁵ Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2016, S. 24.

²⁶ Roland Berger/HgGUR, 5 Jahres ESUG – eine Bestandsaufnahme, S. 22.

²⁷ BCG-Studie, Fünf Jahre ESUG, Wesentliche Ziele erreicht, S. 9.

²⁸ Noerr/McKinsey, InsO-Studie 2015, S. 9 f.

²⁹ AG Essen, 1.9.2015 – 163 IN 14/15, NZI 2015, 931.

dann bestehe die Gefahr, dass der Schuldner Mittel der Masse verwendet, um die Sozialversicherungsträger zu befriedigen und damit die Straferwartung mildern zu können. Außerdem zeige die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen die fehlende Zuverlässigkeit und fehlende Gewähr für die Einhaltung von öffentlich-rechtlichen Pflichten.

Auch die unzulängliche Buchhaltung spreche für eine Gefährdung der Gläubiger.³⁰

Die Eigenverwaltung müsse auch dann nicht angeordnet werden, wenn zu erwarten ist, dass im Falle eines Regelverfahrens weiterreichende Folgewirkungen eintreten wie z.B. im konkreten Fall die amtswegige Schließung der vom Schuldner betriebenen Apotheke.³¹

Das AG Köln³² hat ebenfalls Zweifel an der Zuverlässigkeit des Schuldners als Nachteile i.S.d. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO anerkannt. Solche Zweifel liegen danach vor, wenn der Schuldner seit Jahren zahlungsunfähig und nicht in der Lage gewesen ist, seine Vermögensverhältnisse zu überschauen und er erst unter dem Druck eines unabwendbaren Eröffnungsantrags einer Gläubigerin einen Eigenantrag gestellt und begonnen hat, seine Buchhaltung aufarbeiten zu lassen.

Bedenken an der Zuverlässigkeit des Schuldners werden in diesem Fall nicht durch die Beauftragung eines insolvenzrechtlich erfahrenen anwaltlichen Bevollmächtigten ausgeräumt. Es komme mithin auf die Zuverlässigkeit des Schuldners in Person an.

In einem anderen Verfahren hat das AG Köln Nachteile in mehreren Hinsichten erkannt:³³

Eine Verfahrensverzögerung kann bereits eine Nachteilsprognose begründen. Die Bevorzugung einzelner Gläubiger durch Abtretungserklärungen während des Verfahrens (in casu: die nach Annahme des Insolvenzplans erfolgte Abtretung potentieller Erstattungsansprüche an eine Insolvenzgläubigerin außerhalb der Planregelungen bei Bestehen einer im Insolvenzplan enthaltenen Besserungsklausel) wurde als Verstoß gegen die Gläubigergleichbehandlung und als drohender Nachteil i.S.d. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO angesehen. Die Nichteinholung einer Zustimmung des Sachwalters nach § 275 InsO wurde ebenfalls als nachteilsbegründend angesehen.

Ein vergleichsweise strenges Verständnis hat auch das AG Hamburg angelegt. Danach hat das Gericht die Eigenverwaltung abzulehnen, wenn bereits eine "gewisse Wahrschein-

³⁰ AG Essen, 1.9.2015 – 163 IN 14/15, NZI 2015, 931.

³¹ AG Essen, 1.9.2015 – 163 IN 14/15, NZI 2015, 931.

³² AG Köln, 9.2.2017 – 72 IN 496/16, ZInsO 2017, 510.

³³ AG Köln, 15.12.2014 – 74 IN 152/12, NZI 2015, 282.

lichkeit" für den Eintritt von Nachteilen spricht.³⁴ Diese Wahrscheinlichkeit müsse sich allerdings auf konkrete Umstände für eine negative Prognose stützen, da die Feststellungslast beim Gericht liege. Konkrete Umstände, die für solche Nachteilsprognosen geeignet sind, bestehen nach Auffassung des Gerichts in einer unvollständigen Insolvenzantragstellung nach den Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 InsO, in zu verfolgenden insolvenzspezifischen Ansprüchen gegen die Geschäftsführung oder in Anlässen, die eine begründete Besorgnis im Sinne der Befangenheitsrechtsprechung rechtfertigen, die Geschäftsführung habe (private) Eigeninteressen an bestimmten Verfahrensergebnissen (z.B. bei der Vergabe der übertragenden Sanierung)³⁵.

Höhere Kosten als in der Regelverwaltung können Nachteile begründen.³⁶

Das AG Hamburg geht wie andere Gerichte davon aus, dass zur Darlegung des Antrags auch die Darlegung der Fähigkeit zur Eigenverwaltung gehört.³⁷ Das Eigenverwaltungsverfahren sei nur für "wohlvorbereitete" Insolvenzanträge geeignet, bei welchen die Geschäftsleitung deutlich machen kann, den speziellen rechtlichen Anforderungen an eine Eigenverwaltung, die sich im Insolvenzverfahren stellen, gewachsen zu sein. Insbesondere müsse die Kenntnis zum Führen von Tabelle und Massenverzeichnissen, zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger und zur regelgerechten Begründung von Masseverbindlichkeiten dargelegt werden.

Das AG Hamburg geht ferner davon aus, dass ein Eigenverwaltungsverfahren nur bei Betriebsfortführungsverfahren mit konkreter Sanierungsaussicht, bei welcher die Eigenverwaltung ein notwendiger "Baustein" ist, sinnvoll ist.³⁸

Beteiligen sich die Gläubiger nicht ausreichend, kann dies ebenfalls einen Nachteil begründen. Das AG Köln hat in dem Widerspruch maßgeblicher Gläubiger einen Nachteil erkannt.³⁹ Das LG Halle sieht in einem einstimmigen Beschluss des Gläubigerausschusses gegen die Eigenverwaltung unabhängig von der Tragfähigkeit der dafür relevanten Motivation einen Nachteil.⁴⁰

³⁴ AG Hamburg, 28.2.2014 – 67c IN 1/14, NZI 2014, 566.

³⁵ AG Hamburg, 28.2.2014 – 67c IN 1/14, NZI 2014, 566.

³⁶ AG Hamburg, 20.12.2013 – 67g IN 419/12, ZIP 2014, 237, 239.

³⁷ AG Hamburg, 28.2.2014 – 67c IN 501/13, NZI 2014, 312. Vgl. auch AG Erfurt, 11.4.2012 – 172 IN 190/12, ZInsO 2012, 944.

³⁸ AG Hamburg, 28.2.2014 – 67c IN 1/14, NZI 2014, 566.

³⁹ AG Köln, 1.7.2013 – 72 IN 211/13, ZIP 2013, 1390.

⁴⁰ LG Halle, 14.11.2014 – 3 T 86/14, ZIP 2014, 2355; AG Köln, 1.7.2013 – 72 IN 211/13, ZIP 2013, 1390.

Verletzungen von Mitwirkungspflichten können die Nachteilsprognose begründen.⁴¹

Es ist von einem Nachteil auszugehen, wenn die Eigenverwaltung aus sonstigen Gründen zu schlechteren Ergebnissen führt als die Regelverwaltung, etwa wenn die Wahrung der Interessen der Gläubigerschaft nicht gewährleistet ist, weil sich die beiden Gesellschafter-Geschäftsführer nicht einig sind und im Streit befinden.⁴²

Zum Rechtsschutz bei der Entscheidung über die Anordnung der Eigenverwaltung hat der BGH ausgeführt, dass weder die Anordnung der Eigenverwaltung noch deren Ablehnung im Wege der sofortigen Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss (§ 34 Abs. 2 InsO) angefochten werden kann.⁴³

Das AG Aachen⁴⁴ hat die Eröffnung des Verfahrens in Eigenverwaltung abgelehnt, da die Sanierung der Schuldnerin unwahrscheinlich geworden und die Liquidation unausweichlich sei; diese Leistungen könne der Insolvenzverwalter mit geringeren Kosten erbringen. Was konkret die Frage der Nachteiligkeit der Eigenverwaltung angeht, so hat das AG Freiburg⁴⁵ die Anordnung der Eigenverwaltung unter konkreter Berechnung und Prognose abgelehnt, weil die Kosten einschließlich des Einsatzes eines CRO über 30% über den zu erwartenden Kosten der Insolvenzverwaltung lagen.

4. Literatur

Bei der Literaturobwertung ist zu berücksichtigen, dass verschiedene Aufsätze und Abhandlungen aus der Feder von Richtern stammen und sich deren Auffassungen auch in der Rechtsprechung widerspiegeln.⁴⁶

Die Kommentarliteratur gibt im Wesentlichen den Stand der Rechtsprechung wieder und stellt einzelne Aspekte zusammen.

In der Aufsatzliteratur wird zum Teil darauf hingewiesen, dass der offene Begriff des Nachteils bei § 270 Abs. 2 InsO dem Gericht starke Spielräume einräume und es deshalb nicht sicher vorhersehbar sei, wie das Gericht entscheiden wird. Die Bewertung einzelner

⁴¹ AG Potsdam, 13.12.2012 – 35 IN 748/12, ZIP 2013, 181; AG Cottbus, 1.10.2015 – 63 IN 231/15, ZInsO 2016, 115.

⁴² AG Mannheim, 21.2.2014 – 4 IN 115/14, NZI 2014, 412.

⁴³ BGH, 11.1.2007 – IX ZB 10/05, NZI 2007, 240 Rn. 7 f.

⁴⁴ AG Aachen, 1.12.2017 – 92 IN 187/17, ZInsO 2018, 272.

⁴⁵ AG Freiburg, 1.5.2015 – 58 IN 37/15, NZI 2015, 604.

⁴⁶ So z.B. *Frind*, ZIP 2017, 995; *Laroche/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender*, ZIP 2014, 2153.

Aspekte sei damit wiederum sehr stark davon abhängig, welches Gericht entscheidet.⁴⁷ Es wird deshalb von einer Mindermeinung ein leichterer Zugang zur Eigenverwaltung gefordert, um mehr Anreize zur frühzeitigen Antragstellung zu setzen.⁴⁸

Unter den veröffentlichten Stellungnahmen finden sich demgegenüber allerdings tendenziell eher kritischere Stimmen. Es wird auf die Gefahr eines Missbrauchs der Eigenverwaltung hingewiesen, was indirekt eine gründlichere Nachprüfung der Gläubigergefährdung impliziert.⁴⁹

Es wird darauf hingewiesen, dass häufig Mitwirkungspflichten des Schuldnerunternehmens verletzt würden, insbesondere durch mangelnde Informationen und fehlende Einbindung des Sachwalters.⁵⁰

Was die einzelnen Gesichtspunkte angeht, so ist erhebliche Kritik an den in der Rechtsprechung als nachteilsbegründend angesehenen Umständen nicht ersichtlich. Es wird auch als berechtigt angesehen, die Kosten von Regel- und Eigenverwaltungsverfahren miteinander in Beziehung zu setzen, um Nachteile zu ermitteln.⁵¹

Es wird in diesem Kontext auch darauf hingewiesen, dass die Eigenverwaltung nicht zu einer faktischen Fremdverwaltung werden dürfe; der Berater dürfe niemals den Schuldner und dessen Organe ersetzen, so dass verfahrenswichtige Aufgaben vom Schuldner selbst vorzunehmen seien. Eine (vollständige) Substituierung durch Dienstleister und Geschäftsbesorger dürfe es nicht geben⁵²; in einem solchen Fall sei der Schuldner nicht eigenverwaltungstauglich.⁵³

Im Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass manche Fragen des Einsatzes von Sanierungsgeschäftsführern noch nicht abschließend geklärt seien, wie z.B. die konkrete Ausgestaltung der Vertragsbeziehung, die Vermeidung von Interessenkollisionen und auch die Frage der Haftung.⁵⁴ Teilweise wird angenommen, dass die Einsetzung eines CRO bzw. Sanierungsgeschäftsführers es dem Gericht zumindest leichter mache, keine Nachteile i.S.d.

⁴⁷ Vgl. auch *Thole*, in: Heinrich, Symposium Insolvenz- und Arbeitsrecht 2015, S. 87, 110.

⁴⁸ *Eidenmüller*, ZHR 175 (2011), 11 ff.

⁴⁹ *Frind*, ZIP 2017, 993, 994; *Pape*, ZIP 2013, 2285, 2289; *Siemon*, ZInsO 2013, 1861, 1869 ff.

⁵⁰ *Frind*, DB 2014, 165, 166.

⁵¹ *Rendels*, in: Festschrift Kübler, 2015, S. 577, 580; *Undritz*, in: K. Schmidt, § 270 Rdnr. 12.

⁵² *Hammes*, NZI 2017, 233, 240.

⁵³ *Hammes*, NZI 2017, 233, 240.

⁵⁴ *Specovius/Uffmann*, ZIP 2016, 295.

§ 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO zu erkennen.⁵⁵ Es wird aber auch kritisch darauf hingewiesen, dass die Notwendigkeit, einen CRO einzusetzen, im Ergebnis gerade nur beweise, dass der Schuldner nicht eigenverwaltungstauglich sei bzw. dass die Eigenverwaltung dann nichts anderes sei als eine Fremdverwaltung durch ein Organ, das aber keiner gerichtlichen Kontrolle unterliege.⁵⁶

Es wird auch darauf verwiesen, dass der Einkauf eines Organs gerade für kleinere und mittlere Unternehmen mit hohen Kosten verbunden sei, die das Verfahren insgesamt verteuern würden.⁵⁷

Zu den Kosten der Eigenverwaltung gilt es im Schrifttum nach teilweise vertretener Auffassung heute als ausgemacht, dass die Eigenverwaltung teurer ist als die Regelverwaltung.⁵⁸ Vieles an Know-How, das beim Insolvenzverwalter gebündelt vorliege, müsse eingekauft werden. Es wird auch darauf hingewiesen, dass eine gewisse Neigung bestehen könne, zu Lasten der Masse Beratungsaufträge zu erteilen, die sonst bei der Regelverwaltung im Insolvenzverwalterbüro „inhouse“ erledigt würden.⁵⁹ Andere aus dem Lager der Berater sehen keine Kostensteigerung.⁶⁰

Teils wird auch darauf hingewiesen, dass die Beraterkosten nicht exakt zu prognostizieren seien und stets ein Anreiz bestehe, das Verfahren in die Länge zu ziehen. Das Entstehen von Masseverbindlichkeiten durch Beraterkosten könne vom Sachwalter nicht verhindert werden. Auch würden teilweise die Beraterverträge nicht vorgelegt werden, so dass keine Transparenz hergestellt sei.⁶¹ Vor allem bei KMU seien die Beraterkosten zu hoch, so dass sich die Eigenverwaltung nicht lohne und insbesondere nicht aus den Erträgen erwirtschaftet werden können.⁶² Das ZIP-Kolloquium vom 1.12.2017⁶³ hat mit Mehrheit die These angenommen, dass eine Eigenverwaltung in der Regel nur dann angeordnet werden könne, wenn

⁵⁵ *Frind*, ZIP 2017, 993, 997 (aber untauglich bei bisher dolos handelnden Schuldnern); *Laroché/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender*, ZIP 2014, 2153, 2162; *Rendels*, in: Festschrift Kübler, 2015, S. 577, 579, 580.

⁵⁶ *Hammes*, NZI 2017, 233, 234.

⁵⁷ Vgl. auch *Specovius/Uffmann*, ZIP 2016, 295, 297.

⁵⁸ *Hammes*, NZI 2017, 233, 238; *Wallner*, ZIP 2015, 997, 999; *Henkel*, ZIP 2015, 562, 564; *Frind*, WM 2014, 590.

⁵⁹ *Hammes*, NZI 2017, 233, 237.

⁶⁰ *Buchalik/Schröder/Ibershoff*, ZInsO 2016, 1445, 1449.

⁶¹ Berichtend *Siemon*, Vortrag AK InsO, als pdf abrufbar <http://www.ak-inso-koeln.de/index.php?id=557> (zuletzt abgerufen am 8.8.2017).

⁶² *Paul/Rudow*, NZI 2016, 385, 391.

⁶³ *Brinkmann/Denkhaus/Horstkotte/Schmidt/Westpfahl/Wierzbinski/Ziegenhagen*, ZIP 2017, 2430, Block 2, These 2.

der Schuldner eines der Kriterien des § 22a Abs. 1 InsO erfülle. Weitgehende Einigkeit besteht darin, dass die Eigenverwaltung nicht den Regelfall darstellt⁶⁴, freilich wird dies auch anders gesehen.⁶⁵

Zum Teil wird darauf hingewiesen, dass der Erfolg des ESUG zu dem Problem führe, dass von Seiten der schuldnerischen Unternehmen und folglich auch der Schuldnerberater vehement darum gekämpft werde, in die Eigenverwaltung zu gelangen, weil die Unternehmen gegenüber dem Markt das „Sanierungssignal“ Eigenverwaltung bräuchten. Dies führe zu einem Dauerkonflikt mit den Insolvenzgerichten und Verwaltern, weil von dieser Seite versucht werde, sanierungsuntaugliche Schuldner auszuschließen; der Gesetzgeber solle sich zu einem eigenständigen Sanierungsabschnitt in der InsO entschließen.⁶⁶

Zum Teil wird in Auseinandersetzung mit einzelnen Urteilen eine übermäßig strenge Auslegung kritisiert. So vertritt Smid entgegen dem AG Hamburg⁶⁷, dass ein gewisses Eigeninteresse und eine Beteiligung des Gesellschafter-Geschäftsführers an anderen Gesellschaften in einer Unternehmensgruppe einer Eigenverwaltung nicht per se entgegenstehen könne. Sonst würden gerade in Gruppenszenarien wirtschaftlich sinnvolle Lösungen verhindert.⁶⁸ Hofmann meint, eine Berücksichtigung von strafrechtlichen Ermittlungen gegen den Geschäftsführer sei im Lichte der Feststellungslast verfehlt.⁶⁹

Nuancierte Unterschiede gibt es in der Beurteilung des Einsatzes eines Sanierungsgeschäftsführers (CRO) und bei dem Einfluss, den die Auswechslung der bisherigen Geschäftsleitung auf die Anordnung der Eigenverwaltung hat. Teilweise wird angenommen, der Einsatz eines CRO sei regelmäßig fruchtlos, weil dann andere Versäumnisse organisatorischer Natur wie z.B. mangelnde Buchhaltung zum Tragen kämen und dadurch nicht kompensiert werden können⁷⁰. Andere beurteilen die Auswechslung grundsätzlich nicht als nachteilhaft, sondern für die Anordnung der Eigenverwaltung u.U. als förderlich.⁷¹

Bei Haftungsansprüchen wird zum Teil differenziert und nicht in jedem Fall in der Möglichkeit einer Anspruchsverfolgung ein Nachteil erkannt, insbesondere nicht bei Ansprüchen

⁶⁴ Henkel, ZInsO 2015, 2477; ders., ZIP 2015, 562, 563; Wallner, ZIP 2015, 997, 1003; Frind, ZIP 2017, 993, 995.

⁶⁵ So These 1 des Forum 270, Grundsätze, <http://www.forum270.de/de/thesen-59.html>.

⁶⁶ Wallner, ZIP 2015, 997, 1004.

⁶⁷ AG Hamburg, 28.2.2014 – 67c IN 1/14, NZI 2015, 566.

⁶⁸ Smid, jurisPR-InsR 12/2014 Anm. 6.

⁶⁹ Hofmann, NZI 2014, 270, 271; so auch Vallender, DB 2015, 231.

⁷⁰ Frind, ZIP 2017, 993, 997.

⁷¹ Undritz, in: K. Schmidt, § 270 Rn. 13.

gegen frühere und ausgeschiedene Gesellschafter⁷²; durch die Verlagerung der Kompetenz auf den Sachwalter werde die mögliche Interessenkollision bereits abgemildert.⁷³

Hinsichtlich der Kosten wird – wie bereits angerissen – teilweise angenommen, dass sich die Eigenverwaltung als teils deutlich teurer erweist, weil Beratungsleistungen eingekauft werden müssten, die sonst der Insolvenzverwalter miterledige.⁷⁴ Das ist deshalb interessant, weil nach Maßgabe der Rechtsprechung höhere Kosten als in der Regelverwaltung eigentlich immer zu einer Versagung der Eigenverwaltung führen müssten, weil dies Nachteile begründet.

Ungeklärt ist, wie die Kosten im Rahmen der Prognose ermittelt werden, weil es für die Beratungskosten keinen gesetzlichen Maßstab gibt und Dauer und Umfang der Beratung unklar sind.⁷⁵ Umstritten ist insoweit auch, ob Gesellschafter und Investoren verbindlich ihre Beteiligung an den Beraterkosten erklären können. Das wird zum Teil bejaht⁷⁶, aber auch kritisch gesehen, weil dann ein zu starker Einfluss auf den Schuldner genommen werde, der nicht mehr die bestmögliche Gläubigerbefriedigung im Blick habe.⁷⁷

Als nicht abschließend geklärt gilt auch, ob die bereits vor dem Antrag deutlich gewordene Zahlungsunfähigkeit eine Eigenverwaltung auch außerhalb § 270b InsO ausschließt⁷⁸; zumindest wird teilweise eine noch hinreichende Liquidität gefordert.⁷⁹

Der BGH hat angenommen, Eigenverwaltung setze „selbstverständlich eine insolvenzrechtliche Expertise des Schuldners voraus“. Ob der Schuldner oder seine Geschäftsführung sich diese Expertise selbst verschaffen oder zu diesem Zweck einen Berater anstellen, dem sie Generalvollmacht erteilen, sei unerheblich.⁸⁰

Umstritten ist, inwieweit das Gericht Ermittlungen (§ 5 InsO) anstellen darf, um die Frage der Nachteilsprognose zu entscheiden.⁸¹ Das wird teils abgelehnt, da es nur auf die bekann-

⁷² *Henkel*, ZIP 2015, 562, 568.

⁷³ *Undritz*, in: K. Schmidt, § 270 Rn. 12.

⁷⁴ *Hammes*, NZI 2017, 233, 239; *Rendels*, in: Festschrift Kübler, 2015, S. 577, 587.

⁷⁵ *Hammes*, NZI 2017, 233 ff.

⁷⁶ *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 36; *Laroche/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender*, ZIP 2014, 2153, 2162.

⁷⁷ *Henkel*, ZIP 2015, 562, 564.

⁷⁸ v. *Buchwaldt*, BB 2015, 3017.

⁷⁹ *Henkel*, ZIP 2015, 562, 565, *Frind*, ZIP 2017, 993, 995.

⁸⁰ BGH, 21.7.2016 – IX ZB 70/14, NZI 2016, 796 Rn. 81.

⁸¹ Zum Streit *Henkel*, ZIP 2015, 562, 569.

ten Umstände ankomme.⁸² Soweit die Frage mehrheitlich bejaht wird⁸³, wird aber für das Eröffnungsverfahren (§ 270a und § 270b InsO) teils nur eine cursorische Prüfung für zulässig erachtet⁸⁴, weil die Voraussetzung der „nicht offensichtlichen Aussichtslosigkeit“, die nach wohl anerkannter Auffassung sowohl bei § 270a InsO als auch für das Schutzschirmverfahren (wenngleich dort bezogen auf die Aussicht zur Sanierung, arg. § 270b Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 InsO⁸⁵) gilt, insoweit keine umfangreiche Sachverhaltsaufklärung zulasse.

In der Literatur wird teils auch die Frage angesprochen, ob die Eigenverwaltung stärker auf eine gut vorbereitete Rechtsträgersanierung zugeschnitten werden muss⁸⁶; für übertragende Sanierungen und damit für Liquidationen sei sie nicht sinnvoll. Die Ausrichtung auf Sanierung sei zudem bisher „halbherzig“.⁸⁷

Die Teilnehmer des ZIP-Kolloquiums am 1.12.2017 haben die These einstimmig angenommen, dass § 13 InsO es dem Insolvenzgericht bisher nicht ermögliche, wertungssicher zu erkennen, ob ein Unternehmen eigenverwaltungsgeeignet ist.⁸⁸ Ein Eigenverwaltungsantrag solle nur zulässig sein, wenn er die folgenden Angaben enthält:

- Ermittlungsverfahren gegen (ehemalige) Organe wegen Insolvenzstraftaten oder Vermögensdelikten?
- Fristgemäße Veröffentlichung von Jahresabschlüssen
- Fristgemäße Abgabe von Steuererklärungen und -voranmeldungen
- Fällige Verbindlichkeiten aus Lohn, Gehalt, Arbeitnehmerbeiträgen, Lohn- und Umsatzsteuern, wenn ja, seit wann
- Externer Insolvenzfachmann – wer, welches Know-how, Organ/Generalhandlungsbevollmächtigter/Berater und zu welchen Kosten
- Die beim Schuldner frei verfügbaren Guthaben und Kassenbestände
- Liquiditätsplanung mit einem Planungshorizont von 6 Monaten

⁸² *Riggert*, in: Braun, InsO, § 270 Rn. 6.

⁸³ *Henkel*, ZIP 2015, 562, 569 f. m. Nachw.

⁸⁴ *Graf-Schlicker*, in: Graf-Schlicker, InsO, § 270a Rn. 4; *Brünkmans*, in: Heidelberger Kommentar, § 270a Rn. 4.

⁸⁵ Dazu *Schelo*, ZIP 2012, 712, 714. Die Frage ist insgesamt unklar, dazu *Kern*, in: MünchKommInsO, § 270b Rn. 39.

⁸⁶ *Madaus*, KTS 2015, 115, 137.

⁸⁷ So *Meller-Hannich*, KTS 2017, 309, 318.

⁸⁸ *Brinkmann/Denkhaus/Horstkotte/Schmidt/Westpfahl/Wierzbinski/Ziegenhagen*, ZIP 2017, 2430.

§ 270 Absatz 2 Nr. 2 InsO solle wie folgt formuliert werden⁸⁹:

„..., dass keine Umstände *bestehen*, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird.“

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Der Gravenbrucher Kreis hat im Thesenpapier vom Juni 2014 vorgeschlagen, § 270 Abs. 2 InsO um Regelbeispiele zu ergänzen.⁹⁰ Zu verlangen sei nach Maßgabe eines neu eingefügten Abs. 2 Nr. 3,

„dass der Schuldner seine Zuverlässigkeit und Mitwirkungsbereitschaft vor und nach Antragstellung bestätigt hat, indem er vor allem

- a) seine Buchführungs- und Bilanzierungspflichten laufend erfüllt hat,
- b) seinen Steuererklärungspflichten nachgekommen ist und
- c) bei Antragstellung keine Lohn- und Gehaltsrückstände (inklusive Sozialversicherungsbeiträgen) schuldet, die bereits länger als vier Wochen fällig sind.“

Im Papier vom Oktober 2015 werden ebenfalls verschiedene Regelbeispiele genannt, die gegen eine Eigenverwaltung sprechen.⁹¹

Der DAV schlägt vor, dass die Eignung der Leitungsorgane durch Bestellung einer insolvenzverwaltungserfahrenen Person – möglichst mit Einzelvertretungsbefugnis – nachgewiesen werden muss.⁹² Ferner muss nach diesem Vorschlag ein den Besonderheiten des Insolvenzeröffnungsverfahrens und dem eröffneten Insolvenzverfahren Rechnung tragender Liquiditätsplan für den Zeitraum von mindestens 6 Monaten ab Stellung des Insolvenzantrags unter Offenlegung der Planungsprämissen vorgelegt werden und die Leitungsorgane dürfen vor Antragstellung nicht gegen nachhaltig handelsrechtliche, steuerrechtliche oder sozialversicherungsrechtliche Pflichten verstoßen haben. Der DAV⁹³ weist auch darauf hin, dass die Berater jeweils nur Teilaspekte betreuen könnten, so dass ein teurer Einkauf und ein Networking durch Vergabe zusätzlicher Aufträge an externe Dienstleister und andere Berater

⁸⁹ Brinkmann/Denkhaus/Horstkotte/Schmidt/Westpfahl/Wierzbinski/Ziegenhagen, ZIP 2017, 2430, Block 2 These 3.

⁹⁰ ESUG: Erfahrungen, Probleme, Änderungsnotwendigkeiten, Thesenpapier des Gravenbrucher Kreises, Stand Juni 2014, S. 2.

⁹¹ ESUG: Erfahrungen, Probleme, Änderungsnotwendigkeiten, Thesenpapier des Gravenbrucher Kreis, Stand: Oktober 2015, S. 3.

⁹² DAV, Stellungnahme, S. 11.

⁹³ DAV, Stellungnahme, S. 10.

erfolge. Dadurch erlange der anwaltliche Berater eine große Einflussposition, was zudem „die Gefahr einer explosiven Kostenausweitung“ mit sich bringe.

Der BAKinso e.V.⁹⁴ fordert, in § 270a InsO klarzustellen, dass das Eigenverwaltungsverfahren nicht „regelhaftes“ Verfahren sein soll. Die Anordnungshürden seien vielmehr so eindeutig zu gestalten, dass ungeeignete Verfahren/Schuldnerunternehmen vom Gericht bereits bei Verfahrensbeginn ausgesondert werden können. Dies könne durch beispielhafte Regelfälle geschehen. Insbesondere sei zu regeln, dass der Geschäftsbetrieb bei Antragstellung noch laufen muss, der Schuldner glaubhaft machen muss, die insolvenzspezifischen Pflichten erfüllen zu können, und eine Sanierung nicht aussichtslos ist. Der zulässige Antrag auf Eigenverwaltung sei in § 22a Abs. 1 InsO als zusätzlicher Pflichtausschuss-Fall zu implementieren.

Der „4. Deutsche Gläubigerkongress 2015“ hat eine EntschlieÙung „zur notwendigen Fortentwicklung des Insolvenzrechts“ gefasst.⁹⁵ Danach soll zur Vermeidung von Missbräuchen die Möglichkeit zur Eröffnung eines Verfahrens unter Eigenverwaltung nach den §§ 270 ff. InsO u. a. davon abhängig gemacht werden, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung die Benennung der Mitglieder eines repräsentativ besetzten vorläufigen Gläubigerausschusses verpflichtend ist, sowie Löhne und Gehälter nicht rückständig sind.

Der BV ESUG e.V.⁹⁶ verlangt, dass ein Anspruch auf die Eigenverwaltung ohne gerichtliches Ermessen bestehen soll, wenn möglichst bereits mit der Antragstellung – spätestens jedoch innerhalb eines Monats nach Antragstellung – ein Grobkonzept (sei es als Planentwurf oder als belastbares, gerechnetes Konzept) mit einem dazu notwendigen Verfahrensplan und dessen Finanzierung vorgelegt wird. Die Eigenverwaltung sei von dem Ziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung abzukoppeln und zu einer eigenständigen Verfahrensart zu entwickeln. Reiche der Schuldner die vorgenannten plausiblen Verfahrensunterlagen bereits mit dem Antrag ein und werden diese von einem positiven schriftlichen Votum eines repräsentativen Kreises von Gläubigern mehrheitlich begleitet, so verlange die Planungssicherheit eines solchen Sanierungsprozesses die umgehende und zwingende Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung und damit auch die Absicherung der ungestörten Geschäftsführung im Sanierungsverfahren. Ein neuer § 270a Abs. 1 InsO solle daher auch für diesen Fall das gerichtliche Ermessen entbehrlich machen und einen Anspruch auf die Anordnung postulieren.

⁹⁴ EntschlieÙung der BAKinso-Jahrestagung 2014, S. 3.

⁹⁵ EntschlieÙung Deutscher Gläubigerkongress 2015, S. 2.

⁹⁶ ESUG 2.0, Deutschland als Sanierungsstandort weiter ausbauen, Positionspapier BV ESUG, S. 2.

Das Forum 270 - Qualität und Verantwortung in der Eigenverwaltung e. V. (im Folgenden Forum 270)⁹⁷ meint, dass es zu einer guten Eigenverwaltung gehöre, dass vor Antragstellung eine Liquiditätsplanung für das Antragsverfahren und das eröffnete Verfahren (i.d.R. für einen 6-Monats-Zeitraum) unter Insolvenzgesichtspunkten aufgestellt werde. Es wird angenommen, dass eine Eigenverwaltung dann sinnvoll ist, wenn

- ein Unternehmen mit nennenswerten Umsätzen (regelmäßig nicht unter 20 Mio. Euro) und/oder entsprechender Vermögensmasse (Ausnahmen möglich bspw. bei personalintensiven Unternehmen, Immobilienbranche etc.) betroffen ist,
- die Betriebsfortführung und Sanierung das Ziel des Verfahren ist; es seien aber auch andere Verfahrensziele denkbar (bspw. fortgesetzte Liquidation),
- keine laufenden strafrechtlichen Ermittlungen gegen Schuldner oder Geschäftsführer bestehen oder solche vorhersehbar sind,
- die Geschäftsleitung sich rechtzeitig mit der „Alternative Insolvenz“ auseinandergesetzt hat,
- die Einleitung des Insolvenzverfahrens und der Eigenverwaltung professionell vorbereitet (beteiligt: anwaltliche Berater und/oder Unternehmensberatung und ggf. der spätere Eigenverwalter als anwaltlicher Berater) werden,
- die Geschäftsleitung die Eigenverwaltung auf Basis vollständiger Information (Primat von § 1 InsO, Verfahrensablauf usw.) akzeptiert und unterstützt,
- die Geschäftsleitung bereit ist, im Verfahren freiwillig Kompetenzen und Befugnisse abzugeben, so dass der Eigenverwalter sämtliche verfahrensrelevanten/insolvenzspezifischen Bereiche alleinverantwortlich betreut, so dass sichergestellt werden kann, dass die insolvenzrechtlichen Vorgaben vollumfassend erfüllt werden,
- die Akzeptanz der Gesellschafter (u. a. wegen der Bestellung des Eigenverwalters) und der sonstigen wesentlichen Stakeholder (Großgläubiger, wesentliche Lieferanten/Kunden, Arbeitnehmer) für die Eigenverwaltung und insbesondere den Eigenverwalter her- und sicherzustellen ist,
- die Organisation des Unternehmens und des Rechnungswesens intakt ist, so dass die Organfunktionen ausgeübt werden können (auch wichtig für Vertrauen der Banken und der anderen Stakeholder).

⁹⁷ Forum 270, Grundsätze, unter 2., <http://www.forum270.de/de/thesen-59.html>.

Das Forum 270 verlangt für eine gute und ordnungsgemäße Eigenverwaltung zudem, dass der Eigenverwalter nicht den M&A-Prozess als M&A-Berater gegen gesonderte Bezahlung übernehmen dürfe (Ausnahmen seien in Kleinverfahren möglich).⁹⁸

Das Forum 270⁹⁹ hält es auch für erforderlich, dass der Eigenverwalter grundsätzlich Organfunktion als Chief Insolvency Officer übernimmt (nur in Ausnahmefällen: Generalvollmacht; keinesfalls reine Beratung). Davon abzugrenzen sei der eigentliche Sanierungsgeschäftsführer (CRO), der operativ tätig werde.

Die Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristinnen und Juristen (AsJ)¹⁰⁰ hat in ihrer Stellungnahme zur ESUG-Evaluation formuliert, dass die Eigenverwaltung stärker an den Insolvenzplan geknüpft werden solle, etwa durch eine bindende Vorlagefrist. In der Praxis würden oft auch ohne leistungswirtschaftliche Sanierung in der Eigenverwaltung schlichte asset deals gemacht, die in gleicher Weise im Regelverfahren möglich seien. Zudem komme es dann nach dem Verkauf der assets zur Aufhebung der Eigenverwaltung und Übergang ins Regelverfahren, was weitere Kosten provoziere.

DIE FAMILIENUNTERNEHMER e.V.¹⁰¹ will die Eingangsvoraussetzungen für die Eigenverwaltung stärker definiert wissen. Ein Liquiditätsplan und Sanierungsgrobkonzept sei als Regelbeispiel für die Gewährung der (vorläufigen) Eigenverwaltung anzulegen. in § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO sei ein Satz 2 anzufügen, nach dem die Eigenverwaltung in der Regel anzuordnen sei, wenn konkrete Sanierungsaussichten anhand eines Sanierungsgrobkonzepts und einer Liquiditätsplanung für die nächsten Monate belegt sind. Dieses Regelbeispiel könne dazu führen, dass in den weniger gut vorbereiteten Fällen die Eigenverwaltung häufiger abgelehnt werde.

6. Fallstudien

In Fallstudien hat sich gezeigt, dass die Gerichte mit den Anordnungsvoraussetzungen und dem offenen Nachteilsbegriff Schwierigkeiten haben. Teilweise wurde auch ein unabhängiger Sachverständiger bestellt, um die Nachteilsprognose zu prüfen (dazu unten Fallstudie Nr. 11; vgl. auch Fallstudie 4). Die Notwendigkeit einer separaten Sachverständigenbestellung wäre bei verlässlichen Voraussetzungen reduziert; umgekehrt müsste eigentlich der vorläufige Sachwalter die Nachteilsprüfung vornehmen und als Teil seiner Aufgabe be-

⁹⁸ Forum 270, Grundsätze, unter 3., <http://www.forum270.de/de/thesen-59.html>.

⁹⁹ Forum 270, Grundsätze, unter 3., <https://www.forum270.de/de/thesen-59.html>.

¹⁰⁰ Stellungnahme zur ESUG-Evaluation, Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen und Juristinnen (AsJ) – Arbeitskreis Insolvenzrecht, ZInsO 2017, 2536.

¹⁰¹ DIE FAMILIENUNTERNEHMER e.V., Stellungnahme, ESUG-Evaluation; Verbesserungsvorschläge zu Eigenverwaltung und Insolvenzplan vom 6.3.2018.

greifen. Insoweit besteht aber ein Interessenkonflikt, wenn letztlich der vorläufige Sachwalter auf der Grundlage des Schuldner-/Beratervorschlags in das Amt gekommen ist. In einer Fallstudie fand eine umfangreiche Prüfung des Insolvenzplans durch das Gericht statt, aber, soweit ersichtlich, keine zur Akte gereichte nähere Beurteilung durch den Sachwalter.

Die Fallstudie Nr. 6 illustriert, was auch die Studie Nr. 3 andeutet, dass die Eigenverwaltung typischerweise Mehrkosten erzeugt und dies – angesichts der marktüblichen Vergütungssätze für die risiko- und haftungsträchtige Sanierungsberatung – in nicht unerheblichem Umfang. Zugleich werden diese Mehrkosten nur selten durch einen nachweisbaren Mehrerlös kompensiert. Der Fall offenbart auch, dass derzeit aufgrund eines einstimmigen Gläubigerausschussvotums jedes Verfahren in Eigenverwaltung zu eröffnen ist. Gläubigernachteile sind dann ebenso irrelevant wie das verfolgte Konzept zur Insolvenzbewältigung. Eine inhaltliche Steuerung des Zugangs zur Eigenverwaltung, etwa durch Mindestanforderungen, fehlt. Ebenso fehlen konkrete Mindestvorgaben an die Besetzung und die Beschlussfassung des Ausschusses.

Fallstudie Nr. 7 veranschaulicht die These, dass es eine (vorläufige) Eigenverwaltung, die von der Unternehmensleitung ohne oder gar gegen die Unterstützung wesentlicher Gläubiger beantragt wird, von Anfang an schwer hat, Vertrauen in die Geschäftsleitung zu schaffen oder zu erhalten. Dabei spielt es weniger eine Rolle, ob Nachteilsbefürchtungen konkret belegbar sind. Es sind eben jene Befürchtungen, die das Verfahren belasten. Dabei wird man es als selbstverständlich voraussetzen dürfen, dass die handelnden Personen auf der Schuldnerseite (Geschäftsleitung, Aufsichtsrat, Gesellschafter) wie auch auf den Seiten der anderen Stakeholder (Anleihegläubiger und ihr gemeinsamer Vertreter, Lieferanten, Banken, Versicherer, PSV, Arbeitnehmer und Gewerkschaften, Vertreter der Kommunen, etc.) stets primär im Interesse der bestmöglichen Durchsetzung der eigenen Interessen handeln werden. Vertrauen zwischen den Beteiligten, das nicht schon zu Beginn des Verfahrens etabliert war, wird sich insofern kaum noch in einem Insolvenz(eröffnungs)verfahren aufbauen lassen, in dem sich Konflikte zwischen persönlichen Interessen eher verschärfen.

7. Bewertung

Für die rechtliche Bewertung muss de lege lata zwischen den allgemeinen Anforderungen des § 270 InsO und den hiervon abweichenden Anforderungen und zusätzlichen Voraussetzungen bei §§ 270a, 270b InsO unterschieden werden. (Eine gesonderte Diskussion der Anforderungen beim Schutzschirmverfahren erfolgt später bei IV.).

Schon auf den ersten Blick lässt sich erkennen, dass die konkrete Subsumtion unter den Nachteilsbegriff des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO erhebliche Unsicherheiten mit sich bringt. Zu-

dem ist erkennbar, dass insbesondere bei § 270a InsO mit dem Erfordernis der „offensichtlichen“ Aussichtslosigkeit auch Fälle in der vorläufigen Eigenverwaltung landen können, die nicht für diese Zwecke geeignet sind. Ein mehr oder weniger voraussetzungsloser Einstieg in die Eigenverwaltung mit einem Anspruch auf Anordnung würde zwar die gerichtsunterschiedliche Behandlung nivellieren, aber diese Entwicklung sogar noch begünstigen.

Entscheidet man sich vor diesem Hintergrund für einen gefilterten Zugang zur Eigenverwaltung, so ist zudem zu beachten, dass die Signalwirkung der Eigenverwaltung bereits bei der Entscheidung für eine vorläufige Eigenverwaltung zu Beginn des Eröffnungsverfahrens entsteht. Zugleich ist es gerade bei Verfahren mit fortlaufendem Unternehmen eben dieses Eröffnungsverfahren, in dem entscheidende Weichenstellungen erfolgen. Es scheint insofern angezeigt, die Zugangserfordernisse zur Eigenverwaltung schon bei der Entscheidung über die vorläufige Eigenverwaltung zu berücksichtigen und diese Erfordernisse dann bei der nachfolgenden Eröffnungsentscheidung angesichts der zwischenzeitlichen Entwicklungen und Erkenntnisse nochmals zu überprüfen.

Die Konkretisierung des Nachteilsbegriffs könnte schließlich auf eine ganze Reihe von Referenzpunkten aufsetzen, die sich bereits aus der Analyse der Literatur, der Stellungnahmen der Verbände sowie aus der Rechtsprechung und den Fallstudien ergeben haben.

a) Die Eigenverwaltungswürdigkeit des Schuldners

Würde man die an die Eignung des Schuldners zur Eigenverwaltung anknüpfende Rechtsprechung umsetzen, könnten die erkennbare objektive Verletzung von Buchführungs- und Bilanzierungspflichten ebenso wie die manifestierte Verletzung der Insolvenzantragspflicht als Versagungsgründe normiert werden. Von einer Anknüpfung an Verletzungen etwa der Antragspflicht oder der Buchführungspflichten ist nicht schon wegen des in dubio-Grundsatzes und wegen noch andauernder strafrechtlicher Ermittlungen abzusehen. Es spricht manches dafür, dass das Insolvenzrecht auf die objektiven Umstände eigenständig reagieren und die Eigenverwaltung nicht von der staatsanwaltlichen oder strafrechtlichen Aufarbeitung abhängig machen sollte. Ein Ermittlungsverfahren als solches kann indes als Ablehnungsgrund wohl kaum genügen.

Auch die Verletzung von Pflichten zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen könnte vom Gesetzgeber ggf. als Nachteil in Gestalt eines Regelbeispiels hervorgehoben werden; wobei freilich zu beachten ist, dass damit eine gewisse Privilegierung dieser Forderungen zum Ausdruck käme, die in der InsO nicht im Allgemeinen angelegt ist. Allerdings würde damit die Gefahr vermindert, dass die (vorläufige) Eigenverwaltung zur Zahlung auf Rückstände benutzt wird, um eigene Strafbarkeitsrisiken zu verringern.

Mögliche Haftungs- oder Schadensersatzansprüche gegen Organe und Gesellschafter schließen eine Eigenverwaltung aus, da diese Ansprüche nach der gesetzlichen Konzeption des § 280 InsO vom Eigenverwalter durchzusetzen wären. Stehen solche Ansprüche im Raum, wird eine Eigenverwaltung den Austausch der betreffenden Personen in der Geschäftsleitung voraussetzen.

In Fällen einer Insolvenzverschleppung soll nach den Wünschen der Verbände zwingend eine (vorläufige) Eigenverwaltung versperrt sein. Entscheidend ist hier die Beantwortung der Frage, wie eine Verletzung der Antragspflicht rasch festgestellt werden kann, damit es nicht später zu einem dann das Vertrauen in die Eigenverwaltung insgesamt schädigenden Wechsel in das Regelverfahren kommen muss.¹⁰²

Alle diese Fragen betreffen im Kern die Eigenverwaltungswürdigkeit des Schuldners, die verbreitet dann abgesprochen wird, wenn der Schuldner bzw. dessen Geschäftsleitung seine Pflichten nicht mehr erfüllt, insbesondere also Buchführungs- und Bilanzierungspflichten, Steuererklärungspflichten und Sozialversicherungsbeitragspflichten nicht mehr nachgekommen ist, was häufig damit korreliert, dass die innere Organisation des Unternehmens und des Rechnungswesens nicht mehr intakt sind. Die darauf beruhende Intransparenz führt nicht nur zu den benannten Haftungstatbeständen gegen die Geschäftsleitung, sondern auch zu einem Vertrauensverlust bei den Stakeholdern. Eine Konkretisierung des Nachteilsbegriffs könnte also an diesen Punkten ansetzen.

b) Die Eigenverwaltung im Interesse des Verfahrensergebnisses

Eng mit der Frage nach einer Insolvenzverschleppung verbunden ist in der Regel die nach dem Zustand eines Unternehmens bei Eintritt ins Verfahren und damit die Frage nach den Erfolgsaussichten eines Verfahrens in Eigenverwaltung. Es scheint weitgehend Einigkeit dahingehend zu bestehen, dass eine Eigenverwaltung nur bei Schuldnern mit fortlaufendem Geschäftsbetrieb überhaupt in Betracht kommen sollte. Insofern ist zu empfehlen, das Vorhandensein eines stillgelegten Geschäftsbetriebs als Ausschlussgrund zu formulieren.

Für die verbleibenden Fortführungsfälle besteht dann die Option, die Vorlage einer Liquiditätsplanung zu verlangen, die dem Gericht schon mit dem Antrag vorgelegt werden muss. Da eine solche Planung auf einem wahrscheinlichen Szenario beruht, bedeutet ein solches Zugangserfordernis zur (vorläufigen) Eigenverwaltung die Beschränkung dieser Verfahrensart auf geplante und vorbereitete Antragstellungen. Die Planung stellt Transparenz her und kann vor allem unmittelbar darauf überprüft werden, ob vernünftige Annahmen getroffen wurden. Diese Plausibilitätsprüfung wird nach der Antragstellung zunächst durch das Gericht

¹⁰² Frind, ZIP 2017, 993, 999.

erfolgen müssen, das hierzu bei Zweifeln Stellungnahmen von wesentlichen Gläubigern einholen, nicht aber ein Sachverständigengutachten in Auftrag geben kann. Die Plausibilitätsprüfung sollte genügen, um Berater abzuschrecken, die regelmäßig mit überoptimistischen Annahmen arbeiten. Bei kleineren Gerichten wäre es wohl oft Sache der (professionellen) Gläubiger, solche Anträge gegenüber dem Gericht zu identifizieren.

Zur weiteren Absicherung ernsthafter Sanierungsversuche erscheinen auch entsprechende Versicherungen und Erklärungen der Organe bei der Antragstellung denkbar, die haftungsbewehrt wären, also auf eine Ausfallhaftung bei Illiquidität hinausliefen. Freilich steigt dadurch wiederum die Komplexität der Antragstellung, aber auch diese kann dazu führen, die Fälle zu selektieren, die nicht für die Eigenverwaltung geeignet erscheinen.

Insgesamt muss der Gesetzgeber die Frage beantworten, ob er die Verfahrensoption der Eigenverwaltung weiter unabhängig von der Typik des angestrebten Verfahrensergebnisses zur Verfügung stellen will oder ob hier ein Konnex zur angestrebten übertragenden Sanierung oder Plansanierung geschaffen werden soll. Im letzteren Fall könnte man verlangen, für den sicheren Zugang zur (vorläufigen) Eigenverwaltung entsprechende Planungen mit einzureichen.

Hiervon hängt dann auch die Entscheidung darüber ab, ob der Gesetzgeber die vorläufige Eigenverwaltung nur bei drohender Zahlungsunfähigkeit (im Zeitpunkt der Antragstellung) eröffnen will, was eben vor allem dann Sinn hätte, wenn das Gesetz zugleich stärker eine entsprechende Vorbereitung der Eigenverwaltung verlangen würde (pre-pack). Es wäre eine verbreitet gewünschte Option, den Zugang zur Eigenverwaltung stärker auf eine nachhaltige und gut vorbereitete Sanierung unter Einbeziehung aller Gläubiger zu verengen, während die ungeplante Insolvenz im Regelverfahren – natürlich inklusive aller Sanierungsoptionen – verortet wird. Wenn die Anforderungen an das zu verfolgende Sanierungskonzept bereits bei Antragstellung entsprechend ausgestaltet würden, könnte der oft beklagte Missbrauch der Eigenverwaltung bzw. die Antragstellung bei objektiv untauglichen Schuldnern reduziert werden.

Ein belastbarer Anspruch auf eine Eigenverwaltung erscheint dabei nur dann sinnvoll, wenn die tatbestandlichen Anforderungen eines solchen Anspruchs hinreichend robust vorgegeben sind. Hier wäre nicht nur das Fehlen von Nachteilen, sondern das Aufzeigen von Vorteilen für alle Stakeholder zu verlangen. Dies muss (und darf) nicht bedeuten, dass der Gesetzgeber die Ausrichtung am Gläubigerbefriedigungsziel in Richtung eines primären Schuldnerschutzes aufgeben müsste, wie dies der BV ESUG e.V. verlangt. Die Sanierung in Eigenverwaltung, inklusive der übertragenden Sanierung, sollte vielmehr von allen Stakeholdern im Interesse der eigenen Vorteile (Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung, Arbeits-

platzerhalt, Quotenvorteil etc.) unterstützt werden. Ein zu normierender Anspruch auf (vorläufige) Eigenverwaltung müsste mithin an diese umfassende Unterstützung anknüpfen.

c) Die Eigenverwaltungskosten, insbesondere durch Beratungskosten

Der weite Nachteilsbegriff erlaubt derzeit auch eine Versagung der Eigenverwaltung unter Berufung auf die Mehrkosten dieser Verfahrensvariante und einem daraus eventuell folgenden Quotenschaden. Da dem typischen Schuldner die zur Eigenverwaltung notwendige insolvenzrechtliche Expertise fehlt, wird allseits konsentiert, dass der Schuldner beraten werden muss, weil es sonst kaum jemals Eigenverwaltung geben könnte. Die Aufgaben des Insolvenzverwalters werden in der Eigenverwaltung von zwei Experten wahrgenommen – dem Sachwalter und dem Schuldnerberater. Die daraus folgende Kostenerhöhung ist kaum zu vermeiden. Die Liquidität für die Beratervergütung muss zudem beim Zugang zur Eigenverwaltung bisher nicht vorhanden sein, sondern kann aus der Insolvenzgeldvorfinanzierung, also einem unechten Massekredit, geschöpft werden.¹⁰³

Auch wenn es aufgrund des Quotenschadens zutreffend erscheint, die Kostenfrage bei der Nachteilsbestimmung zu beachten, dürfte es vorzuziehen sein, die Problematik exzessiver Beratungskosten nicht über den Zugang zur Eigenverwaltung zu adressieren. Zum einen ist fraglich, inwieweit es die Insolvenzgerichte überfordert, schon kurz nach Antragstellung umfangreiche Vergleichsrechnungen zu den zu erwartenden Kosten anstellen zu müssen. Die Beratungskosten kann der Insolvenzrichter nicht von sich aus schätzen. Es wird hier eine Darlegungslast der Schuldnerin bestehen müssen, beispielsweise die Last, eine entsprechend verlässliche, ggf. sogar eine verbindliche Schätzung der Kosten, bzw. einen Kostenrahmen einzuziehen.

Vor allem aber zeigt sich hier ein grundlegendes Problem, weil eine gerichtliche Kontrolle der Beratungskosten in der Eigenverwaltung nicht stattfindet, während die Insolvenzverwaltervergütung im alternativen Fremdverwaltungsverfahren reguliert ist. Gleichzeitig erwarten aber dennoch manche Gerichte eine verlässliche Kostenkalkulation. Ein unmittelbarer Eingriff in Beratungshonorare wäre nicht angemessen oder statthaft. Die intendierte Bindung des Schuldnerberaters an einen Kostenrahmen ließe sich möglicherweise besser durch eine Beschränkung des Zugangs zur Masse für die Beratungsleistungen erreichen als durch eine Steuerung über den Zugang zur Eigenverwaltung. Hierzu könnte etwa eine Überschreitung eines vorab festgelegten Betrags, der mit der Insolvenzverwaltervergütung in Relation gesetzt wird (unter Berücksichtigung des Aufgabenbereichs und der zusätzlichen Notwendigkeit der Vergütung des Sachwalters) nur dann ausnahmsweise anfechtungssicher und als

¹⁰³ Hammes, NZI 2017, 233, 239.

eine Masseverbindlichkeit zu berücksichtigen sein, wenn das Gericht der Begründung zustimmt. Grundsätzlich ließe sich insofern in einer Reform des Vergütungsrechts auch der Kostenrahmen für Beraterhonorare verbindlich vorgeben, der es den Gerichten erlauben würde, diese Honorare aus der Masse fließen zu lassen. Darüber hinausgehende Honorare wären nicht unzulässig, aber von Dritten oder aber vom Schuldner aus dessen freiem Vermögen bzw. erst nach der Verfahrensbeendigung zu bedienen.

Insgesamt ergibt sich darüber hinaus der Eindruck, dass die Kosten eine Eigenverwaltung bei kleineren Massen letztlich nicht sinnvoll erscheinen lässt, zumindest dann, wenn eine komplexe Sanierung angestrebt ist. Die Einführung einer Untergrenze für Eigenverwaltungen ist insofern zu erwägen.

d) Die Hinzuziehung von Insolvenzexpertise

Eine gesetzliche Festschreibung des Einsatzes eines Chief Restructuring Officer (CRO) erscheint nach den Hinweisen aus Rechtsprechung und Literatur nicht zwingend angezeigt. Freilich wird in der Befragung deutlich, dass die Erfolgchancen einer Sanierung in Eigenverwaltung ohne einen Insolvenzexperten in der Organposition als gering wahrgenommen werden. Eine gesetzlich verbindliche Vorgabe einer solchen Bestellung in die Organposition würde allerdings Folgefragen mit sich bringen, etwa nach der Qualifikation des CRO, der Stellung von Generalbevollmächtigten etc. Es würde auch zusätzliche Kosten generieren und damit insbesondere bei KMU die oft eher geringe Masse weiter belasten. Zudem ist oft auch nicht einsichtig, warum der Schuldner einerseits Berater haben soll, andererseits noch ein CRO gegen Vergütung zwingend einzusetzen wäre.

Der Gesetzgeber muss daher abwägen, ob er eine verbindliche Vorgabe machen will oder es bei dem jetzigen Stand der Rechtslage belässt. Erwägenswert erscheint es insofern, die Organbesetzung nicht als Mindestvoraussetzung der Eigenverwaltung zu normieren, das Vorhandensein einer solchen Expertise aber durchaus positiv zu berücksichtigen (näher dazu unten bei den Handlungsoptionen).

In der Konsequenz sollte eine mangelnde Erfahrung der organschaftlichen Vertreter mit der Eigenverwaltung für sich genommen nicht ausreichen, um die Eigenverwaltung auszuschließen, da eine Insolvenzberatung auch ohne Verankerung des Beraters als Organ funktionieren kann. Erst das Fehlen jeglicher Expertise auf Schuldnerseite muss naturgemäß Anlass geben, an der Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben in der Eigenverwaltung zu zweifeln. Dies könnte als Regelbeispiel eines Versagungsgrundes normiert werden (näher dazu unten bei den Handlungsoptionen). Der Gesetzgeber könnte einen gewissen Anreiz nach dem Vorbild der an einigen Gerichten praktizierten Übung setzen, indem bei dem Katalog des § 270 InsO (dazu unten f)) hinzugefügt wird, dass die Gerichte berücksichtigen können

(nicht müssen), ob in der Organstellung eine insolvenzverwaltungserfahrene Person tätig ist. Freilich ist dann das Problem der unterschiedlichen Gerichtspraxis und der Ermessensausübung zu beachten.

e) Der Nachweis der Stakeholderunterstützung

Eine fehlende Unterstützung durch für die Betriebsfortführung wichtige Gläubiger kann schon nach geltendem Recht als Nachteil genügen und eine (vorläufige) Eigenverwaltung ausschließen. Das Vorhandensein dieser Unterstützung wird zugleich als wesentlicher Erfolgsfaktor einer Eigenverwaltung in der Befragung identifiziert. Es kann daher als positives Kriterium für eine Eigenverwaltung herangezogen werden. Eine entsprechende Wertung ergibt sich auch aus § 270 Abs. 3 InsO, der dem unterstützenden einstimmigen Votum des vorläufigen Gläubigerausschusses entscheidende Bedeutung für eine Eigenverwaltungsanordnung zumisst.

Fraglich ist allerdings, ob die Stakeholderunterstützung allein als Kriterium genügt, um eine Eigenverwaltung zu legitimieren. Nach § 270 Abs. 3 InsO ist dies de lege lata der Fall, schließt doch ein entsprechendes Votum eine gerichtliche Nachteilsprüfung aus. Eine derart zentrale Bedeutung wird man dem (vor-)vorläufigen Gläubigerausschuss nur belassen können, wenn besser sichergestellt wird, dass dieser nicht nur repräsentativ, sondern auch professionell besetzt ist (zum Problem der „family&friends“ Ausschüsse unten D.V.). Insofern erscheint es vorzugswürdig, dem Votum dann keine Bedeutung zuzuweisen, wenn die Risiken der Eigenverwaltung offensichtlich sind, da nach Ansicht des Gerichts ein Versagungsstatbestand erfüllt ist.

f) Handlungsoptionen des Gesetzgebers

Aus der Analyse ergeben sich folgende Handlungsoptionen:

Option 1: Der Gesetzgeber könnte untätig bleiben und darauf vertrauen, dass die Rechtsprechung dazu in der Lage ist, im Einzelfall den Begriff des Nachteils wertend auszufüllen. Allerdings besteht dann weiter die Gefahr uneinheitlicher Auslegungen sowie gerichtsspezifischer Besonderheiten in der Handhabung des Zugangs zur Eigenverwaltung. Das wird durch das differenzierte Gerichtswesen im Insolvenzbereich noch gefördert, zumal der BGH in diesem Bereich – de lege lata mangels Zugangs über die Rechtsbeschwerde – nicht in erheblichem Umfang vereinheitlichend tätig werden kann.

Option 2: Der Gesetzgeber könnte de lege ferenda den Zugang zur Eigenverwaltung weiter erleichtern, wie in der Literatur von einer Mindermeinung gefordert,¹⁰⁴ und damit

¹⁰⁴ So Eidenmüller, ZHR 175 (2011), 11 ff.

schuldnerfreundlich planbar machen. Der Preis für die Verringerung der Unsicherheiten für die Geschäftsführer und Gesellschafter besteht dann allerdings in einer Einladung an alle – auch ungeeignete – Unternehmen, es mit der Eigenverwaltung zu versuchen. Das Steuerungsproblem wird so nur auf das Problem der Bestimmung zutreffender Kriterien für den „Exit“ aus der Eigenverwaltung bei gläubigerbenachteiligenden Verhaltensweisen verschoben. Die Zahl (publikumswirksam) scheiternder Eigenverwaltungen würde steigen, wodurch das Verfahren insgesamt eher geschwächt denn gestärkt würde, weil die Eigenverwaltung noch häufiger als bisher abgebrochen werden müsste. Diese Option erscheint mithin nicht zielführend.

Option 3: Ein gesetzgeberisches Eingreifen könnte auch das Ziel verfolgen, den Zugang zur Eigenverwaltung zu erschweren, um die eigenverwaltungsuntauglichen Verfahren von vornherein stärker herauszufiltern. Dabei könnte der Gesetzgeber an dem Nachteilsbegriff festhalten, zugleich aber die vorherrschenden Unsicherheiten durch Regelbeispiele beseitigen, wie sie die Stellungnahmen der Verbände nahelegen. Es erscheint weitgehend Konsens darüber zu herrschen, dass mit einer Ergänzung oder Korrektur des § 270 Abs. 2 InsO vor allem ein Missbrauchsschutz gewährleistet werden sollte.

Option 4: Der Gesetzgeber könnte schließlich auch den Nachteilsbegriff in § 270 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 InsO aufgeben und stattdessen entsprechend des in beiden Absätzen verankerten Regelungskonzeptes Versagungsgründe für die Eigenverwaltung ebenso formulieren wie Anordnungsgründe. Auch in diesem Regelungskonzept wären die in der Literatur und von den Verbänden vorgetragenen Kriterien relevant. Im Unterschied zu Option 3 würde allerdings nicht nur der Nachteilsbegriff des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO durch die Formulierung von Versagungsgründen konkretisiert. Zusätzlich wäre auch eine differenziertere Normierung der (positiven) Gründe möglich, die entsprechend der heutigen Regelungen in den §§ 270 Abs. 3, 270a Abs. 1 und 270b Abs. 1 InsO einen planbaren Zugang zur Eigenverwaltung erlauben sollen.

Konkret könnte in einem neuen § 270 Abs. 2 InsO geregelt werden, welche Umstände notwendig sind, um die Anordnung der Eigenverwaltung zu erreichen. Die bisherige Analyse hat verschiedene Kriterien ergeben, die (kumulativ) eine solche Anordnung auf einen Schuldnerantrag hin legitimieren könnten: Stakeholderunterstützung (etwa durch das Votum des vor-vorläufigen Gläubigerausschusses), die (haftungsrelevante) Hinzuziehung von Insolvenzexpertise in der Geschäftsleitung, ein den geltenden Standards entsprechendes Sanierungskonzept mit Liquiditätsplanung (ggf. als haftungsbewehrte Bescheinigung wie in § 270b InsO). Fügt der Schuldner diese Unterlagen seinem Antrag auf Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung bei, so sollte dem Gericht eine Plausibilitätsprüfung erlaubt sein, die Anordnung aber grundsätzlich erfolgen.

Ein neuer § 270 Abs. 3 InsO könnte zugleich Tatbestände formulieren, deren Erfüllung die Anordnung einer Eigenverwaltung von vornherein ausschließen. Auch insofern kann auf die Kriterien verwiesen werden, die sich aus der Analyse ergeben haben: eine Unterschreitung einer Unternehmensmindestgröße, die Eigenverwaltungsunwürdigkeit der auf Schuldnerseite handelnden Personen (konkreter etwa: vorwerfbare Verletzung von Buchführungs- und Bilanzierungspflichten, Steuererklärungspflichten und Sozialversicherungsbeitragspflichten; strafrechtliches Ermittlungsverfahren) oder das Fehlen jeglicher Insolvenzexpertise auf Schuldnerseite. Der Schuldner müsste also zum Antrag auf Eigenverwaltung entsprechende Erklärungen der Finanzämter und Sozialversicherungsträger sowie seine aktuellen Unternehmenszahlen vorlegen. Daneben könnte man einzelnen entscheidenden Stakeholdern, etwa dem vor-vorläufigen Gläubigerausschuss, ein Vetorecht einräumen.

Im Zusammenspiel entstünde so eine Zugangsregelung zur (vorläufigen) Eigenverwaltung, die dem Richter eine schnelle Prüfung der Versagungs- und Anordnungstatbestände auf der Grundlage des Antrags sowie kurzfristiger Stellungnahmen (auch im Rahmen der Vorabstimmung der Antragstellung) ermöglicht. Das Vorliegen eines Versagungsgrundes hindert die vorläufige Eigenverwaltung und rechtfertigt die Zurückweisung des Antrags. Das Vorliegen der Anordnungsgründe ergibt – bei gleichzeitigem Fehlen eines Versagungsgrundes – einen Anspruch auf (vorläufige) Eigenverwaltung. Bei den verbleibenden Fällen, in denen weder ein Versagungs- noch ein Anordnungsgrund einschlägig ist bzw. dazu Sachverhaltsinformationen noch fehlen, sollte die Zulassung der Eigenverwaltung bei dieser Option nicht wieder vom Nachteilsbegriff geprägt werden oder im freien Gerichtsermessen liegen; sie sollte allenfalls möglich sein, wenn dabei die hinreichende und unabhängige Überwachung des Schuldners gesichert ist. In solchen „Graufällen“ müsste insbesondere ein „starker“ vorläufiger Sachwalter, der unabhängig von den Beteiligten bestellt wird, überwachen können (zum Vorschlag eines starken vorläufigen Sachwalters unten bei II.7.c)).

Option 5: Eine weitere Option besteht darin, Eigenverwaltungsverfahren weiter einzuschränken. Die Eigenverwaltung wäre dann überhaupt nur bei Bejahung von als zwingend erachteten Anordnungsvoraussetzungen (z.B. bei Vorlage eines Liquiditätsplans, Ausschluss einer Insolvenzverschleppung und ordnungsgemäßer Buchhaltung) zuzulassen. Der Unterschied zu Option 4 liegt darin, dass in den genannten „Graufällen“ bei ungewisser Sachlage keine Eigenverwaltung angeordnet werden darf. Umgekehrt ist bei Erfüllung derart anspruchsvoller Voraussetzungen die Eigenverwaltung „verdient“ und folglich ohne weiteres richterliches Ermessen anzuordnen.

Die zahlreichen Stellungnahmen und die Befragungsergebnisse legen ein gesetzgeberisches Eingreifen im Sinne der Optionen 3 – 5 nahe, um die Anordnung der Eigenverwaltung zu erschweren.

Unter diesen Optionen besticht Option 5 dadurch, dass sie am ehesten verspricht, unterschiedliche Gerichtspraktiken einzudämmen und den Beteiligten Planungssicherheit zu gewähren. Jedoch setzt die gesetzgeberische Umsetzung dieser Option zum einen Klarheit darüber voraus, was für eine seriöse Eigenverwaltung verlangt wird. Zum anderen müssten diese Anforderungen hinreichend anspruchsvoll und für das Gericht prüfbar sein.

Lassen sich diese Voraussetzungen nicht erfüllen, sollten verstärkt die Optionen 3 und 4 in den Blick genommen werden, um durch hinreichend konkrete Regelbeispiele dem in der Befragung zum Ausdruck gebrachten Wunsch Rechnung zu tragen, ungeeignete Fälle ausscheiden zu lassen. Als Mittellösung zwischen Option 3 und 5 würde Option 4 darüber hinaus den Weg zur Planungssicherheit jedenfalls insoweit öffnen, als unter bestimmten (aber im Unterschied zu Option 5 eben nicht abschließenden) Voraussetzungen grundsätzlich ein Anspruch auf Eigenverwaltung besteht.

Bedenkenswert ist schließlich eine gerichtliche Begründungspflicht für die Anordnung der Eigenverwaltung. Sie ermöglicht das Nachvollziehen der gerichtlichen Erwägungen für Außenstehende und entspricht zugleich einem aktuellen Trend, wie er z.B. in der Begründungspflicht zur internationalen Zuständigkeit nach Art. 4 EuInsVO, Art. 102 § 2 EGInsO um Ausdruck kommt.

8. Empfehlung

Es empfiehlt sich ein gesetzgeberisches Nachsteuern der ESUG-Reformen im Sinne einer stärkeren Begrenzung des Zugangs zur Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren, aber auch im Eröffnungsverfahren, mit dem Ziel der Ausklammerung ungeeigneter Verfahren. Will der Gesetzgeber den in der Befragung und in den Stellungnahmen der Verbände zum Ausdruck gebrachten Wunsch nach einer Konkretisierung des Nachteilsbegriffs des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO Rechnung tragen, bieten sich Regelbeispiele für Versagungsgründe an (Option 3). Weitergehend könnte man den gesamten Zugang zur (vorläufigen) Eigenverwaltung vereinheitlichen und Anordnungs- sowie Versagungsgründe normieren (Option 4). Noch klarer und zu empfehlen wäre es, unabdingbare Mindestvoraussetzungen für eine gute Eigenverwaltung festzulegen, die positiv vorliegen und nachgewiesen werden müssen, damit Eigenverwaltung angeordnet wird (Option 5). Das bedeutet, dass nur bei Vorliegen gewisser Punkte Zugang zur (vorläufigen) Eigenverwaltung verlässlich gewährt wird, aber bei Nichteinhaltung der Mindestvoraussetzungen und bei unklarer Sachlage, also im Graubereich, keine Eigenverwaltung angeordnet wird. Stets sollten die gerichtlichen Prüfungsgrundlagen und Prüfungsbefugnisse sowie das Beweismaß konkret festgelegt werden.

Zu den möglichen Mindestanforderungen an die Zulassung der Eigenverwaltung ist nach den Hinweisen in der Rechtsprechung zu § 270 Abs. 2 InsO sowie in der Literatur und nach den Ergebnissen der Befragung insbesondere die „Eigenverwaltungswürdigkeit“ des Schuldners zu zählen, sowie die stärkere Ausrichtung auf die Erfolgsaussichten der Eigenverwaltung im Sinne einer konkreten Verfahrens- und Sanierungsplanung einschließlich der Notwendigkeit einer belastbaren Liquiditätsplanung. Ferner muss insolvenzrechtliche Expertise sichergestellt sein und der Nachweis der Stakeholderunterstützung mit hinreichender Gewährleistung eines repräsentativen Meinungsbilds erfolgen. Bei der Eigenverwaltungswürdigkeit des Schuldners könnten eine erkennbare objektive Verletzung von Buchführungs- und Bilanzierungspflichten und die manifeste Verletzung der Insolvenzantragspflicht Anknüpfungspunkte bilden, ggf. auch Rückstände bei den Sozialversicherungsbeiträgen oder Steuerzahlungen.

Der Gesetzgeber sollte tendenziell davon absehen, die Kostenfrage schon beim Zugang der Eigenverwaltung regulieren zu wollen, weil dies wenig praktikabel erschiene und die Eigenverwaltung tendenziell stets teurer als ein Regelverfahren ist oder jedenfalls die Neigung dazu besteht. Ggf. könnte aber die Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten für die Beraterhonorare entsprechend gedeckelt wird, indem ein gewisser Rahmen vorgeben wird. Es müsste allerdings darauf geachtet werden, dass ein Rahmen nicht als leistungsunabhängiges Mindestpauschalhonorar der Berater verstanden würde.

II. Die Abgrenzung der Befugnisse und das Rollenverständnis des Sachwalters

1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung

Die Befragung zeigt eine große Zustimmung ($M = 2,91$) bei allerdings minimal erhöhter Varianz ($SD = 0,97$) zu der Aussage, dass der vorläufige Sachwalter größere Eingriffsbefugnisse erhalten sollte. Außerdem zeigen die Erfahrungen, dass der Sachwalter häufig eine aktive Rolle übernommen ($M = 2,88$) und durch sein Eingreifen Nachteile für die Gläubigersamtheit abgewendet hat ($M = 2,64$). Er wurde auch teils dazu aufgefordert, Masseverbindlichkeiten „mitzuzeichnen“ ($M = 2,74$).

Eine ganz große Mehrheit ($M = 3,35$) fordert bei geringer Varianz, Aufgabenbereich und Vergütung des (vorläufigen) Sachwalters gesetzlich klarer zu umreißen. Das ist der höchste Zustimmungswert in der gesamten Befragung für eine einzelne Aussage.

Der Aussage, dass der (vorläufige) Sachwalter mehr Einflussmöglichkeiten bekommen und seine Unabhängigkeit gestärkt werden sollte, stimmen insbesondere die Finanzverwaltungen (M = 3,27) zu, aber auch die Beschäftigten in einer Bank (M = 3,13) und die Richterschaft (M = 3,10); insgesamt stimmen aber alle befragten Gruppen mehrheitlich zu.

In den verschiedenen Funktionen stimmen vor allem die Insolvenzverwalter der Aussage zu (M = 3,15), am wenigsten die Schuldnerberater (M = 2,38), was freilich noch recht nah am Mittelwert liegt.

2. Sonstige ESUG-Studien

In der Roland Berger/HgGUR-Studie 2016¹⁰⁵ wird mit großer Mehrheit die gute Zusammenarbeit zwischen Schuldner und Sachwalter als wichtigster Erfolgsfaktor der Eigenverwaltung genannt. Außerdem tun sich nach den dortigen Ergebnissen¹⁰⁶ manche Verwalter mit Eigenverwaltungsverfahren schwer, weil sich der Informationsaustausch zwischen Management des Schuldners und Sachwalter problematisch gestaltet. Offenbar wird insoweit wahrgenommen, dass der Sachwalter nicht immer alle für seine Überwachungsaufgabe relevanten Informationen bekommt. Die Studie vom Januar 2018¹⁰⁷ hat gefragt, welche Regelungen des ESUG nach Meinung der Befragten zu reformieren seien. 96% würden die Kompetenzabgrenzung Sachwalter/Eigenverwaltung reformieren.

In der Noerr-McKinsey-Studie 2015¹⁰⁸ wird von 19% die gute Zusammenarbeit zwischen Management und Sachwalter als wichtigster Erfolgsfaktor angesehen.

3. Rechtsprechung

Fragen nach der Abgrenzung der Befugnisse sind in der Rechtsprechung des BGH zur Vergütung des (vorläufigen) Sachwalters aufgetreten. Danach hat der vorläufige Sachwalter ebenso wie der endgültige Sachwalter keine eigenen Eingriffs- und Sicherheitsbefugnisse, der vorläufige Sachwalter muss nicht die Masse sichern.¹⁰⁹ Faktisch muss er sich jedoch oft stärker einbringen oder die Grenzen sind jedenfalls fließend. Für gesetzlich nicht übertragene Aufgaben kann der Sachwalter aber nicht vergütet werden.¹¹⁰

¹⁰⁵ Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2016, S. 25.

¹⁰⁶ Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2016, S. 25.

¹⁰⁷ Roland Berger/HgGUR, 5 Jahre ESUG – eine Bestandsaufnahme, S. 23.

¹⁰⁸ Noerr/McKinsey, InsO-Studie 2015, S. 7.

¹⁰⁹ BGH, 21.7.2016 – IX ZB 70/14, NZI 2016, 796 Rn. 43.

¹¹⁰ BGH, 22.9.2016 – IX ZB 71/14, NZI 2016, 963 Rn. 47; LG Dessau-Roßlau, 8 T 94/14, NZI 2015, 570.

Insbesondere darf das Gericht dem Sachwalter nicht weitere Aufgaben übertragen. Diese Möglichkeit könne nur der Gesetzgeber schaffen.¹¹¹ Darin liegt mithin ein impliziter Hinweis an den Gesetzgeber, sich der Aufgabenbeschreibung (und der Vergütung) zu widmen.

Nach Auffassung des BGH gehört es de lege lata nicht zu den Aufgaben des vorläufigen Sachwalters, in eigener Zuständigkeit die Möglichkeit übertragender Sanierungen zu analysieren. Das sei Aufgabe der Eigenverwaltung. Die von der Eigenverwaltung ausgearbeiteten Szenarien zur Fortführung des Geschäftsbetriebs hat der vorläufige Sachwalter aber auf ihre Durchführbarkeit und die Auswirkungen auf die Quotenerwartung der Gläubiger zu überprüfen. Es sei aber nicht seine Aufgabe, selbst Planungen zur taktischen und personellen Aufstellung des Unternehmens zu entwerfen, wohl aber, derartige Planungen der Eigenverwaltung im Rahmen seiner Kontrolle zu plausibilisieren und abzuwägen.¹¹² Der (vorläufige) Sachwalter habe die Eigenverwaltung des Schuldners beratend zu begleiten. Dies ist aber nach Auffassung des BGH nicht dahingehend zu verstehen, dass er anstelle der Eigenverwaltung den Sanierungsprozess lenken darf. Er darf sich aber umgekehrt nicht darauf beschränken, von der Eigenverwaltung vorgelegte und abgeschlossen erarbeitete Konzepte nachträglich zu billigen oder im Rahmen seiner Überwachungstätigkeit zu verwerfen. Eine solche Vorgehensweise würde dem Sanierungsprozess schwerwiegend schaden. Er müsse in der Rechtsprechung vielmehr beratend in dem Sinne tätig werden, dass er sich rechtzeitig in die Erarbeitung der Konzepte einbinden lässt und rechtzeitig zu erkennen gibt, welche erwogenen Maßnahmen nach seiner Auffassung möglich und welche geprüften Wege gangbar sind. Die Überwachungsaufgabe kann nicht nachlaufend wahrgenommen werden. Das sei mit dem Sanierungszweck und der Eilbedürftigkeit des Verfahrens unvereinbar. Die Überwachungsfunktion habe zukunftsorientiert zu erfolgen.¹¹³

Nach einer weiteren Entscheidung des BGH¹¹⁴ gehört zu den Aufgaben des (vorläufigen) Sachwalters bei der Unternehmensfortführung vor allem die Überwachung der Geschäftsführung, was die dauerhafte und umfassende Einbindung in den Prozess der Betriebsfortführung erfordere. Dazu gehört auch die Kontrolle der laufenden Bestellungen.¹¹⁵

¹¹¹ BGH, 22.9.2016 – IX ZB 71/14, NZI 2016, 963 Rn. 79.

¹¹² BGH, 21.7.2016 – IX ZB 70/14, NZI 2016, 796 Rn. 72.

¹¹³ BGH, 22.9.2016 – IX ZB 71/14, NZI 2016, 963 Rn. 64.

¹¹⁴ BGH, 22.6.2017 – IX ZB 91/15, BeckRS 2017, 118540 Rn. 21.

¹¹⁵ BGH, 21.7.2016 – IX ZB 70/14, NZI 2016, 796 Rn. 67.

Der BGH hält es außerdem analog § 284 InsO für zulässig, den Sachwalter mit der Ausarbeitung eines Insolvenzplans zu beauftragen. Das bedarf aber der Zustimmung des Schuldners und des vorläufigen Gläubigerausschusses.¹¹⁶

Manche Insolvenzgerichte versuchen die Stellung des Sachwalters zu stärken, indem sie anordnen, dass Verfügungen nur mit Zustimmung des (vorläufigen) Sachwalters wirksam sind. Dies wird auf § 21 InsO gestützt.¹¹⁷

Zu berücksichtigen sind auch mögliche anwaltsrechtliche Implikationen: Der BGH hält zusätzliche Beratungsaufträge an den Sachwalter nicht nur für insolvenzzweckwidrig, sondern auch für unvereinbar mit § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO, soweit der Sachwalter Rechtsanwalt ist.¹¹⁸

Das AG Cottbus hat ausgeführt, dass die Pflicht des vorläufigen Sachwalters zur Überprüfung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners vor allem der Vorbereitung einer Stellungnahme des vorläufigen Sachwalters zum Eigenverwaltungsantrag des Schuldners diene.¹¹⁹ Den Schuldner trifft daher eine umfassende Informations- und Unterstützungspflicht gegenüber dem vorläufigen Sachwalter. Der Schuldner ist – auch ohne entsprechende Nachfrage des vorläufigen Sachwalters – verpflichtet, den vorläufigen Sachwalter jeweils über die aktuelle Geschäftslage, über die künftig zu prognostizierende Geschäftslage und über wesentliche Änderungen der Geschäftslage zu informieren.

4. Literatur

Die Befugnisse des Sachwalters wurden im Vorfeld der BGH-Entscheidung teils eher eng verstanden und beispielsweise eine beratende Rolle des Sachwalters ebenso abgelehnt wie die Aufgabe, das schuldnereische Sanierungskonzept zu prüfen.¹²⁰

Das Kassenführungsrecht des § 275 Abs. 2 InsO gilt weiterhin als ungeklärt.¹²¹ Auch wird mehrheitlich abgelehnt, dass der Sachwalter Anderkonten einrichten darf.¹²² Hinsichtlich des § 275 Abs. 2 InsO wird diskutiert, ob das Gericht dem Sachwalter auch ohne dessen Verlan-

¹¹⁶ BGH, 22.9.2016 – IX ZB 71/14, NZI 2016, 963 Rn. 74 ff.

¹¹⁷ Dazu auch *Nöll*, ZInsO 2013, 745 ff.

¹¹⁸ BGH, 22.9.2016 – IX ZB 71/14, NZI 2016, 963 Rn. 72.

¹¹⁹ AG Cottbus, 1.10.2015 – 63 IN 231/15, ZInsO 2016, 115.

¹²⁰ *Frind*, NZI 2014, 937, 941.

¹²¹ *Undritz/Schur*, ZIP 2016, 549, 551.

¹²² *Fiebig*, in: HambKomm, § 275 Rn. 15.

gen die Kassenführung übertragen kann; das ist umstritten.¹²³ Diese Frage ist im Kontext der Steuer- und Sozialversicherungsverbindlichkeiten aufgetreten und wird dort behandelt (unten unter X.). Sie ist aber allgemeiner Natur, weil sie die Frage betrifft, ob das Gericht nach Maßgabe des § 21 InsO weitere Sicherungsmaßnahmen anordnen kann.

Dass der Sachwalter auch in Fällen des § 56a InsO unabhängig sein muss, ist mittlerweile anerkannt¹²⁴.

In der Literatur ist bemerkt worden, dass der Sachwalter häufig aufgrund der faktischen Umstände, insbesondere wegen der Erwartungshaltung von Gläubigern oder Schuldnern, gezwungen sei, sich über das gesetzlich vorgesehene Maß in den Prozess einzubringen.¹²⁵

Der BGH hat in seinem Beschluss zur Vergütung implizit den Gesetzgeber aufgefordert, ggf. die Aufgaben des Sachwalters zu erweitern. Insoweit wird in der Literatur gefordert, dem Sachwalter größere Befugnisse einzuräumen,¹²⁶ insbesondere die Befugnis, die Aufhebung der Eigenverwaltung zu beantragen (und ggf. eine entsprechende Pflicht) sowie die Aufgabe, die Vergleichsrechnung beim Insolvenzplan zu prüfen.

In Auseinandersetzung mit der Vergütungsrechtsprechung des BGH ist gefordert worden, dass dem Sachwalter auch über das gesetzliche Maß weitere Aufgaben übertragen werden dürften, insbesondere die Umstellung der Buchführung auf die insolvenzrechtlichen Anforderungen, die Insolvenzgeldvorfinanzierung, sowie die Unterstützung bei Gesprächen mit Kunden und Lieferanten, insbesondere in der Anfangsphase des Eigenverwaltungsverfahrens, um die Betriebsfortführung zu sichern.¹²⁷

Nicht abschließend geklärt ist insbesondere, ob in der vorläufigen Eigenverwaltung nach § 270a InsO eine Zustimmungsbedürftigkeit analog § 277 InsO angeordnet werden darf¹²⁸; das Problem berührt insgesamt die eben angesprochene Geltung des § 21 InsO.

¹²³ Ablehnend *Undritz*, in: K. Schmidt, § 275 Rn. 7.

¹²⁴ *Bork*, ZIP 2013, 145 ff.; *Graf-Schlicker*, ZInsO 2013, 1765, 1766; *Vallender/Zipperer*, ZIP 2013, 149 ff.; vereinzelt a.A. *Hölzle/Schmidt*, ZIP 2012, 2238 ff.

¹²⁵ *Thole*, in: Heinrich, Symposium Insolvenz- und Arbeitsrecht, S. 87, 92; *Flöther*, ZInsO 2014, 465, 472.

¹²⁶ *Jaffé*, in: Festschrift Vallender, 2015, S. 281, 289.

¹²⁷ *Kampshoff/Schäfer*, NZI 2016, 941, 942.

¹²⁸ Dazu *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 355 f.

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Der Gravenbrucher Kreis hat sich für eine Stärkung der Position des Sachwalters ausgesprochen.¹²⁹ Er hält es für geboten, nach außen wirkende, über das interne Widerspruchsrecht des § 275 Satz 2 InsO hinausgehende Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Sachwalters vorzusehen, ferner die Übertragung der Kassenführung auch bei einem Beschluss des (vorläufigen) Gläubigerausschusses zu ermöglichen, dem Sachwalter ein Recht, die Aufhebung der Eigenverwaltung zu beantragen, zu gewähren und in Ergänzung zu § 284 InsO auch dem Gläubigerausschuss das Recht zu geben, den Sachwalter mit der Planerstellung zu beauftragen.

DIE FAMILIENUNTERNEHMER e.V. möchte dem Sachwalter eine neutralere und partiell aktivere Rolle zuweisen. Insbesondere sollten Gerichte bei der Ernennung des vorläufigen Sachwalters Schuldneranschlägen im Fall des § 270a InsO nicht folgen. Es sei u.a. für den vom Schuldnerberater durchgesetzten Sachwalter schwer, Sanierungsmaßnahmen wie z.B. eine Gehaltskürzung beim Management durchzusetzen; zudem sei das Management häufig eine Krisenursache.¹³⁰

6. Fallstudien

In einigen der hier vorgenommenen Fallstudien hat sich gezeigt, dass der Sachwalter teils stärker, teils weniger stark in das Verfahren eingebunden war. Im Fall Nr. 15 hat der Sachwalter vergleichsweise häufig an das Gericht berichtet und musste auch die Kassenführung übernehmen, weil bei der Schuldnerin trotz Betreuung durch den Schuldnerberater keine hinreichende Kenntnis vorhanden war. Zur Vergütung zeigt sich in Fallstudie Nr. 14, dass es hier oft auch Absprachen zwischen Sachwalter und dem vorgeschlagenen Schuldnerberater gab, bei denen sich die Schuldnerberater mit dem Sachwalter die fiktive Insolvenzverwaltervergütung aufteilen. Das Problem liegt dort aber darin, dass die fiktive Insolvenzverwaltervergütung von einer Bemessungsgrundlage abhängt und unklar ist, welche Zuschläge das Gericht billigen wird.

7. Bewertung

Insgesamt erweist sich als ein Grundproblem in der geltenden Konzeption, dass der Schuldner relativ einfach, insbesondere über § 270a InsO, in das Eigenverwaltungsverfahren

¹²⁹ ESUG: Erfahrungen, Probleme, Änderungsnotwendigkeiten, Thesenpapier des Gravenbrucher Kreis, Stand: Oktober 2015, S. 8 f.

¹³⁰ DIE FAMILIENUNTERNEHMER e.V., Stellungnahme, ESUG-Evaluation; Verbesserungsvorschläge zu Eigenverwaltung und Insolvenzplan vom 6.3.2018.

einsteigen kann, der Sachwalter zugleich aber im Wesentlichen nur Überwachungsbefugnisse, nicht aber Eingriffsbefugnisse hat. Auch wird er für überobligationsmäßige Leistungen nach den Vorgaben des BGH gerade nicht vergütet. Das hat in der Praxis zu Anpassungen geführt.

In den Fällen des § 275 Abs. 2 InsO kann der Sachwalter zwar die Kassenführung für sich beanspruchen, aber das Entstehen von Verbindlichkeiten nicht verhindern (zum Problem der Masseverbindlichkeiten auch unten IX.). Auch kann der Sachwalter durch einen Widerspruch nach § 275 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht verhindern, dass der Eigenverwalter außergewöhnliche Geschäfte abschließt, da das Widerspruchsrecht nur das Innenverhältnis betrifft. Und selbst die Erlöse aus Anfechtungen sind im Ergebnis der Masse zugewiesen, d.h. dem Eigenverwalter, was in kritischen Fällen die Missbrauchsgefahr wieder erhöht; der Sachwalter darf insoweit Auszahlungen nicht verhindern. Schließlich darf er einen Antrag auf Aufhebung der Eigenverwaltung nicht selbst stellen, ebenso wenig wie ein Sachverständiger i.S.d. § 5 InsO, der im Auftrag des Gerichts Nachteile für die Gläubiger feststellt oder z.B. feststellt, dass die Bescheinigung für das Schutzschirmverfahren fehlerhaft war. Der Sachwalter kann zwar die Nachteile dem Gericht und dem Gläubigerausschuss anzeigen. Das ist aber nur dann nützlich, wenn das Gericht daraufhin eingreift und/oder die Eigenverwaltung aufhebt. Die Fallstudien und die Befragungsergebnisse legen jedenfalls in einem gewissen Umfang nahe, dass der Sachwalter einen Anreiz haben kann, Nachteile nicht anzuzeigen, um – auch aus Reputationsgründen – die Eigenverwaltung nicht zu gefährden (dazu auch noch unten III.). Im Markt wird auch berichtet, dass Gerichte solche Anzeigen teilweise ignorieren oder auf die lange Bank schieben. Daher erweist sich die Nachteilsanzeige als eine schwierige Sanktion, zumal wenn der Sachwalter nicht wirklich unabhängig bestellt worden ist.

Soweit Insolvenzgerichte mit Anordnungen nach § 21 InsO nachbessern, zeigt sich das Bestreben, die Überwachungsmöglichkeiten zu erweitern. Das ist wiederum problematisch, da die Gerichte insofern nicht einheitlich entscheiden und folglich eine unterschiedliche Praxis der Insolvenzgerichte ausgebildet wird. Eine einheitliche gesetzliche Vorgabe wäre insofern wünschenswert.

Es ist eine rechtspolitische Frage, welche Konzeption der Gesetzgeber bei der Beschreibung der Befugnisse des Sachwalters verfolgen möchte. Die Frage nach der Funktion des Sachwalters steht dabei im Zusammenhang mit der Ausrichtung der Eigenverwaltung insgesamt, woraus sich dann wiederum auch Anforderungen bei der Bestellung des Sachwalters ergeben. Es bedarf mithin einer gesetzgeberischen Präzisierung im Gesamtzusammenhang.

a) Der mitgebrachte Sachwalter

Eine gewisse Steuerbarkeit bei der Sachwalterbestellung, wie es jetzt auch § 56a InsO ermöglicht, kann eine erfolgreiche Verfahrensgestaltung durch Berater, Management und Sachwalter fördern. Dies kann freilich abgesehen von der verteilungspolitischen Frage des Zugangs zu diesem „öffentlichen Amt“ die Neigung des Sachwalters verringern, in bestimmten Situationen hart einzugreifen, z.B. Anfechtungsansprüche mit der rechtlich gebotenen Konsequenz durchzusetzen oder eine Nachteilsanzeige zu tätigen. Es ist die Rede davon, dass es entsprechende „beauty contests“ gibt. Außerdem besteht außerhalb des § 270b InsO die Neigung von Schuldner und Beratern, nur diejenigen Gläubiger für den Gläubigerausschuss vorzuschlagen, die sodann – gesteuert über den Schuldnerberater – einen Sachwalter vorschlagen, bei denen eine gewisse Einflussnahme möglich erscheint, was zu Lasten der Gläubigerinteressen gehen kann.¹³¹

b) Der unabhängige Sachwalter

Das Modell des unabhängig bestellten Sachwalters, der unabhängig von Vorschlägen der Beteiligten allein vom Gericht bestellt wird, hat den Vorteil, dass Rücksichtnahmen vermindert werden, zugleich aber den Nachteil, dass die Kooperationsbereitschaft aller Beteiligten vermindert sein kann und die Nachteile einer gerichtlichen Auswahl bei den derzeit dezentralen und höchst unbefriedigenden Gerichtsstrukturen auftreten. Die größere Unabhängigkeit und zugleich eine größere Aufgabenverlagerung auf den Sachwalter nähern die Eigenverwaltung wieder nuanciert der Regelverwaltung an. Zugleich bedeutet dies aber einen größeren Schutz vor einem Missbrauch der Eigenverwaltung, wie es in der Befragung als wünschenswert angesehen worden ist.

c) Handlungsoptionen des Gesetzgebers

Es erscheint ein Grundproblem des ESUG zu sein, dass einerseits auch außerhalb des Verfahrens nach § 270b InsO eine Steuerbarkeit durch den Schuldner (wohl unbeabsichtigt) zugelassen wird, wenngleich der einzigen Aufsichtsperson zugleich nur eine schwache Stellung zugewiesen wird.

Tatsächlich wollte der Gesetzgeber nur beim Schutzschirmverfahren ein Vorschlagsrecht des Schuldners zulassen, § 270b Abs. 2 Satz 2 InsO. In der Praxis können die Schuldner aber über ihre Berater auch in anderen Verfahrensstadien und außerhalb des § 270b InsO über §§ 22a Abs. 1 und 2 InsO die Zusammensetzung des Gläubigerausschusses beeinflussen und damit die Sachwalterauswahl steuern. Außerdem ist es nicht unüblich, dass Gericht-

¹³¹ Vgl. auch die Auswertung des statistischen Bundesamtes, Statistisches Bundesamt, Stand: 28.09.2017, A 303/11302000, S. 3 f.

te nach gescheitertem Schutzschirmverfahren (z.B. Versäumung der Frist nach § 270b InsO) unter Umständen die Eigenverwaltung in ein gewöhnliches Verfahren nach § 270a InsO überführen und den Sachwalter im Amt belassen, so dass letztlich der vom Schuldner vorgeschlagene vorläufige Sachwalter auch bei § 270a InsO vorläufiger Sachwalter und dann nach Eröffnung endgültiger Sachwalter wird.

Vor diesem Hintergrund ist vom Gesetzgeber die Frage zu beantworten, ob – wie von den Befragten mehrheitlich gewünscht – der Sachwalter größere Kompetenzen erhalten sollte, auch wenn er ggf. vom Schuldner ins Verfahren mitgebracht wird. Im Kern geht es um die exakte Beschreibung der Funktion des Sachwalters. Hier gibt es im Ausgangspunkt zwei wesentliche Optionen, aus denen sich eine dritte Option kombinieren ließe.

Option 1 („schwache Sachwaltung“): Der Gesetzgeber könnte das Modell eines allein beratenden und überwachenden Sachwalters verfolgen, also im Wesentlichen das Gesetz unverändert lassen oder die BGH-Rechtsprechung zur Vergütung mehr oder weniger übernehmen. Das hat den Vorteil, dass damit die Verantwortung des Managements und damit sozusagen die „echte“ Eigenverwaltung gestärkt werden. Zugleich wäre es selbstverständlich, dass die insolvenzrechtliche Kompetenz beim Management anderweitig sichergestellt sein müsste (Frage etwa des CRO u.a.m.) und die Überwachung nicht zahnlos bleiben darf, wenn Missbrauch ersichtlich ist. Das Vertrauen der Gläubiger in die Eigenverwaltung müsste also anderweitig geschützt werden, und ein solcher Schutz ist zwingend erforderlich, wenn man den in der Befragung ermittelten Eindrücken und Bewertungen Rechnung tragen will. Hierzu wäre folgerichtig der Zugang zur Eigenverwaltung in den Blick zu nehmen und eine Eigenverwaltung nur bei Verfahren zu erlauben, deren kompetenter und missbrauchsfreier Ablauf von Anfang an gesichert scheint (redlicher Schuldner, Berater, Konzept und Liquiditätsplan, Stakeholderunterstützung). Die dem Sachwalter verbleibende Überwachungsfunktion würde zugleich bedeuten, dass die Auswahl des Überwachers nicht den zu überwachenden Beteiligten zu überlassen wäre, sondern unabhängig erfolgen müsste (dazu eingehend sogleich bei III.).

Option 2 („starke Sachwaltung“): Die zweite Option besteht darin, den Sachwalter auch in der Eigenverwaltung als Zentralfigur zu verankern und folgerichtig dessen Befugnisse zu stärken (Zustimmungsvorbehalt, Kassenführung, Aufhebungsantragsrecht). Auch hierzu müsste der Sachwalter unabhängig sein, allerdings angesichts steigender Aufgaben wohl besser vergütet werden. Zugleich könnten die Zugangsanforderungen zur Eigenverwaltung angesichts einer verstärkten Kontrolle im Verfahren weniger streng ausgestaltet bleiben.

Option 3: Denkbar wäre es schließlich auch, beide Formen der Sachwaltung vorzusehen. So könnte man es etwa – ähnlich wie bei der vorläufigen Insolvenzverwaltung – dem

Gericht überlassen, welche Art der (vorläufigen) Sachwahrung im Einzelfall angeordnet wird. Würde der Gesetzgeber etwa den Zugang zur Eigenverwaltung im Sinne der oben zu I. als Option 4 bezeichneten Lösung einer Kombination von Versagungsgründen und positiven Anordnungsgründen (siehe oben B.I.7.f)) neu regeln, so würde es sich schließlich anbieten, bei Vorliegen eines positiven Anordnungstatbestandes nur eine „schwache Sachwahrung“ anzuordnen, d.h. keine weitere Stärkung vorzunehmen, während bei fehlender Einschlägigkeit von Anordnungs- und Versagungsgründen, also in „Graufällen“ bzw. bei ungeklärter Sachlage, nur und ausschließlich eine Eigenverwaltung unter „starker Sachwahrung“ möglich wäre.

Insgesamt erscheint es zwar nicht zwingend veranlasst, ganz detailliert vorzugeben, wie die Sachwahrung im Einzelfall auszusehen hat. Es empfiehlt sich, der Praxis eine gewisse Flexibilität zu belassen. Nicht in jedem Fall ist eine aktive Sachwahrung sinnvoll, nicht in jedem Fall eine passive. Dennoch erscheint nach den Ergebnissen der Befragung und nach den Stellungnahmen eine deutlichere gesetzliche Klarstellung mehrheitlich gewünscht, um Streitfälle zu vermeiden. Auch kann eine stärkere Eingriffsbefugnis des Sachwalters (als ultima ratio) die Schuldnerin dazu veranlassen, das Gesamtgläubigerinteresse zu wahren, auch ohne dass der Sachwalter dann tatsächlich eingreifen muss.

Zu bedenken ist stets die Rolle der Gerichte. Eine Einbindung des Gerichts, etwa über zusätzliche Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO, erscheint umso weniger veranlasst, als der Sachwalter diese Überwachungsfunktion wirkungsvoll wahrnehmen kann. Die Befugnis der Gerichte oder des Schuldners, Aufgaben auf den Sachwalter nach Ermessen bzw. auf der Grundlage von § 21 InsO zu übertragen, ist gesetzlich bisher nicht detailliert festgeschrieben. Auch die vom BGH zugelassene Übertragung der Aufgabe an den Sachwalter, einen Insolvenzplan zu erstellen, ist nach Auffassung des BGH von der Zustimmung des Schuldners abhängig; diese wird wohl nur erteilt werden, wenn der Schuldner eine „schuldner- oder organfreundliche Lösung“ erwarten kann. Hier wäre es ggf. sinnvoll, eine Ermächtigung auch ohne Zustimmung des Schuldners vorzusehen, was freilich voraussetzt, dass der Sachwalter dann auch Zugriff auf die notwendigen Daten und Informationen zur Erstellung des Plans hat.

Es könnte daher naheliegen, die Aufgaben und Befugnisse des Sachwalters stärker gesetzlich herauszubilden (z.B. im Falle eines Insolvenzplans) und ihm dabei auch über die Nachteilsanzeige hinaus weitere „Sanktions- und Eskalationsinstrumente“ bei gläubigerbenachteiligenden Verhaltensweisen an die Hand zu geben. Dies könnten beispielsweise weitere verfügungsbeschränkende Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Sachwalters sein.

Die Vergütung müsste ggf. mit den Aufgaben korreliert werden. Das entspricht der Leitlinie, die der BGH in seinen Entscheidungen zur Vergütung aufgestellt hat. Wenn der Sachwalter nur überwacht, mag die Vergütung de lege lata ggf. sogar als hoch zu bewerten sein, bei aktivem Eingreifen ggf. eher als gering.

8. Empfehlung

Der große Wunsch der Befragten ist es, Aufgabenbereich und Vergütung des (vorläufigen) Sachwalters klarer zu umreißen und dem Sachwalter mehr Eingriffsbefugnisse zu übertragen und zudem die Unabhängigkeit vom Schuldner (in Fällen des § 270a InsO) zu stärken.

Die Anforderungen an einen Sachwalter werden sich dabei aus der Art von Verfahren ergeben, die der Gesetzgeber für die Eigenverwaltung freigibt (siehe oben II.). Gelangen nur noch gut vorbereitete Verfahren in die (vorläufige) Eigenverwaltung (Option 5, oben B. I. 7 f.), so wird man die Position des (vorläufigen) Sachwalters auf die eines Überwachers beschränken dürfen – und seine Vergütung entsprechend regeln. Lässt man hingegen auch Verfahren aus dem „Graubereich“ für die Eigenverwaltung zu (vgl. Option 4, oben B.I.7.f.), so wird das Vertrauen der Beteiligten sich an der Person und den Befugnissen eines „starken Sachwalters“ anknüpfen. Soweit der Gesetzgeber eine solche aktive („starke“) Sachwaltung zulassen will, sollten die Befugnisse des Sachwalters und des Schuldners klar voneinander abgegrenzt werden.

Jedenfalls sollte die hinreichende Unabhängigkeit des Sachwalters im Bestellungsverfahren gesichert sein. Dabei sind vor allem auch systemischen Verknüpfungen und Anreizbeziehungen, die sich aus dem Beratereinfluss bei der Sachwalterauswahl ergeben, zu berücksichtigen¹³² (dazu sogleich bei III.).

III. Unabhängigkeit des (vorläufigen) Sachwalters und Einfluss der (Schuldner-)Berater und der Gläubiger

1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung

Eine zentrale Thematik im Fragebogen betraf die Unabhängigkeit des Sachwalters. In der Erhebung wurde gefragt, ob es häufig passiert ist, dass Schuldnerberater oder Gläubiger für den Vorschlag zum Sachwalter gewisse Zugeständnisse erwartet haben. Diese Frage

¹³² Graeber, in: Festschrift Vallender, 2015, S. 165, 178.

wurde mit einem Mittelwert von $M = 2,19$ tendenziell verneint. Im Übrigen war der Einfluss der Gläubiger Teil der Befassung mit den Regelungen zu §§ 56, 56a InsO, die Ergebnisse dazu sind unten (bei D.) aufgeführt. Die Aussage, das Recht des vorläufigen Gläubigerausschusses, den Verwalter verbindlich auszuwählen (§ 56a Abs. 2 InsO), sollte gestärkt werden, war sehr kontrovers; allerdings wurde dort nicht explizit nach dem Sachwalter und der Eigenverwaltung gefragt.

Die Befragung hat nicht ausdrücklich zu der Rolle der Schuldnerberater gefragt. Allerdings wurde in den Freitexten häufiger genannt, dass die Schuldnerberater mittelbar durch Einfluss auf den vorläufigen Gläubigerausschuss über das Anhörungsrecht bei § 56a Abs. 1 InsO und die Mitwirkung nur einzelner, nicht repräsentativ ausgewählter Gläubiger einen (zu) hohen Einfluss geltend machen könnten. Eine Nennung spricht etwa von einem „teilweise verheerenden“ Einfluss auf die Sachwalterauswahl, teils wird auch genannt, die Berater erweckten gegenüber dem Mandanten den Eindruck, es gehe alles weiter wie bisher. Zudem könnten die Berater gewisse Tätigkeiten mangels Fachkunde nicht selbst erledigen, was früher bei Insolvenzverwaltern „inhouse“ erledigt worden sei. Diese Nennungen sind nicht repräsentativ, zeigen aber beispielhaft eine gewisse Skepsis mancher Beteiligter gegenüber einem stark vom Berater betriebenen Insolvenzverfahren.

Eine spezifische Frage in diesem Kontext ist der mitgebrachte Sachwalter im Schutzschirmverfahren. Der Aussage, dass die Möglichkeit, den vorläufigen Sachwalter mitzubringen, von entscheidender Bedeutung für die Wahl des Verfahrens war, wird mit einem Mittelwert von $M = 2,89$ zugestimmt bei unauffälliger Varianz von $SD = 0,85$. Der Aussage, dass diese Möglichkeit sinnvoll und wichtig ist, wird mit einem Mittelwert von $M = 2,62$ zugestimmt, allerdings bei breiter Streuung ($SD = 0,98$). Es gibt insofern also offenbar unterschiedliche Einschätzungen über die Sinnhaftigkeit der in § 270b Abs. 2 Satz 2 InsO geschaffenen Möglichkeit, den Sachwalter mitzubringen. Wie bereits beschrieben, halten die befragten Richter den mitgebrachten Sachwalter für weniger sinnvoll ($M = 1,97$), die befragten Steuerberater und Betriebswirte dagegen für sinnvoll ($M = 2,98$). Die Schuldnerberater und Sanierungsgeschäftsführer und Geschäftsleiter stimmen der Aussage besonders zu, was wenig überrascht ($M = 3,10$ und $3,06$).

2. Sonstige ESUG-Studien

In den weiteren ESUG-Studien wird die Rolle der Berater ebenfalls nicht explizit adressiert, freilich vor allem die gute Planbarkeit des Verfahrens in der Eigenverwaltung als Vorteil

genannt,¹³³ was auch mit der bedeutenderen Rolle des Schuldners und damit auch seiner Berater zu tun haben könnte.

In der Noerr-McKinsey-Studie wird nur von 4% ein Auswahlrecht des Schuldners über den vorläufigen Sachwalter zu den wichtigsten Faktoren für die erfolgreiche Eigenverwaltung gezählt.¹³⁴

In der Roland Berger/HgGUR-Studie 2016 wurde die Vorabstimmung des Vorschlags für einen Sachwalter zwischen Schuldner und Gläubiger als wichtiger, jedoch relativ schwieriger Erfolgsfaktor identifiziert.¹³⁵

3. Rechtsprechung

In der Rechtsprechung ist die Frage nicht explizit aufgegriffen worden. Die Stellung der Berater wird mittelbar bedeutsam bei der Auswahl des Sachwalters in Fällen des § 56a InsO und bei § 270b InsO; insoweit wird dessen Unabhängigkeit als unabdingbar angesehen.¹³⁶ Ferner wird die Stellung der Berater in den BGH-Entscheidungen zur Vergütung des Sachwalters insoweit angesprochen, als dem Schuldner zugebilligt wird, sich insolvenzrechtliche Expertise von extern „einzukaufen“. ¹³⁷ Zu der Frage der Eigenverwaltungstauglichkeit siehe oben II. 7. a).

Im Fall des AG Aachen¹³⁸ hat das AG die Eröffnung des Verfahrens in Eigenverwaltung abgelehnt, da die Sanierung der Schuldnerin unwahrscheinlich geworden und die Liquidation der Schuldnerin unausweichlich sei; besondere Leistungen der Beratungsfirma, die nicht auch ein vorläufiger Verwalter zu geringeren Vergütungssätzen hätte erbringen können, seien nicht ersichtlich. Konkret wird mitgeteilt, die Berater hätten vor dem Eröffnungsantrag 30.000 Euro abgerechnet und für das Eröffnungsverfahren seien innerhalb eines Monats ca. 60.000 Euro einschließlich des von der Beraterkanzlei eingesetzten Geschäftsführers abgerechnet worden, die Vergütung für einen vorläufigen Insolvenzverwalter hätte nur ca. 46.000 Euro betragen.

¹³³ Noerr/McKinsey, InsO-Studie 2015, S. 6.

¹³⁴ Noerr/McKinsey, InsO-Studie 2015, S. 7.

¹³⁵ Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2016, S. 32.

¹³⁶ AG Stendal, 31.8.2012 – 7 IN 164/12, ZIP 2012, 1875.

¹³⁷ Hammes, NZI 2017, 233 ff.

¹³⁸ AG Aachen, 1.12.2017 – 92 IN 187/17, ZInsO 2018, 272.

4. Literatur

In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass die Berater des Schuldners zunehmend das Verfahren lenkten, insbesondere sogar als Generalbevollmächtigte. Es wird auf die Gefahren dieses Einflusses hingewiesen. Dazu sei u.a. der Umstand zu zählen, dass die Organe der Schuldnerin von den Beratern eingesetzt seien und zu diesen in einem Abhängigkeitsverhältnis stünden (etwa als Kanzleimitarbeiter).¹³⁹

Generell wird vielfach darauf hingewiesen, dass der Beratereinfluss auch zu Lasten der Gläubigerinteressen gehen könne.¹⁴⁰

Vor allem wird kritisiert, dass generell die Berater erheblichen Einfluss auf die Zusammensetzung des vorläufigen Gläubigerausschuss nehmen würden und auf diese Weise wiederum die Auswahl des Sachwalters gesteuert wird, insbesondere über einen einstimmigen Vorschlag nach § 56a Abs. 2 InsO.¹⁴¹ Es wird die Hoffnung geäußert, dass der Gesetzgeber nach der ESUG-Evaluierung die „faktische Verlagerung der Auswahlentscheidung auf den Berater“ revidieren wird¹⁴². Was die Einflussnahme des vorläufigen Gläubigerausschusses in Fällen des § 56a InsO angeht, so liegt ein maßgebliches Problem in dessen Zusammensetzung, was oft unter dem Schlagwort „family&friends“ diskutiert wird.¹⁴³

Es wird auch darauf hingewiesen, dass der Einfluss der Schuldnerberater deshalb hoch sei, weil die Gläubiger, einschließlich der professionellen Gläubiger, nicht hinreichend organisiert seien oder aus unterschiedlichen Gründen ihren Einfluss nicht hinreichend geltend machen,¹⁴⁴ so dass gewissermaßen ein Vakuum entstehe.

Es wird ferner angenommen, dass die vorläufige Eigenverwaltung auch genutzt wird, um Beratungshonorare weiter generieren zu können. Das gilt etwa, wenn Honoraransprüche von den Beratern des eigenverwaltenden Schuldners als Massekredit gegeben werden, um eine Masseunzulänglichkeit zu vermeiden, die schuldner- bzw. gesellschafterfreundliche Sanie-

¹³⁹ Hammes, NZI 2017, 233, 234 ff.

¹⁴⁰ Siehe die Nennungen bei INDat, Kurz und bündig in einem Satz: Was 100 Praktiker vom ESUG halten, INDat-Report, Heft 2-2013, S. 16 ff.

¹⁴¹ Hammes, NZI 2017, 233, 234; Graeber, in: Festschrift Vallender, 2015, S. 165, 179.

¹⁴² Graeber, in: Festschrift Vallender, 2015, S. 165, 179.

¹⁴³ Pape/Schultz, ZIP 2016, 506, 508.

¹⁴⁴ Vgl. Stellungnahme zur ESUG-Evaluation, Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen und Juristinnen (AsJ) – Arbeitskreis Insolvenzrecht, ZInsO 2017, 2536.

zung zu erhalten und gegenüber dem Sachwalter zu verschleiern, wie die Masse durch Honorare aufgezehrt wird.¹⁴⁵

Die Beraterkosten würden das Verfahren verteuern, nicht verbilligen.¹⁴⁶ Sie seien anders als die Insolvenzverwaltervergütung nicht reguliert und daher würden Fehlanreize geschaffen.¹⁴⁷

In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass die Kosten der Eigenverwaltung für die Beraterhonorare massiv seien. Es wird von Fällen berichtet, in denen bei einem monatlichen Umsatz des Unternehmens von 128.000 Euro Kosten der Sanierungsberatung von 50.000 Euro anfielen.¹⁴⁸

Teilweise würden die Berater auch Aufgaben übernehmen, die der Schuldner als höchstpersönliche Aufgaben selbst wahrnehmen müsste, etwa die Berichterstattung in der Gläubigerversammlung.¹⁴⁹

In der Presse wird berichtet, dass Berater gezielt Unternehmen ansprechen und die Eigenverwaltung als strategischen Weg empfehlen, um die Gläubiger mit einer geringen Quote zu befriedigen und das Eigenkapital zu stärken.¹⁵⁰

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Der BAKinso e.V. hält folgende Leitlinie fest:¹⁵¹

„Der vorläufige Ausschuss ist kein Instrument, um nur einen vom Schuldner oder einzelnen Gläubigern gewollten Verwalter/Sachwalter zu installieren. Der (vorgeschlagene) vorläufige Insolvenzverwalter/Sachwalter muss unabhängig sein. Der Ersteller eines beabsichtigten, vorgerichtlich erstellten Insolvenzplanes kommt in der Regel nicht zur Bestellung in Betracht, da dann mehr als „allgemeine Beratung“ vorliegt (§ 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 InsO).“

¹⁴⁵ Darüber berichtend *Siemon*, Vortrag AK InsO, als pdf abrufbar <http://www.ak-inso-koeln.de/index.php?id=557> (zuletzt abgerufen am 8.8.2017).

¹⁴⁶ *Hammes*, NZI 2017, 233, 239.

¹⁴⁷ *Hammes*, NZI 2017, 233, 239.

¹⁴⁸ *Siemon*, NZI 2018, 189.

¹⁴⁹ *Hammes*, NZI 2017, 233, 239.

¹⁵⁰ Indat-Report, Heft 7/2017, S. 6 = <https://www.welt.de/wirtschaft/bilanz/article169009828/Unsittliches-Angebot-fuer-Trigema-Chef-Grupp.html> vom 4.10.2017.

¹⁵¹ Entschließung der BAKinso-Jahrestagung 2014, S. 2.

Der DAV¹⁵² stellt fest, dass die Stärkung des Gläubigereinflusses bei der Auswahl des Insolvenzverwalters bzw. Sachwalters in Kombination mit der Neuregelung in § 56a InsO bei einigen Insolvenzgerichten zu einer oftmals fast schon reflexartig erscheinenden Übernahme eines dem Gericht unterbreiteten Vorschlags geführt habe. Wenn dann die Prüfung der Unabhängigkeit oder etwaiger Interessenkonflikte vollständig unterbleibe, könne dies im Einzelfall zu Zweifeln an der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters oder Sachwalters führen.

Problematisch ist es nach Auffassung des DAV¹⁵³ insbesondere:

- „Wenn bei Einleitung des Verfahrens ein besonders enges freundschaftliches und/oder sonstiges Näheverhältnis zwischen Gesellschaftern/Geschäftsführern und Beratern besteht und sich die Verhältnisse dann in der Zusammensetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses fortsetzen.
- Wenn, auf der Basis von Intransparenz auf die Zusammensetzung des (vorläufigen) Gläubigerausschusses bei Stellung des Insolvenzantrags in einer Weise Einfluss ausgeübt wird, die einer mangelhaften Kontrolle des Verfahrens und einer Verfolgung von Sonderinteressen Vorschub leistet.
- Wenn infolge mangelnder Insolvenzverwaltungserfahrung oder -qualität der Berater die Verfahren fehlerhaft geführt werden und der Sachwalter dann sehr viel stärker in das Verfahren eingreifen und Funktionen übernehmen muss, die gesetzlich nicht für den Sachwalter vorgesehen sind.“

Da Berater oftmals – wenn überhaupt – nur einzelne der im Insolvenzverfahren gefragten Kompetenzbereiche abdecken können, bestehe außerdem eine Tendenz zur Einschaltung weiterer Berater, was wiederum die Gefahr einer explosiven Kostenausweitung mit sich bringe¹⁵⁴.

6. Fallstudien

In Fallstudie Nr. 14 hat sich gezeigt, dass Sachwalter und Berater die Vergütung miteinander absprechen wollen, um zu vermeiden, dass die Eigenverwaltung zu höheren Kosten gegenüber dem Regelverfahren führt. Allerdings ist das Problem dabei die Berechnungsgrundlage. Für die Beraterhonorare wurde in einem Fall von einem 400%-Zuschlag auf die Sachwalter- bzw. Insolvenzverwaltervergütung ausgegangen und davon prozentual das Beraterhonorar berechnet. Es wurde zwischen Schuldnerin und Beratern vereinbart, dass dann,

¹⁵² DAV, Stellungnahme, S. 6.

¹⁵³ DAV, Stellungnahme, S. 9.

¹⁵⁴ DAV, Stellungnahme, S. 10.

wenn das Gericht die Sachwaltervergütung niedriger als erwartet festsetzt, das Beraterhonorar entsprechend ansteigen soll.

Unter anderem in den Fallstudien Nr. 3, 8, 12, 13, 15 ist das Gericht dem Vorschlag des Schuldners zur Bestellung des (mitgebrachten) Sachwalters gefolgt.

In Fallstudie Nr. 3 und 4 offenbarten sich jeweils ganz unterschiedliche Verständnisse des Sachwalters von seiner Rolle. Einerseits hält sich der Sachwalter in Studie Nr. 4 angesichts des Einverständnisses des Gläubigerausschusses mit dem Vorgehen des Schuldners bei seinen Prüfungsanstrengungen eher zurück. Andererseits betreibt in Studie Nr. 3 der Sachwalter eine erhebliche Opposition zu dem Schuldner, obwohl dieser – am Ende auch erfolgreich – in Abstimmung mit den Gläubigern einen Plan ausarbeitet. In Studie Nr. 15 übte der Sachwalter, soweit ersichtlich, sein Amt sehr objektiv aus und wies das Gericht und die Schuldnerin auf Mängel des Planentwurfs und Reibungsverluste in der Zusammenarbeit hin und machte auch deutlich, dass die Gläubigerinteressen gefördert werden müssen und nicht nur die Interessen der Altgesellschafter.

7. Bewertung

Die aufgeworfenen Fragen betreffen drei Problembereiche: die generelle Einbindung von Beratern bei der Führung der Eigenverwaltung, den spezifischen Einfluss von Beratern des Schuldners auf die Auswahl des Sachwalters und den Einfluss der Gläubiger auf die Wahl des Sachwalters.

a) Generelle Einbindung der Schuldnerberater

Was zunächst den ersten Punkt angeht, so lässt sich aus den vorstehend zusammengeführten Eindrücken erkennen, dass Probleme weniger in dem Mitwirken der (professionellen) Berater als solchem ausgemacht werden – dies ist unerlässlich und wünschenswert – als vielmehr in der Qualität der Beraterleistungen und in dem vorgelagerten Einfluss der Schuldnerberater auf die Sachwalterauswahl, weil damit in gewisser Weise die Überwachungsperson von der zu überwachenden Person mitbestimmt wird.

Der Einfluss der Berater geht auf die Frage zurück, ob und inwieweit der Schuldner durch eigenes Personal in der Lage sein muss, die Eigenverwaltung durchzuführen. Das ist eine Frage des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO und wird im dortigen Zusammenhang gelöst werden (dazu oben II.7.). Für eine generelle Höchstpersönlichkeit in der Eigenverwaltung besteht kein Anlass.

b) Einfluss der Schuldnerberater auf die Sachwalterauswahl (außerhalb § 270b InsO)

Schwieriger erscheint das zweite Problem des Einflusses auf die Auswahl der Überwachungsperson. Das betrifft zunächst das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO, das aber gesondert betrachtet wird (unten IV.). Will der Gesetzgeber den Einfluss des Schuldners bzw. seiner Berater auch außerhalb verschärfter Anforderungen an die Höchstpersönlichkeit der Eigenverwaltung und die Eigenverwaltungstauglichkeit begrenzen, bestehen im Wesentlichen zwei Optionen:

Option 1: Man kann die Unabhängigkeit des Sachwalters durch größere Eingriffsbefugnisse des Sachwalters fördern (dazu oben II. – starker (vorläufiger) Sachwalter). Das mag den Druck auf den Schuldner erhöhen, beseitigt aber noch nicht das Problem der unangemessenen Rücksichtnahme, wenn die Bestellung mittelbar von dem Beratervorschlag abhängig ist.

Option 2: Der Gesetzgeber könnte auch die Auswahl des Sachwalters stärker von Vorschlägen der Schuldner(-berater), aber auch der Gläubiger (dazu sogleich unter d)) abkoppeln und sie wieder primär dem Insolvenzgericht überlassen. Das hat den Nachteil, dass die „guten“ und seriösen Fälle mitunter erschwert werden und das Gericht wieder eine größere Machtfülle bekommt, die ohne eine Professionalisierung der Gerichte und des Justizwesens nachteilig sein könnte. Die Planbarkeit einer Sanierungsstrategie würde reduziert bzw. von der Bereitschaft der Gerichte abhängig gemacht, Vorabsprachen zu treffen. Der Vorteil wäre, dass die Gefahr von undurchsichtigen Netzbildungen und wechselseitigen Verflechtungen der Beteiligten vermindert würde. Auch wäre das Problem der Bildung „präsumtiver“ Gläubigerausschüsse beseitigt.

Zu beachten ist schließlich auch, dass eine künftige Restrukturierungsrichtlinie nach ihrem derzeitigen Stand des Kommissionsvorschlags für die Frage der Bestellung von Verwaltern in Insolvenzverfahren (also auch Sachwaltern) in Art. 26 Abs. 3 Satz 3 nur eine Anhörung der Gläubiger und des Schuldners vorsieht, soweit dies angezeigt ist. Von einem Vorschlagsrecht, gar einem verbindlichen, ist dort nicht die Rede. Eine richtlinienkonforme Gestaltung des deutschen Rechts hätte diese Vorgaben zu beachten.

c) Speziell der mitgebrachte Sachwalter im Verfahren nach § 270b InsO

Was speziell das Verfahren nach § 270b InsO angeht, muss ebenfalls die Frage gestellt werden, ob das Konzept des mitgebrachten Sachwalters sinnvoll ist. Diese Frage stellt sich nur, wenn man nicht dem hier gemachten (unten IV.8.) Vorschlag folgt, das § 270b InsO-Verfahren gänzlich aufzugeben.

Die Frage des mitgebrachten Sachwalters wird von den Befragten sehr unterschiedlich eingeschätzt; jedenfalls ist deutlich, dass die Möglichkeit des mitgebrachten Sachwalters nicht als wichtigster Erfolgsfaktor wahrgenommen wird. Interessant ist, dass die Möglichkeit des Mitbringens zwar mit hohem Mittelwert für entscheidend für die Wahl des Verfahrens angesehen wurde, aber die Sinnhaftigkeit dieser Möglichkeit weniger hoch und deutlich kontroverser eingeschätzt wird.

Wenn die Anforderungen an die Professionalisierung des Sachwalters hoch und nachgewiesen sind, wäre es daher auch bei § 270b InsO unter Umständen de lege ferenda möglich, den Schuldner zur Zusammenarbeit mit jedem Sachwalter zu zwingen bzw. anders formuliert die Auswahl des Sachwalters bei § 270b InsO keinen von § 270a InsO abweichenden Sonderregeln zu unterstellen. Das könnte naturgemäß den Nachteil haben, dass dann Schuldner gerade aus Angst vor dem ihm unbekanntem Sachwalter keinen Antrag stellen – allerdings ist das vom geltenden Recht nicht so weit entfernt, denn auch heute können die Schuldner zumindest nicht vollständig sicher sein, welchen Sachwalter sie bekommen. Das von vielen als zu weitreichend kritisierte strategische Potential des Schuldners und seiner Berater würde durch eine solche Korrektur verringert. Eine gesetzgeberische Neuregelung müsste gleichwohl den Gesamtkontext berücksichtigen, insbesondere die damit verbundene Wiederaufwertung der Rolle der Gerichte, die wiederum die Frage der Gerichtsstrukturen betrifft.

Insgesamt hängt die Frage des mitgebrachten Sachwalters auch von den allgemeinen Zugangsvoraussetzungen ab. Sind sie anspruchsvoll und schließen sie missbräuchliche Strategien verlässlich aus und ist u.U. nur eine „schwache“ Sachwaltung gegeben, ist es auch unter Anreizgesichtspunkten für den Schuldner tragbar, wenn er den insoweit ja in seinen Eingriffsbefugnissen beschränkten Sachwalter nicht mitbringen kann. Hat der Sachwalter dagegen mehr Kompetenzen als de lege lata und wird seine Position aufgewertet, mag manches für die Planbarkeit der Person durch den Schuldner, also für ein Mitbringen sprechen. Dann bleibt allerdings der Interessenkonflikt in der Person des Sachwalters, der u.U. gegen die Interessen des ihn aufsuchenden Schuldners (Beraters) agieren müsste.

Insgesamt dürfte daher viel dafür sprechen, ganz auf die Möglichkeit eines mitgebrachten Sachwalters zu verzichten oder dem Schuldner nur ein Vorschlagsrecht zu gewähren, freilich auch hier wieder um den Preis einer dann möglicherweise uneinheitlichen und nicht sanierungsförderlichen Bestellungspraxis der einzelnen Insolvenzgerichte.

d) Einfluss der Gläubigerausschüsse auf die Sachwalterauswahl

Ein großes Problem liegt darin, dass die Schuldnerberater über § 56a InsO die Wahl des Sachwalters auch außerhalb des § 270b InsO steuern können. Es erscheint fraglich, ob dies

im gesetzgeberischen Plan liegt, wenn und dass auch in Fällen des § 270a InsO der Sachwalter über Umwege „mitgebracht“ werden kann. Denn die Schuldnerberater, die den Antrag vorbereiten, können Bereitschaftserklärungen für bestimmte, wohlgesonnene Gläubiger einsammeln, und dadurch auf die Bildung der Gläubigerausschüsse Einfluss nehmen. Deren Vorschläge können im Fall des § 56a InsO sogar verbindlich den Sachwalter bestimmen und jedenfalls folgen Gerichte den Vorschlägen des Gläubigerausschusses häufig. Es erscheint bedenklich, wenn damit die überwachte Person das Überwachungsgremium bis zu einem bestimmten Grad selbst aussuchen kann.

Damit ist zugleich die generelle Frage aufgeworfen, ob sich § 56a InsO im Bereich der Eigenverwaltung bewährt hat. Es zeigt sich insgesamt, dass das Problem darin liegt, eine sachgerechte Zusammensetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses im frühen Verfahrensstadium zu gewährleisten. Die Gerichte sind letztlich auf die Bereitschaftserklärungen von Gläubigern angewiesen, können aber kaum prüfen, ob das Interesse der Gläubigersamtheit verfolgt wird. Es besteht stets die bei Beibehaltung des § 56a InsO im Bereich des § 274 InsO kaum lösbare Gefahr, dass über und von Gläubigerausschussmitgliedern eigene Interessen bei der Wahl des Sachwalters und auch im Übrigen verfolgt werden. In allen Fällen ist es stets virulent, dass der einzelne Sachwalter aufgrund von gewissen, nicht zwingend handfesten Abhängigkeiten und mit Blick auf künftige Verfahren auf die Interessen einzelner Gläubiger Rücksicht nehmen muss.

8. Empfehlung

Das ESUG hat die wechselseitigen Abhängigkeiten zwischen Beratern, Verwaltern, Sachwaltern und Profi-Gläubigern nicht befriedigend adressiert. Das Gesetz begünstigt zum Teil schuldnerfreundliche Strategien. Das liegt zum Teil in der Natur einer Eigenverwaltung und ist in diesem Sinne notwendig und im Ausgangspunkt gewünscht, kann aber eine Sanierung zu Lasten und auf dem Rücken der Gläubigersamtheit begünstigen, insbesondere wenn gerade diejenigen Sachwalter, die besonders unabhängig im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger agieren wollen, nicht vorgeschlagen werden. Zugleich erweist sich der Einfluss einzelner Gläubiger über § 56a InsO in der Eigenverwaltung (nicht generell, dazu unten D.) als zumindest tendenziell geeignet, ein vollständig unabhängiges Handeln des Sachwalters in Frage zu stellen. Problematisch ist nicht der Gläubigerausschuss als solcher, sondern seine Zusammensetzung und ein verbindlicher Einfluss auf die Wahl des Sachwalters.

Insgesamt scheint es daher angebracht, eine weniger vom Schuldner und dessen Beratern abhängige Auswahl des Sachwalters zu ermöglichen und insoweit auch die Abhängigkeit des Sachwalters vom Berater und die daraus folgende Geneigtheit der Rücksichtnahme auf die Organe des Schuldners und nahestehende Personen zu verringern. Das gilt einheit-

lich sowohl bei § 270a InsO als auch bei § 270b InsO. Eine Änderung würde allerdings um den Preis einer Reduzierung der Planbarkeit der Verfahrensbeteiligten aus Sicht der Unternehmen erfolgen und könnte mithin die Sanierungswilligkeit reduzieren. Um dies zu vermeiden, sollte es den Gerichten explizit erlaubt (und ggf. in Form einer Soll-Vorgabe auch vorgegeben) werden, ihre Sachwalterauswahlentscheidung vor einer Antragstellung mit dem Schuldner zu erörtern. Aus Sicht der (Haupt-)Gläubiger wäre die Planbarkeit zwar ebenfalls verringert, aber zugleich mit dem neutraleren Sachwalter die Wahrnehmung der Gläubigerinteressen erhöht.

Ferner sollte geprüft werden, ob § 56a InsO in der Eigenverwaltung (Verweis in § 274 InsO) generell gestrichen werden sollte, um derartigen Verflechtungen keinen Vorschub zu leisten. Mit der Erhöhung der Neutralität des Sachwalters kann die Sanierung durchaus gefördert werden. In der Regelverwaltung hat § 56a InsO Vorteile, in der Eigenverwaltung sind damit die Probleme der family&friends-Ausschüsse verbunden.

Jedenfalls eine verbindliche Vorgabe wie bei § 56a Abs. 2 InsO erscheint insoweit fragwürdig, wenn in dem Sachwalter eine neutrale Vertrauensperson für alle Beteiligten und die Gläubigersamtheit erkannt werden soll.

IV. Die Akzeptanz des Schutzschirmverfahrens und das Verhältnis von vorläufiger Eigenverwaltung (§ 270a InsO) und Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO)

Im Folgenden ist besonders auf die Akzeptanz des Schutzschirmverfahrens einzugehen, das als zentraler Baustein der ESUG-Reform vorgesehen war. Insbesondere stellt sich die Frage des Verhältnisses zu § 270a InsO.

1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung

Die Befragungsergebnisse zeigen, dass überwiegend keine erheblichen Vorteile des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO gegenüber der vorläufigen Eigenverwaltung gesehen werden. Bei der Aussage „Meiner Meinung nach bietet das Schutzschirmverfahren erhebliche Vorteile gegenüber einem Verfahren nach § 270a“ ergibt sich ein Mittelwert von $M=2,20$ mit unauffälliger Varianz von $SD = 0,81$. Soweit dagegen das Schutzschirmverfahren gewählt wurde, war dafür häufig (auch) die Möglichkeit, den Sachwalter mitzubringen, von entscheidender Bedeutung ($M = 2,89$).

2. Sonstige ESUG-Studien

Auch in den Studien, z.B. BCG-Studie 2017¹⁵⁵, wird ein hoher Wechsel ins Regelverfahren von ca. 41% ausgemacht, ferner wird darauf hingewiesen, dass das Schutzschirmverfahren eine geringere Bedeutung als das § 270a InsO-Verfahren habe und insgesamt auf niedrigem Niveau verbleibe¹⁵⁶; für beide Verfahren wird ein Trend zu kleineren Unternehmen ausgemacht.

Die Roland Berger/HgGUR-Studie 2016¹⁵⁷ kommt zu dem Ergebnis, dass trotz insgesamt positiver Bewertung des ESUG die vorläufige Eigenverwaltung zunehmend kritischer gesehen werde. In der Studie 5 Jahre ESUG vom Januar 2018¹⁵⁸ kommt die Roland Berger/HgGUR-Studie zu dem Ergebnis, dass 33% die vorläufige Eigenverwaltung für sehr gelungen halten, 18% für nicht gelungen und 49% unentschlossen sind. Das Schutzschirmverfahren halten 26% für sehr gelungen, 30% für nicht gelungen bei 40% unentschlossenen Befragten.

3. Rechtsprechung

Einschlägige Rechtsprechung ist nicht ersichtlich. Deutlich wird allerdings in der Entscheidung des AG Erfurt¹⁵⁹, dass bei Scheitern eines Schutzschirmverfahrens mangels ordnungsgemäßer Bescheinigung oder tatsächlicher Zahlungsunfähigkeit gleichwohl noch geprüft wird, ob eine gewöhnliche vorläufige Eigenverwaltung in Betracht kommt (was im konkreten Fall verneint wird). Damit ist es zumindest möglich, dass auch bei Nichterfüllung der Anforderungen an das Schutzschirmverfahren gleichwohl noch eine gewöhnliche Eigenverwaltung angeordnet wird.

4. Literatur

In der Literatur ist die Parallelität der Verfahren nach § 270a InsO und § 270b InsO bemerkt worden. Es wird teilweise darauf hingewiesen, dass Missbrauch vor allem beim § 270a InsO-Verfahren erfolge¹⁶⁰, weil die Anforderungen geringer seien als bei § 270b InsO, und das Problem auch darin bestehe, dass mit dem Standard der „offensichtlichen Aussichtslo-

¹⁵⁵ BCG-Studie, Fünf Jahre ESUG, Wesentliche Ziele erreicht, S. 9.

¹⁵⁶ BCG-Studie, Fünf Jahre ESUG, Wesentliche Ziele erreicht, S. 9.

¹⁵⁷ Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2016, S. 15.

¹⁵⁸ Roland Berger/HgGUR, 5 Jahre ESUG – eine Bestandsaufnahme, S. 20.

¹⁵⁹ AG Erfurt, 11.4.2012 – 172 IN 190/12, ZInsO 2012, 944.

¹⁶⁰ *Schelo*, ZIP 2012, 712, 714; *Frind*, WM 2014, 590, 593.

sigkeit“ schwierige Abgrenzungen verbunden seien.¹⁶¹ Zudem haben die Gläubiger kein eigenen Rechtsbehelf wie bei § 270b Abs. 4 InsO.¹⁶²

Es wird berichtet, dass bei KMU aus Kostengründen eher ein Vorgehen nach § 270a InsO angestrebt wird.¹⁶³

Die entscheidende Frage, welches Verfahren angestrebt wird, wird in der Literatur dahingehend beschrieben, dass die größere Planungssicherheit aus Sicht des Unternehmens für § 270a InsO spreche. Das liege insbesondere an den Unsicherheiten bei der Bescheinigung und der Drei-Monats-Frist bei § 270b InsO (zumal nach Fristablauf die Aufhebung der Eigenverwaltung und der Wechsel in Regelverfahren droht). Die größere Planungssicherheit wiege die Möglichkeit des mitgebrachten Sachwalters auf.¹⁶⁴

Es wird angenommen, dass das Schutzschirmverfahren „fragiler“ sei, und es daher trotz der geringer makelbehafteten Bezeichnung des Schutzschirmverfahrens in der Abwägung sinnvoller sein könne, in eine gewöhnliche vorläufige Eigenverwaltung zu gehen.¹⁶⁵ Das Schutzschirmverfahren sei wegen der Rechtsbehelfe des § 270b Abs. 4 InsO leichter zu Fall zu bringen als die vorläufige Eigenverwaltung des § 270a InsO.

In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass der Begriff der „offensichtlichen Aussichtslosigkeit“ ungeklärt sei. Er lässt verschiedene Interpretationsmöglichkeiten zu, weil unklar ist, wann etwas „offensichtlich“ aussichtslos ist und zugleich unklar ist, ob mit „offensichtlich“ auch eine Einschränkung der gerichtlichen Ermittlungs- und Beweiserhebungsbefugnis verbunden ist.¹⁶⁶

Es ist auch nicht vollständig geklärt, ob bei § 270b InsO die Voraussetzungen des § 270a InsO geprüft werden müssen oder inwieweit dies, d.h. die offensichtliche Aussichtslosigkeit des Eigenverwaltungsantrags, bei der offensichtlichen Aussichtslosigkeit der angestrebten Sanierung nach § 270b Abs. 4 Nr. 1 InsO beachtlich ist.¹⁶⁷

¹⁶¹ Vgl. *Henkel*, ZIP 2015, 562, 570.

¹⁶² *Schelo*, ZIP 2012, 712, 714.

¹⁶³ *Paul/Rudow*, NZI 2016, 385, 389.

¹⁶⁴ *Pape*, ZIP 2013, 2285, 2288.

¹⁶⁵ *Schelo*, ZIP 2012, 712, 715.

¹⁶⁶ *Henkel*, ZIP 2015, 562, 570 m. w. Nachw.

¹⁶⁷ Dazu *Kern*, in: MünchKommInsO, § 270b Rn. 39; *Kammel/Staps*, NZI 2010, 791, 796; *Schmidt/Linker*, ZIP 2012, 963 (Berücksichtigung lediglich bei Abs. 4 S. 1 Nr. 2, 3); *Vallender*, GmbHR 2012, 450, 451 (Bedeutung erst bei der Entscheidung über die Eigenverwaltung).

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Der DAV hat zur vorläufigen Eigenverwaltung nicht explizit Stellung genommen, sieht aber bei § 270b InsO-Verfahren Missbrauchsgefahren bei solchen Verfahren, bei denen die Schwellenwerte des § 22a Abs. 1 InsO für einen obligatorischen vorläufigen Gläubigerausschuss nicht erreicht werden und bei denen kein Gläubigerausschuss bestellt worden ist.¹⁶⁸

Der Gravenbrucher Kreis hat darauf aufmerksam gemacht, dass nach geltendem Recht die Entscheidung des Gerichts, die vorläufige Eigenverwaltung gemäß § 270a InsO anzuordnen, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung denselben Voraussetzungen unterliege wie bei drohender Zahlungsunfähigkeit, d.h. in jenen Fällen, in denen der Schuldner rechtzeitig und vorausschauend gehandelt hat. Jeweils kommt es maßgebend darauf an, dass der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht *offensichtlich aussichtslos* ist. Ziel einer jeden Reform sollte es daher nach Auffassung des Gravenbrucher Kreises sein, dem größeren Gläubigerrisiko durch eine Anpassung der gesetzlichen Eingangsvoraussetzungen im Rahmen von § 270a InsO Rechnung zu tragen.¹⁶⁹

Der BAKInso e.V. fordert, die gerichtlichen Ermessensspielräume zur anfänglichen Anordnung zu erweitern, indem das Wort „offensichtlich“ in § 270a Abs. 1 Satz 1 InsO gestrichen wird.¹⁷⁰

Der BV ESUG e.V. will dagegen die Ablehnungsmöglichkeiten des Gerichts einschränken und dazu § 270a InsO ändern (dazu bereits oben I.5.).¹⁷¹

6. Fallstudien

In den Fallstudien sind sowohl § 270a InsO-Verfahren als auch § 270b InsO-Verfahren ausgewertet worden. Soweit es in den Fällen zu Problemen oder Streitigkeiten im Eröffnungsverfahren kam, betrafen diese selten die gewählte Art der vorläufigen Eigenverwaltung. In der Fallstudie Nr. 11 war umstritten, ob die Bescheinigung von richtigen Annahmen ausging; in Fallstudie Nr. 1 erwies sich die Voraussetzung des § 270b InsO, dass die angestrebte Sanierung „nicht offensichtlich aussichtslos“ sein darf, als sehr niedrigschwellig; in Fallstudie Nr. 7 wurde die Eigenverwaltung insgesamt in Frage gestellt. Die Fallstudien machen auch deutlich, dass Schutzschirmverfahren als gut vorbereitete Verfahren sehr rei-

¹⁶⁸ DAV, Stellungnahme, S. 4, 7 f.

¹⁶⁹ ESUG: Erfahrungen, Probleme, Änderungsnotwendigkeiten, Thesenpapier des Gravenbrucher Kreis, Stand: Oktober 2015, S. 3.

¹⁷⁰ Entschließung der BAKInso-Jahrestagung 2014 unter 4.1.

¹⁷¹ ESUG 2.0, Deutschland als Sanierungsstandort weiter ausbauen, Positionspapier BV ESUG, S. 2.

bungslos verlaufen können (siehe Fallstudien Nr. 9 und 13), die Sanierung aber auch scheitern und das Verfahren mit Liquidation in Eigenverwaltung enden kann (Fallstudie Nr. 1).

7. Bewertung

Ob das Schutzschirmverfahren überhaupt neben § 270a InsO einen nennenswerten Platz hat, ist nach den Befragungsergebnissen zumindest etwas fraglich. Teilweise wird offenbar mehr auf § 270a InsO gesetzt und angenommen, man könne auch im Verfahren nach § 270a InsO ggf. einen wohlgesonnenen Sachwalter durchsetzen, die Anforderungen seien insgesamt geringer und es fielen auch keine Kosten für die Bescheinigung an.¹⁷²

Es wird darauf hingewiesen, dass § 270a InsO auch noch bei Zahlungsunfähigkeit initiiert werden kann.¹⁷³ Abgesehen von der nicht abschließend geklärten Frage der Masseverbindlichkeiten ergeben sich wenige Besonderheiten des Schutzschirmverfahrens.¹⁷⁴ Es ist allein schon wegen der Besonderheiten der Bescheinigung an anspruchsvollere Voraussetzungen geknüpft; mittels § 270a InsO kann aber ebenfalls die Eigenverwaltung erlangt werden, zumal die „offensichtliche Aussichtslosigkeit“ gleichfalls den Maßstab bildet.

Das wirft die Frage danach auf, ob einerseits der Mehrwert von § 270b InsO so groß ist, dass es dieses Verfahrens bedarf und andererseits, ob die Möglichkeit, sich unter Umständen trotz Nichterfüllung der Voraussetzungen des § 270b InsO noch in eine vorläufige Eigenverwaltung mit weitgehend gleichen Wirkungen unter erleichterten Voraussetzungen „retten“ zu können, nicht eher Missbrauchsstrategien fördert, also ob umgekehrt der Zugang zu § 270a InsO zu leicht ist.

Die Hinweise und die Befragungsergebnisse zeigen also im Kern zwei Probleme. Das erste ist der Umstand, dass möglicherweise der Mehrwert des § 270b InsO so gering ist, dass es im Ergebnis nicht erfolgreich ist. Anders formuliert war gerade das Schutzschirmverfahren ein Herzstück der ESUG-Reform, ihm wird aber – quantitativ betrachtet – durch die gewöhnliche vorläufige Eigenverwaltung der Schuldner abgekauft, gerade seit die Frage der Masseverbindlichkeiten (dazu unten IX.) in der Praxis zumindest beherrschbar ist.

Es droht also, dass bei § 270a InsO der Schutzschirm zum „Nulltarif“, d.h. unter weitaus geringeren Anforderungen, erreicht wird.¹⁷⁵

¹⁷² Berichtend *Pape*, ZIP 2013, 2265, 2268 f.

¹⁷³ *Paul/Rudow*, NZI 2016, 385, 386.

¹⁷⁴ *Schelo*, ZIP 2012, 712 ff.

¹⁷⁵ So plastisch *Nöll*, ZInsO 2013, 745, 751.

Dass die Anforderungen an das Schutzschirmverfahren hoch sind, erscheint im Gläubigerinteresse berechtigt, die geringe Nutzung und das Ausweichen auf § 270a InsO indiziert dann aber gerade, dass möglicherweise umgekehrt die Anforderungen an die gewöhnliche Eigenverwaltung unter Umständen zu gering sind, was durch gesteigerte Anforderungen an die Anordnungsvoraussetzungen geändert werden könnte. Jedenfalls kann es mitunter ein Problem sein, wenn Schuldner, die das anspruchsvollere Verfahren nach § 270b InsO mit der Bescheinigung nicht erzielen können oder bereits zahlungsunfähig sind, dann doch noch über § 270a InsO „belohnt“ werden können. Auch nach den Ergebnissen der Roland Berger/HgGUR-Studie 2016 wird die vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a InsO von den Gläubigern zunehmend kritisch beleuchtet.¹⁷⁶

Freilich muss man differenzieren, dass die Nichtnutzung des § 270b InsO mit der (mit Blick auf Inhalt und Tiefe noch nicht abschließend geklärten) Notwendigkeit einer Bescheinigung in manchen Fällen auch auf die Kosten zurückzuführen ist. Das gilt insbesondere für KMU, was insgesamt die Frage aufwirft, ob es Größendifferenzierungen geben sollte. Die Absenkung für kleinere Unternehmen kann indes wieder Missbrauch eher begünstigen, zumal solche Verfahren häufig nicht mit vergleichbarem Öffentlichkeitsdruck belegt werden wie die Insolvenz von Großunternehmen.

Der zweite Problemkreis betrifft die vom Gravenbrucher Kreis aufgeworfene Frage, ob das Gesetz hinreichend differenziert zwischen den Verfahren, in denen ein Schuldner vorausschauend, gut vorbereitet und mit Bedacht in eine Eigenverwaltung gehen möchte bei nur drohender Zahlungsunfähigkeit und folglich ohne zwingenden Antragsgrund, und den Verfahren, in denen der Schuldner bereits zahlungsunfähig ist.

Aus diesen Punkten ergeben sich folgende Handlungsoptionen:

Option 1: Der Gesetzgeber könnte stärker differenzieren und den Standard verschärfen für Fälle, in denen bereits eine Antragspflicht vorliegt. Es wäre allerdings darauf zu achten, dass insgesamt die Antragsverfahren nicht mit der Abgrenzung zwischen drohender und tatsächlicher Zahlungsunfähigkeit überlastet werden. Deshalb kann man alternativ auch indirekt ansetzen und die Anforderungen an die Antragstellung so erhöhen, dass indirekt ein Anreiz gesetzt wird, wohlvorbereitet und gut beraten die Eigenverwaltung zu beantragen. Dieser Ansatz ließe sich über die Notwendigkeit der Vorlage von Liquiditätsplänen oder haftungsbewehrte Erklärungen umsetzen. Man könnte insoweit auch die Darlegungslasten des

¹⁷⁶ Oben, 2.

Schuldners bei der Antragstellung präzisieren, so dass er die Sanierungsfähigkeit stärker plausibilisieren muss.¹⁷⁷

Die Nachteile liegen dann darin, dass die Antragstellung komplexer wird, was den Beratungsbedarf wieder erhöht; freilich könnte ein Schuldner im Zweifel auch im Regelverfahren kaum ohne Beratung den Antrag stellen.

Auch kann eine Situation eintreten, in der trotz Versäumung der Frist des § 270b InsO trotzdem die vorläufige Eigenverwaltung des § 270a InsO erhalten bleibt. Das ist deshalb problematisch, weil die Nichteinhaltung der Drei-Monats-Frist eigentlich als nachteilsindizierend zu werten sein könnte, und die Fristversäumung dann sanktionslos bleiben kann.

Option 2: Der Gesetzgeber könnte § 270a InsO und § 270b InsO zu einem einheitlichen Eröffnungsverfahren in Eigenverwaltungsfällen verschmelzen. Dies wäre insbesondere dann unproblematisch, wenn man den Zugang zur Eigenverwaltung auf Fälle beschränken will, die sich aufgrund einer guten Vorabstimmung mit allen Stakeholdern unzweifelhaft für diese Verfahrensart eignen (siehe oben II.7.f) – Option 5 – Anordnungsgründe). Alternativ wäre eine Verschmelzung auf dem Zugangsniveau des § 270a InsO möglich, aber angesichts der Ergebnisse der Befragung („keine vorläufige Eigenverwaltung im Zweifelsfall“) und der fehlenden Vertrauensgrundlage wohl nicht gewünscht.

Option 3: Hält der Gesetzgeber an der Wahlfreiheit zwischen § 270a InsO und § 270b InsO fest, so könnte er die Differenzierung anhand von Anordnungs- und Versagungsgründen (siehe oben I.7.f.) Option 4) aufnehmen. Eine vorbereitete Antragstellung (Anordnungsgrund) könnte dann – wie derzeit ein Schutzschirmantrag – zu einer privilegierten Eigenverwaltung führen, die aufgrund der vorhandenen Vertrauensgrundlagen nur von einem „schwachen“, aber unabhängigen Sachwalter begleitet wäre. So würde ein Anreiz zur frühzeitigen vorbereiteten Verfahrenseinleitung erhalten bleiben. Aus dem Schutzschirmverfahren, das eine Sanierungsplanung erst ermöglichen will, würde eine Verfahrensoption, die geplante Sanierungen (pre-packs) belohnt. Für Verfahren, die ohne Anordnungs- und Versagungsgrund beantragt werden, bliebe die vorläufige Eigenverwaltung mit „starkem vorläufigen Sachwalter“ als Vertrauensgarant, wenn man in solchen Graufällen überhaupt eine Eigenverwaltung zulassen will (also sich gegen die bei I.7. als Option 5 bezeichnete Lösung ausspricht). Auch bei Option 3 läge kein unvorbereitetes Schutzschirmverfahren vor, es wandelt sich zu einem strategischen Insolvenzverfahren. Dieses könnte ggf. neben einem präventiven Restrukturierungsverfahren bestehen, soweit denn die Eingriffsbefugnisse in beiden Verfahren unterschiedlich ausgestaltet werden. Will der Gesetzgeber dagegen die

¹⁷⁷ So auch *Henkel*, ZIP 2015, 561, 570.

oben zum Zugang zur Eigenverwaltung (I.7.f.) als (dort) Option 5 bezeichnete Lösung umsetzen, also die (vorläufige) Eigenverwaltung nur bei anspruchsvollen positiven Anordnungsgründen zulassen, in Graufällen aber nicht, so kann die (vorläufige) Sachwaltung auf eine schwache vorläufige Sachwaltung begrenzt sein, auch unter der Prämisse eines Festhaltens an der Zweiteilung von § 270a InsO und § 270b InsO.

8. Empfehlung

Das Schutzschirmverfahren hat die Erwartungen nicht erfüllt. Es empfiehlt sich, auf das Schutzschirmverfahren im Sinne der Optionen 2 oder 3 zu verzichten. Dabei spricht viel für die Option 2, d.h. die Verschmelzung des § 270a InsO-Verfahrens und des § 270b InsO-Verfahrens, wenn man die Zugangsvoraussetzungen zur Eigenverwaltung und damit auch zu § 270a InsO generell erhöht.

V. Anforderungen an das Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO)

Der folgende Abschnitt beleuchtet spezifisch die Anforderungen an das Schutzschirmverfahren, wenn der Gesetzgeber an dem Verfahren entgegen dem hier gemachten Vorschlag einer Verschmelzung mit einem anspruchsvoller ausgestalteten § 270a InsO-Verfahren grundsätzlich festhalten will.

1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung

Die Befragung hat einzelne Aspekte des Schutzschirmverfahrens abgefragt, im Übrigen ergibt sich die Bewertung aus den allgemeinen Bewertungen zum ESUG und zur Eigenverwaltung. Bei der Aussage, dass die Anforderungen an die Bescheinigung und den „Bescheiniger“ ausreichend normiert sind, ergibt sich ein Mittelwert von 2,37 bei unauffälliger Varianz. Die Aussage, dass die Bescheinigung keine taugliche Verfahrensgrundlage sei, unterstützen die Befragten mit leichter Mehrheit (M = 2,63).

Der Aussage, dass die Möglichkeit, den vorläufigen Sachwalter mitzubringen, von entscheidender Bedeutung für die Wahl des Verfahrens war, wird mit einem Mittelwert von 2,89 zugestimmt bei unauffälliger Varianz von 0,85. Der Aussage, dass diese Möglichkeit sinnvoll und wichtig ist, wird mit einem Mittelwert von 2,62 zugestimmt, allerdings bei breiter Streuung (SD = 0,98). Dieser Aussage stimmen vor allem mit hohem Wert die Steuerberater und Betriebswirte zu (M = 2,98), dagegen auffallend wenig die befragten Richter (M = 1,97). Die Schuldnerberater und Sanierungsgeschäftsführer und Geschäftsleiter stimmen der Aussage besonders zu, was wenig überrascht (M = 3,10 und 3,06).

2. Sonstige ESUG-Studien

In der Roland Berger/HgGUR-Studie 2016 wird eine abnehmende Einschätzung der Rechtsunsicherheit des Schutzschirmverfahrens konstatiert; eine Zunahme der Rechtsunsicherheit wird für den Bereich des vorläufigen Gläubigerausschusses angenommen.¹⁷⁸ In der Studie vom Januar 2018 wird von 57% der dort Befragten ein weiterer Standardisierungsbedarf hinsichtlich der Prüfungsintensität zu den Sanierungsaussichten bei der Bescheinigung nach § 270b InsO angenommen.¹⁷⁹

3. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat zu speziellen Fragen, insbesondere zur Begründung von Masseverbindlichkeiten Stellung genommen (dazu unter IX.).¹⁸⁰

Das AG Charlottenburg hat angenommen, dass das Gericht von der Richtigkeit der Bescheinigung ausgehen darf, weil das Verfahren sonst keinen Beschleunigungseffekt hätte.¹⁸¹

Das AG München geht davon aus, dass an die Person des Bescheinigers keine geringeren Anforderungen als an einen Insolvenzverwalter zu stellen seien; der Bescheiniger müsse also, auch wenn § 270b InsO dies nicht explizit voraussetze, unabhängig vom Schuldner sein.¹⁸²

4. Literatur

In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass wichtige Fragen der Bescheinigung nicht geklärt seien. Es wird angenommen, dass auch juristische Personen Bescheiniger sein können.¹⁸³ Das Merkmal der Unabhängigkeit wird mehrheitlich nicht verlangt und damit der Auffassung des AG München entgegnet.¹⁸⁴

Was die inhaltliche Anforderungen an die Bescheinigung angeht, so herrscht eine gewisse Unklarheit über die Substantiierungstiefe; jedenfalls habe die Bescheinigung weniger tief-

¹⁷⁸ Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2016, S. 23.

¹⁷⁹ Roland Berger/HgGUR, 5 Jahre ESUG – eine Bestandsaufnahme, S. 26.

¹⁸⁰ BGH, 18.6.2016 – IX ZR 114/15, DStR 2016, 2050.

¹⁸¹ AG Charlottenburg, 15.1.2014 – 36s IN 2196/13, BeckRS 2014, 14998.

¹⁸² AG München, 29.3.2012 – 1507 IN 1125/12, NZI 2012, 566.

¹⁸³ Dazu *Schröder/Schulz*, ZIP 2017, 1096 f.

¹⁸⁴ *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 399; *Schmidt/Linker*, ZIP 2012, 963, 964; *Schröder/Schulz*, ZIP 2017, 1096, 1102; *Kern*, in: MünchKommInsO, § 270b Rn. 55 f.

gehend als ein umfangreiches Eröffnungsgutachten zu erfolgen.¹⁸⁵ Die Einhaltung von Regeln des IDW wird ganz überwiegend nicht verlangt.¹⁸⁶ Teils wird angenommen, der Aussteller müsse die Insolvenzgründe nach denselben Maßstäben und mit derselben Sorgfalt prüfen, als wäre er vom Gericht als Sachverständiger beauftragt worden¹⁸⁷; andere meinen, damit werde der Sorgfaltsmaßstab übertrieben.¹⁸⁸ Diskutiert wird auch, unter welchen Voraussetzungen der Bescheiniger haftet.¹⁸⁹ Auch wird vertreten, das Gericht dürfe und müsse nur eine eingeschränkte Prüfung der inhaltlichen Richtigkeit der Bescheinigung im Sinne einer Plausibilitätskontrolle vornehmen.¹⁹⁰

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Der DAV¹⁹¹ äußert sich nicht spezifisch zu den Zugangsanforderungen beim Schutzschirmverfahren, meint aber, das „Schutzschirmverfahren“ des § 270b InsO werde den mit der Neuschaffung des Verfahrens verbundenen Erwartungen jedenfalls dann gerecht, wenn der Schuldner durch qualifizierte Berater begleitet wurde. Nicht zuletzt infolge der durch das Verfahren den Altgesellchaftern bzw. den Leitungsorganen gegebenen erweiterten Möglichkeiten der Verfahrensgestaltung und -lenkung sei in der Praxis eine spürbar frühere – wenngleich bei weitem nicht regelmäßig rechtzeitige – Stellung von Insolvenzanträgen feststellbar.

Eine Missbrauchsgefahr sei insbesondere bei Verfahren nach § 270b InsO feststellbar, bei denen die Schwellenwerte des § 22a Abs. 1 InsO für einen obligatorischen vorläufigen Gläubigerausschuss nicht erreicht werden und bei denen mangels eines Antrags kein Gläubigerausschuss bestellt wurde.

Der Gravenbrucher Kreis will die Anforderungen an die Eigenverwaltung einschließlich des Schutzschirmverfahrens ergänzen.¹⁹² Um den Schuldner, der unvollständige und/oder unrichtige Angaben hinsichtlich seiner wesentlichen Gläubiger bzw. seiner Unternehmensgröße macht und auf diese Weise eine Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung über die

¹⁸⁵ Kern, in: MünchKommInsO, § 270b Rn. 65 m. w. Nachw.

¹⁸⁶ Zipperer/Vallender, NZI 2012, 729, 733 m. w. Nachw.

¹⁸⁷ Brinkmann, DB 2012, 1313, 1316.

¹⁸⁸ Zipperer/Vallender, NZI 2012, 729, 732.

¹⁸⁹ Brinkmann, DB 2012, 1313; siehe auch Landfermann, WM 2012, 869, 873; Knöpnadel, AnwBl. 2012, 550, 551; Zipperer/Vallender, NZI 2012, 729, 734 f.; Römermann, NJW 2012, 645, 650.

¹⁹⁰ Hofmann, Eigenverwaltung, Rn. 404.

¹⁹¹ DAV, Stellungnahme, S. 7.

¹⁹² ESUG: Erfahrungen, Probleme, Änderungsnotwendigkeiten, Thesenpapier des Gravenbrucher Kreis, Stand: Oktober 2015, S. 5, 7.

Köpfe der – ohne sachlichen Grund – nicht benannten Gläubiger hinweg erwirkt, disziplinieren zu können, empfehle sich überdies eine Sanktion, die auf die zwingende Ablehnung des Antrags auf Anordnung der Eigenverwaltung gerichtet ist. Der Gravenbrucher Kreis hat dazu einen Änderungsvorschlag zu § 270b InsO gemacht. Eine darüber hinausgehende Haftungsnorm empfehle sich dagegen nicht. Ein sachlicher Grund für die Nichteinbindung eines Gläubigers bei Antragstellung könne beispielsweise darin zu sehen sein, dass der Gläubiger, der vom Schuldner nicht benannt wird, die Sanierung zulasten der übrigen Gläubiger fortgesetzt zu vereiteln versucht.

Der AsJ weist darauf hin, dass es trotz bescheinigter Sanierungsfähigkeit häufig noch während des Schutzschirm-Eröffnungsverfahrens zur Einstellung des Geschäftsbetriebs komme, was angesichts der eindeutigen Ausrichtung auf die Sanierung dem gesetzgeberischen Ziel widerspreche.¹⁹³

6. Fallstudien

In Fallstudie Nr. 11 wurde die Frage diskutiert, ob das Gericht die Richtigkeit der Bescheinigung (mittels Sachverständigen) prüfen darf und ob die Erkenntnis, dass die Bescheinigung auf Grundlage falscher Informationen erstellt worden war, analog § 270b Abs. 4 Nr. 1 InsO zur Aufhebung der Eigenverwaltung führen könne. Fallstudie Nr. 1 offenbart die geringen Anforderungen des § 270b InsO daran, dass die angestrebte Sanierung „nicht offensichtlich aussichtslos“ sein darf.

7. Bewertung

Was die Bescheinigung angeht, so darf die Frage der Haftung nicht überbewertet werden und kann ggf. auch der Klärung der Rechtsprechung überlassen werden. Jedenfalls dann, wenn der Gesetzgeber an einer eingeschränkten Prüfung der Bescheinigung festhält, ist allerdings eine Haftungsandrohung wünschenswert, weil sie zu mehr Sorgfalt anmahnt. Freilich sind mit weiteren Sorgfaltsanforderungen weitere Kosten verbunden. Möglicherweise wird der Bescheinigung damit auch eine Rolle beigemessen, die sie von vornherein nur bedingt erfüllen kann. Eine gesetzliche Klarstellung der Haftung kann wünschenswert sein, ist aber nicht prioritär. Wichtiger erschiene es – wie die Fallstudie zeigt – klarzustellen, inwieweit die Bescheinigung inhaltlich überprüfbar ist oder ob es sich um eine eher formale Voraussetzung handelt.

¹⁹³ Stellungnahme zur ESUG-Evaluation, Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen und Juristinnen (AsJ) – Arbeitskreis Insolvenzrecht, ZInsO 2017, 2536.

Letztlich geht es eher um die Grundfrage, wie anspruchsvoll der Zugang zum Schutzschirmverfahren sein soll. Sind die Anforderungen u.a. an die Bescheinigung hoch, wird das Verfahren für einige Unternehmen abgeschnitten, jedenfalls aber verteuert. Das muss indes nicht schlimm sein, weil dann ein strategisch-missbräuchlicher Zugang verhindert wird.

Ist die Anforderung zu lax, kann auch von nicht eigenverwaltungstauglichen Schuldern noch versucht werden, von der vorläufigen Eigenverwaltung Gebrauch zu machen, mit den bereits beschriebenen Folgen für das allgemeine Vertrauen in das Verfahren, wenn daraufhin ein Wechsel in ein Regelverfahren erforderlich wird.

Was die Unabhängigkeit des Bescheinigers angeht, so ist zu berücksichtigen, dass die Auswahl eines unabhängigen Bescheinigers einen zusätzlichen Aufwand an Zeit und Kosten bedeutet, was vor allem für den Zugang von KMU zum Schutzschirmverfahren relevant ist. Ein unabhängiger Bescheiniger muss sich erst einarbeiten. Das Gericht muss sodann die Unabhängigkeit konkret prüfen. Das Gesetz sieht in § 270 Abs. 2 Satz 1 InsO jedenfalls anders als bei § 56 InsO die Unabhängigkeit nicht vor, sondern lediglich die Personenverschiedenheit vom vorläufigen Sachwalter. Andererseits wird die Gefahr von Gefälligkeitsbescheinigungen vermindert.

Im Ergebnis erscheint wiederum das Grundproblem vor allem die inhaltliche Anforderung an die Bescheinigung und die notwendige Kontrolldichte. Problematisch ist freilich auch insoweit, dass es unterschiedliche Gepflogenheiten bei den Gerichten hinsichtlich der weiteren Prüfung der Bescheinigung geben könnte und dürfte.

Tatsächlich kann die Prüfung der Unabhängigkeit des Bescheinigers laxer ausfallen, je mehr die Gerichte die Bescheinigung inhaltlich nachprüfen müssen. Die Nachprüfung aber ist wiederum mit Nachteilen und Verzögerungen verbunden und auch von den Gerichten mangels hinreichenden Sachverständnisses nicht zu leisten. Umgekehrt kann die Unabhängigkeit des Bescheinigers einfacher geprüft werden als die inhaltliche Richtigkeit der Bescheinigung.

Daher mag es durchaus sinnvoll sein, die Unabhängigkeit des Bescheinigers zu verlangen. Da das AG München hierzu bereits judiziert hat, ist eine gesetzliche Klarstellung zwar möglicherweise wünschenswert, aber nicht zwingend erforderlich.

Bei der Drei-Monats-Frist könnte eine Verlängerung der Frist weitere Unsicherheiten einziehen. Außerdem kann die Drei-Monats-Frist dafür sorgen, dass nur wohlvorbereitete Anträge, in denen die Planperspektive bereits vorbereitet ist, zum Schutzschirmverfahren führen; anders formuliert gibt die kurze Frist die passenden Anreize, dass schlecht vorbereitete Schuldner, bei denen ein Insolvenzplan nicht innerhalb von drei Monaten realisierbar erscheint, nicht in den Genuss des Schutzschirmverfahrens kommen.

8. Empfehlung

Bei Festhalten am Schutzschirmverfahren erscheint eine Klarstellung der Anforderungen an die Bescheinigung sinnvoll, aber nicht prioritär gegenüber der grundsätzlichen Klärung der Anforderungen an den Zugang zu der (vorläufigen) Eigenverwaltung.

VI. Die Aufhebung der Eigenverwaltung und Wechsel von der Eigenverwaltung ins Regel(eröffnungs)verfahren

Eine weitere im Fragebogen angesprochene Thematik betrifft die Aufhebung der Eigenverwaltung und, damit zusammenhängend, die Nachteilsanzeige (dazu unten VII.).

1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung

Mit hoher Zustimmung sprechen sich die Befragten dafür aus (M = 3,19), dass es klar definierte Gründe geben sollte, bei deren Vorliegen die Eigenverwaltung nicht anzuordnen bzw. aufzuheben ist. Dieses Befragungsergebnis steht im Zusammenhang mit der vorrangigen Frage der Anordnung der Eigenverwaltung.

Die im Abschnitt 1 des Berichts ausgewiesenen Zahlen zur allgemeinen Statistik zeigen deutlich, dass es eine hohe Quote von Verfahren gibt, die in irgendeinem Stadium in ein Regelverfahren übergehen. Zudem werden auch im Fall einer vorläufigen Eigenverwaltung viele Verfahren bereits in ein Regeleröffnungsverfahren überführt. Da Anordnungen im Schutzschirmverfahren häufig nicht veröffentlicht werden, sind manche Eröffnungsverfahren des § 270b InsO nicht erfasst.

Sehr auffällig ist auch, dass alle Befragtengruppen mit einem Mittelwert von > 2,50 der Aussage zustimmen, dass die Aufhebung der Eigenverwaltung erleichtert werden sollte, vor allem aber die Befragten aus dem Bankenbereich und aus der Finanzverwaltung (M = 3,13 und 3,17) und generell die Gläubiger (M = 3,05).

2. Sonstige ESUG-Studien

Die BCG-Studie weist darauf hin, dass im dort betrachteten Fünf-Jahres-Zeitraum 22% der als Eigenverwaltung eröffneten Verfahren später ins Regelverfahren wechseln.¹⁹⁴ Unter

¹⁹⁴ BCG-Studie, Fünf Jahre ESUG, Wesentliche Ziele erreicht, S. 9.

Berücksichtigung der Übergänge während des Eröffnungsverfahrens wird in der BCG-Studie 2017¹⁹⁵ ein Wechsel ins Regel(eröffnungs)verfahren von ca. 41 % ausgemacht.

3. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat in einigen Fällen unter Hinweis auf entsprechende Nachteile die Eigenverwaltung aufgehoben¹⁹⁶, teilweise aber auch Aufhebungsanträge als nicht hinreichend substantiiert abgelehnt.¹⁹⁷

Darüber hinaus wurde, wie die Studien und die Zahlen zeigen, vielfach der vorläufige Sachwalter durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter ersetzt, also in das Regeleröffnungsverfahren gewechselt, weil die maßgeblichen Gläubiger das Vertrauen in die Geschäftsleitung verloren hatten. Veröffentlichte Entscheidungen sind freilich eher selten.¹⁹⁸

Im Schutzschirmverfahren führt die Versäumung der Drei-Monats-Frist automatisch zur Beendigung des § 270b InsO-Verfahrens und dann in eine Prüfung der Fortführung als § 270a InsO-Verfahren¹⁹⁹, allerdings kann die Nichtvorlage des Plans eine Gläubigerbenachteiligung indizieren.²⁰⁰

4. Literatur

In der Literatur ist zunehmend auf die hohe Abbruchquote bzw. den häufigen Übergang von der (vorläufigen) Eigenverwaltung in ein Regelverfahren hingewiesen worden. Wie auch in den Verbandsstellungen deutlich wird, werden verschiedene Gründe für diese Entwicklung ausgemacht. So wird darauf hingewiesen, dass Mitnahmeeffekte hinsichtlich des Insolvenzgeldes eintreten können²⁰¹, die Liquidität also für drei Monate entlastet wird, dann aber mangels hinreichend harter operativer Sanierung eine übertragende Sanierung (d.h. eine Liquidation) unausweichlich wird, m.a.W. die unausweichliche Folge nur hinausgezögert wird, etwa um noch den Mandanten im Gebühreninteresse eine Zeit lang am Leben zu erhalten. Es sei üblich, dass Berater ihre Honorare aus dem positiven Liquiditätseffekt schöpfen, den die Vorfinanzierung der Insolvenzgeldansprüche ergibt. Scheitert die Sanierungskon-

¹⁹⁵ BCG-Studie, Fünf Jahre ESUG, Wesentliche Ziele erreicht, S. 9.

¹⁹⁶ So AG Köln, 15.12.2014 – 74 IN 152/12, NZI 2015, 282.

¹⁹⁷ So schon LG Potsdam, 16.5.2001 – 5 T 239/00, ZIP 2001, 1689.

¹⁹⁸ LG Halle, 14.11.2014 – 3 T 86/14, NZI 2014, 1050. Zur Vergütung AG Ludwigshafen, 22.7.2015 – 3b IN 414/14, ZInsO 2015, 1639.

¹⁹⁹ So AG Ludwigshafen, 10.4.2015 – 3f IN 27/14, NZI 2015, 469.

²⁰⁰ So *Fiebig*, in: *HambKomm*, § 270 Rn. 21.

²⁰¹ Vgl. *Haarmeyer/Mock*, *InsVV*, § 11 Rn. 112.

zept, weil es beispielsweise auf eine rein finanzwirtschaftliche Sanierung ausgelegt ist, und sei ein tragfähiges leistungswirtschaftliches Konzept nicht vorhanden, so führe dies in aller Regel zur Masseunzulänglichkeit im eröffneten Verfahren. Es handele sich dabei um eine Liquidationsverschleppung zulasten der Insolvenz- und zumeist auch der Massegläubiger, insbesondere der Arbeitnehmer.²⁰²

Außerdem kann teilweise die Frist für die Vorlage des Insolvenzplans bei § 270b InsO schwierig sein.²⁰³ Manche Schuldner seien nicht geeignet und es fehle das Gläubigervertrauen und/oder der angestrebte Sanierungsplan gehe nicht auf.

Auch auf steuerliche Einflüsse wird hingewiesen.²⁰⁴ So wird teilweise darauf hingewiesen, dass der Weg über die vorläufige Eigenverwaltung gewählt werde, weil nach bisheriger Rechtslage § 55 Abs. 4 InsO in der Eigenverwaltung nicht gilt, so dass die Steuerverbindlichkeiten aus dem Eröffnungsverfahren nicht zu Masseverbindlichkeiten hochgestuft werden.²⁰⁵

Es ist auch darauf hingewiesen worden, dass das Schutzschirmverfahren des § 270b InsO wegen der Rechtsschutzmöglichkeit des § 270b Abs. 4 InsO „fragiler“ sei als eine gewöhnliche vorläufige Eigenverwaltung (§ 270a InsO).

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Der Gravenbrucher Kreis²⁰⁶ will die Aufhebung der Eigenverwaltung erleichtern. Er schlägt eine Änderung des § 272 InsO vor. § 272 Abs. 1 InsO sollte dahingehend ergänzt werden, dass die Anordnung der Eigenverwaltung ferner aufgehoben wird, wenn dies vom Sachwalter beantragt wird und der Gläubigerausschuss diesem Antrag zugestimmt hat.

Der DAV²⁰⁷ will die Nachteilsanzeigepflicht der Gläubigerausschussmitglieder einführen und damit mittelbar bei gläubigerbenachteiligenden Verhaltensweisen auch die Aufhebung der Eigenverwaltung erleichtern.

²⁰² Hammes, NZI 2017, 233, 239.

²⁰³ Hölzle, ZIP 2012, 855 f. Vgl. Pape, ZIP 2013, 2285, 2289.

²⁰⁴ Dazu allgemein Freidonk/Meuthen/Eickmann, WPg 2017, 786.

²⁰⁵ Vgl. Hobelsberger, DStR 2013, 2545.

²⁰⁶ ESUG: Erfahrungen, Probleme, Änderungsnotwendigkeiten, Thesenpapier des Gravenbrucher Kreis, Stand: Oktober 2015, S. 8.

²⁰⁷ DAV, Stellungnahme, S. 11.

Der AsJ weist darauf hin, dass in der Eigenverwaltung häufig doch nur ein asset deal vorgenommen werde, der letztlich auch im Regelverfahren erfolgen könne.²⁰⁸

6. Fallstudien

In Fallstudie Nr. 2 scheiterte ein Eigenverwaltungsantrag, weil ein maßgeblicher Gläubiger eine Schutzschrift eingereicht hatte, nachdem in Parallelverfahren die Eigenverwaltung erst nachträglich aufgeboben worden war.

In Fallstudie Nr. 4 wurde die Eigenverwaltung so lange aufrechterhalten, wie der Gläubigerausschuss einstimmig dafür votierte. Nachdem ein weiterer Gläubiger in den Ausschuss aufgenommen wurde, entfiel die Einstimmigkeit und das Gericht eröffnete das Verfahren als Regelverfahren unter Zurückweisung des Eigenverwaltungsantrags.

In Fallstudie Nr. 11 wurde der Eigenverwaltungsantrag zurückgenommen, nachdem der vom Gericht eingesetzte Sachverständige gläubigerbenachteiligende Verhaltensweisen und Umstände festgestellt hatte.

In Fallstudie Nr. 7 hat es der vorläufige Gläubigerausschuss erreicht, in einem Streit über zwei Instanzen hinweg die vorläufige Eigenverwaltung im Wege der Bestellung eines starken vorläufigen Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht zu beenden. Dabei erwies es sich als problematisch und daher Unsicherheit erzeugend, dass der vorläufige Gläubigerausschuss zwar befugt ist, der Eigenverwaltung jederzeit seine Unterstützung zu entziehen. Der Gesetzgeber hat die Folgen eines entsprechenden Beschlusses aber nur für das Schutzschirmverfahren (Aufhebungsgrund) und die Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren (irrelevant) eindeutig und jeweils unterschiedlich geregelt. Unklar war daher, ob bei Verfahren nach § 270a InsO ein drittes Regelungsregime (§ 21 InsO) hinzutritt (wie es die dortigen Gerichte angenommen haben, ohne dass der BGH sie kritisiert hat) oder aber eine Analogie zu § 270b Abs. 4 Nr. 2 InsO möglich ist, die dazu führt, dass das Gericht bei allen Formen der vorläufigen Eigenverwaltung diese aufgrund des Beschlusses aufzuheben hat, ohne dass es noch der Prüfung von Nachteilen bedarf. Alternativ wäre es auch denkbar, analog § 272 InsO das Votum des Ausschusses für irrelevant zu halten.

7. Bewertung

Bei der Bewertung ist zu berücksichtigen, dass asset deals (übertragende Sanierungen) in der Eigenverwaltung möglich sind, nach deren Durchführung aber kein großes Interesse der bisherigen Geschäftsführung besteht, die Restabwicklung des Verfahrens über den ver-

²⁰⁸ Stellungnahme zur ESUG-Evaluation, Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen und Juristinnen (AsJ) – Arbeitskreis Insolvenzrecht, ZInsO 2017, 2536, 2537.

mögenslosen Rechtsträger vorzunehmen, so dass dann mit Mehrkosten noch ein Insolvenzverwalter eingesetzt werden muss. Das führt zu einer Aufhebung der Eigenverwaltung und zu einer erneut kostenträchtigen Einsetzung eines „Restinsolvenzverwalters“.

Da ein asset deal auch im Regelverfahren möglich gewesen wäre, erweist sich in diesem Fall die Eigenverwaltung jedenfalls aus ex post-Sicht als überflüssig. Es ist fraglich, ob es das gesetzgeberische Ziel des ESUG gewesen ist, dass eine Eigenverwaltung auch möglich sein soll, wenn sie keine Rechtsträgersanierung bedeutet und wenn letztlich doch irgendwann eine Regelinsolvenz erfolgt. Es erscheint auch fragwürdig, dass eine eigenverwaltende Schuldnerin die insolvenzrechtlichen Pflichten nach Verkauf der assets „abstreifen“ kann; das erscheint zwar in der Sache alternativlos, wirft aber umso mehr die Frage auf, ob die Eigenverwaltung auch dann angeordnet werden sollte, wenn es an einem klaren Konzept einer operativen Rechtsträgersanierung fehlt.

Es ist nicht per se problematisch, wenn eine Sanierung aus vom Unternehmen nicht beeinflussbaren Gründen scheitert, weil Sanierung immer auch eine Gratwanderung ist. Dennoch ist nicht zu verkennen, dass auch in Eigenverwaltungsverfahren Fehlanreize zum Tragen kommen können. Die steuerlichen Vorteile können einen Anreiz geben, das Verfahren der Eigenverwaltung auch in Fällen anzustreben, in denen im Interesse der Gesamtgläubigerschaft eine Regelinsolvenzverwaltung sinnvoller wäre. Zwar könnte man die hohe Abbruchquote als Indiz dafür heranziehen, dass die Sicherungsmechanismen des Gesetzes im Gläubigerinteresse greifen. Indes kann die hohe Abbruchquote insgesamt eine Unsicherheit und fehlende Stabilität des Verfahrens begründen und das Vertrauen in die Eigenverwaltung schwächen. Daher sollte tendenziell die Eingangskontrolle stärker sein, weil dann die Notwendigkeit für den Abbruch des Verfahrens und die damit verbundenen Disruptionen vermindert ist (dazu bereits eingehend oben II.).

In den Fällen einer Aufhebung der Eigenverwaltung und eines Wechsels in Regelverfahren wird häufig der (vorläufige) Sachwalter zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter bestellt, was zumindest nicht unproblematisch ist.²⁰⁹ Insoweit sollte es zumindest vermieden werden, über den „mitgebrachten Sachwalter“ bei § 270b InsO die Insolvenzverwalterauswahl mittelbar zu steuern. Unsere Empfehlungen würden diesen Konflikt gar nicht erst entstehen lassen (siehe oben IV. – kein § 270b InsO).

Die hohen Abbruchquoten könnten auch darauf hindeuten, dass die Gläubiger noch kein volles Vertrauen in das Eigenverwaltungsverfahren entwickelt haben. Die Befragungsergebnisse und die verschiedenen Stellungnahmen zeigen, dass gewisse Fehlanreize bestehen

²⁰⁹ Zipperer, in: Uhlenbruck, § 272 Rn. 8.

und möglicherweise manche Verfahren in der Eigenverwaltung landen, die dafür nicht geeignet sind. Diese früher herauszufiltern, wäre im Interesse des Vertrauens in die Eigenverwaltung im institutionellen Sinne sinnvoll. Dafür bietet sich, wie angesprochen, eine stärkere Konturierung der Zugangsvoraussetzungen an.

Was das Schutzschirmverfahren angeht, so können weder der Sachwalter noch der vom Gericht bestellte Sachverständige die Aufhebung der Eigenverwaltung beantragen, weil § 270b Abs. 4 InsO dies nicht vorsieht. Das erhöht die Planbarkeit für die Schuldnerin ex ante, kann allerdings für die Interessen der Gläubigersamtheit misslich sein. Hier ist grundsätzlich zu klären, ob es einer solch starken Absicherung bedarf.

Insgesamt erscheint es sinnvoll, die in § 270b Abs. 4 InsO für das Schutzschirmverfahren geregelte Aufhebung und die allgemeine Aufhebungsregelung in § 272 InsO zu einem einzigen Tatbestand der Aufhebung zu verschmelzen, und zwar auch dann, wenn der Gesetzgeber entgegen dem hier gemachten Vorschlag an dem Schutzschirmverfahren als eigenständigem Verfahren festhält. Die Aufhebungsgründe sollten klar definiert sein. Das Gericht sollte von Amts wegen zur Aufhebung befugt sein, wenn ein entsprechender Grund vorliegt, der zur Versagung des Eigenverwaltungsantrags führen würde. Neben dem Schuldner sollte auch der Sachwalter antragsberechtigt sein ebenso wie einzelne Gläubiger, bei denen allerdings eine entsprechende Glaubhaftmachung des drohenden Nachteils erforderlich wäre.

8. Empfehlung

Die Frage der Aufhebung der Eigenverwaltung sollte bereits dadurch entschärft werden, dass schon der Zugang gesetzlich klarer definiert wird (dazu oben II.). Zudem ist zu beantworten, ob der Sachwalter in stärkerem Maße als über eine ggf. folgenlose Nachteilsanzeige (dazu sogleich unter VII.) auf eine Aufhebung der Eigenverwaltung hinwirken kann. Insgesamt erscheint es sinnvoll, die in § 270b Abs. 4 InsO für das Schutzschirmverfahren geregelte Aufhebung und die allgemeine Aufhebungsregelung in § 272 InsO zu einem einzigen Tatbestand der Aufhebung mit klar definierten Aufhebungsgründen zu verschmelzen.

VII. Die Nachteilsanzeige nach § 274 Abs. 3 InsO

Im Kontext der Aufhebung der Eigenverwaltung ist speziell auf die Frage der Nachteilsanzeige einzugehen, weil danach in der Befragung ausdrücklich gefragt war.

1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung

In der Befragung wurde der Aussage, dass der Sachwalter Nachteile dem Gericht nicht angezeigt hat, nur mit einem unterdurchschnittlichen Mittelwert ($M = 2,13$) zugestimmt, allerdings bei erhöhter Varianz ($SD = 0,96$). Die befragten Richter haben allerdings nur mit einem Wert von 2,01 bzw. 2,08 zugestimmt, was freilich damit zu erklären sein dürfte, dass die Gerichte tendenziell solche Nachteile gar nicht erkennen, wenn sie nicht angezeigt worden sind.

2. Sonstige ESUG-Studien

Die Frage wurde in anderen ESUG-Studien, soweit ersichtlich, nicht thematisiert.

3. Rechtsprechung

Rechtsprechung zu der Frage ist nicht ersichtlich.

4. Literatur

In der Literatur zu § 274 Abs. 3 InsO wird bemerkt, dass die Nachteilsanzeige nur ultima ratio sei, also nur bei schwerwiegenden Gefahren einer Gläubigerbenachteiligung davon Gebrauch gemacht werden dürfe.²¹⁰

In der Literatur ist darauf hingewiesen worden, dass die Nachteilsanzeige die einzige Sanktionsdrohung sei, die der Sachwalter habe. Ein eigenes Recht auf Aufhebung der Eigenverwaltung hat er ebenso wenig wie ein Antragsrecht im Falle des § 277 InsO.²¹¹ Es wird außerdem die allgemeine Anreizverzerrung beklagt, die sich ergeben kann, wenn der Sachwalter auf die Belange des Schuldners bzw. der Organe des Schuldners und deren Berater Rücksicht nimmt und Rücksicht nehmen muss. Daher werde von der Nachteilsanzeige nicht immer Gebrauch gemacht, obwohl es im gegebenen Fall angezeigt sein mag.²¹²

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Die Stellungnahme des DAV²¹³ schlägt vor, dass jedem Mitglied des Gläubigerausschusses ausdrücklich die Pflicht auferlegt werden sollte, es dem Insolvenzgericht anzuzeigen, falls ihm Umstände bekannt werden, die Masseschmälerungen und dadurch die Benachteiligung der Gläubigergesamtheit befürchten lassen.

²¹⁰ Hofmann, Eigenverwaltung, Rn. 283.

²¹¹ Vgl. Frind, ZIP 2017, 993, 995.

²¹² Gruber, NJW 2013, 584, 585.

²¹³ DAV, Stellungnahme, S. 11.

6. Fallstudien

In den hier untersuchten Fällen ist eine ausdrückliche Nachteilsanzeige durch den Sachwalter nicht erfolgt. In einigen Fällen erfolgte aber von anderer Seite der Hinweis auf gläubigerbenachteiligende Umstände (siehe z.B. Fallstudie Nr. 14).

7. Bewertung

Die Befragungsergebnisse sind schwer zu interpretieren. Sie könnten auch angesichts der höheren Varianz darauf hindeuten, dass es bestimmte Fälle gibt, in denen von der Nachteilsanzeige kein Gebrauch gemacht wurde. Indes ist es oft schwer zu definieren, wann ein nachteilsbegründender und anzeigepflichtiger Umstand vorliegt. Eine massenhafte Nichtbeachtung des § 274 Abs. 3 InsO lässt sich aus der Befragung jedenfalls nicht ableiten. Möglicherweise sind in manchen Verfahren die Dinge auch anders gelöst worden oder es kam aus anderen Gründen zu einer Aufhebung der Eigenverwaltung.

Erkennbar ist jedenfalls, dass das Instrument der Nachteilsanzeige an Anreizverzerrungen leiden kann, wenn der Sachwalter mit Rücksicht auf künftige Bestimmungsvorschläge und aus Reputationsgründen zurückhaltend sein muss. Je zurückhaltender die Nachteilsanzeige durch Sachwalter und Gerichte gehandhabt wird, desto geringer ist der Anreiz für den Schuldner, die eigenverwaltungsspezifischen Pflichten einzuhalten und im Interesse aller Gläubiger zu handeln.

Eine stärkere Verlagerung der Aufsicht und Anzeige auf die Gläubigerausschussmitglieder könnte die Verantwortlichkeit der Mitglieder für das Gesamtgläubigerinteresse stärken und würde die Anreizverzerrungen lösen, müsste aber mit den dadurch steigenden Haftungsrisiken und der Rückwirkung auf die Bereitschaft zur Mitwirkung abgewogen werden; es bleibt zudem das praktisch nur schwer lösbare Problem, dass „family&friends“-Ausschüsse geschaffen werden können. Die Frage kann nur im Kontext der Regelungen zu den Gläubigerausschüssen insgesamt gelöst werden.

Vorzugswürdiger erscheint es daher, im Einklang mit einer Konkretisierung des Nachteilsbegriffs in § 270 InsO auch die anzeigepflichtigen Umstände in § 274 Abs. 3 InsO zu benennen. Dann ließen sich derartige Umstände auch weniger leicht ignorieren. Würde man zudem (wie unter III. als Option benannt) die Auswahl des Sachwalters wieder verstärkt in die Hände des Gerichts geben, könnten sich bestehende Fehlanreize auflösen, allerdings um den Preis einer wieder stärkeren Uneinheitlichkeit der Praxis angesichts der Vielzahl von Insolvenzgerichten.

8. Empfehlung

Das Problem der ungenutzten Nachteilsanzeige sollte durch eine Konkretisierung des Nachteilsbegriffs und damit im Einklang mit den zu § 270 InsO empfohlenen Reformschritten gelöst werden. Daneben könnten Fehlanreize im Zuge einer allgemeinen Auflösung der Anreizverzerrungen im Geflecht der beteiligten Personen angegangen werden. Soweit ein nur punktuell eingreifen für rechtspolitisch erwünscht erachtet wird, könnte eine fristgebundene Entscheidungspflicht des Gerichts mit differenzierten Rechtsfolgen (Anordnung von weiteren Verfügungsbeschränkungen bis hin zur Aufhebung der Eigenverwaltung, dazu soeben VI.) verankert werden.

VIII. Haftung in der Eigenverwaltung

Im Folgenden ist noch auf wichtige Einzelaspekte der Eigenverwaltung einzugehen, die auch im Fragebogen angesprochen sind.

1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung

Die Befragten haben mit sehr hoher Zustimmung (M = 3,20) zu der Aussage geantwortet, dass die Organe des eigenverwaltenden Schuldners in der Eigenverwaltung den Gläubigern unmittelbar haften sollen wie ein Insolvenzverwalter.

2. Sonstige ESUG-Studien

Die sonstigen Studien adressieren das Problem der Haftung nicht spezifisch.

3. Rechtsprechung

Die Problematik stellt sich, weil der ESUG-Gesetzgeber keine allgemeine Haftungsregelung eingeführt hat, weder für die Eigenverwalterin, d.h. die Schuldnerin, noch für die Organe der Schuldnerin oder sonstige Berater (z.B. Generalbevollmächtigte). § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO verweist zwar auf die allgemeinen Vorschriften; inwieweit damit §§ 60, 61 InsO in Bezug genommen werden, ist unklar. Der Sachwalter haftet gemäß §§ 274, 60 InsO wie ein Insolvenzverwalter.

Die Rechtsprechung hat bisher zu einer allgemeinen Haftung für Fehlverhalten in der Eigenverwaltung in Bezug auf die Schuldnerin oder die Organe der Schuldnerin kaum Stellung genommen. Die praktischen Fälle haben sich auf die Haftung der Geschäftsführer wegen der

Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuerverbindlichkeiten in der vorläufigen Eigenverwaltung beschränkt. Diese Frage wird unten unter X. beleuchtet.

Das OLG Düsseldorf hat allerdings im Urteil vom 7.9.2017 angenommen, das Organ hafte de lege lata weder analog §§ 60, 61 InsO noch nach den Regeln der §§ 280, 311 BGB²¹⁴; die Revision wurde zugelassen, so dass mit einer Entscheidung des BGH zu rechnen ist.

4. Literatur

In der Literatur wird die ungeklärte Haftungsfrage sehr umfassend diskutiert; u.a. sind auch mehrere Dissertationen zu dem Thema erschienen.²¹⁵

Im Einzelnen müssen verschiedene Themenkomplexe auseinandergelassen werden.

Der erste betrifft die Haftung des Geschäftsführers nach § 64 GmbHG im Zeitpunkt nach Antragstellung und nach Eröffnung. Insoweit besteht in der Literatur weitgehend Einigkeit, dass nach Eröffnung des Verfahrens eine Haftung nach § 64 GmbHG ausscheidet.²¹⁶ Ungeklärt ist noch, ob § 64 GmbHG aus teleologischen Gründen ausscheidet, sobald der Insolvenzantrag gestellt ist. Für ein Ausscheiden könnte sprechen, dass dann die insolvenzrechtlichen Vorgaben gelten,²¹⁷ dagegen könnte sprechen, dass das Eröffnungsverfahren noch keine vollständige Maßgeblichkeit des insolvenzrechtlichen Massesicherungsgebots begründet²¹⁸. Diese Frage ist umstritten. Soweit die Anwendbarkeit bejaht wird, kann allerdings der Entlastungsbeweis nach § 64 Satz 2 GmbHG in Betracht kommen.²¹⁹

Die zweite Frage betrifft sodann die Haftung der Eigenverwalterin, d.h. der Schuldnerin selbst. Insoweit wird darauf hingewiesen, dass eine zusätzliche Haftung der Schuldnerin keinen Nutzen hat, weil damit kein zusätzlicher Zugriff auf Vermögen verbunden ist. Anders könnte dies sein, soweit durch insolvenzspezifische Pflichten Einzelschäden Dritter verursacht werden; dies dürfte, z.B. bei der Verletzung von dinglichen Absonderungsrechten, ohnehin eine Haftung über das Deliktsrecht auslösen (§§ 823 Abs. 1, 31 BGB), die als Masseverbindlichkeit zu bedienen ist (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Eine Haftung der Schuldnerin nach §§ 60, 61 InsO kann auch im Modell der Kombinationshaftung (dazu sogleich im Text) relevant sein.

²¹⁴ OLG Düsseldorf, 7.9.2017 – I-16 U 33/17, ZInsO 2017, 2084.

²¹⁵ König, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, 2016; Schaal, Die Haftung der Geschäftsführungsgorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, 2017.

²¹⁶ Hofmann, Eigenverwaltung, Rn. 490; Thole/Brünkmans, ZIP 2013, 1096, 1100.

²¹⁷ Brinkmann, DB 2012, 1313 und 1369; Haas, ZHR 178 (2014), 603, 625 f.

²¹⁸ Jacoby, in: Festschrift Vallender, 2015, S. 261, 275; Bachmann, ZIP 2015, 101, 107.

²¹⁹ Thole/Brünkmans, ZIP 2013, 1096, 1101.

Die eigentlich wichtigste Frage ist die Haftung der Organe der Schuldnerin. Hier haben sich verschiedene Ansichten herausgebildet. Dabei kann zunächst grob unterschieden werden zwischen dem Modell der Innenhaftung²²⁰ und dem Modell der Außenhaftung²²¹. Letzteres will eine unmittelbare Außenhaftung der Organe gegenüber den Gläubigern begründen, und zwar über eine Anwendung der §§ 60, 61 InsO auf die Organe. Das Modell der Innenhaftung geht demgegenüber davon aus, dass die Organe – wie es dem Grundansatz des § 43 GmbHG, § 93 AktG entspricht – nur der Gesellschaft verantwortlich sind.

Einige Autoren sprechen sich für das Modell der Innenhaftung und gegen eine Außenhaftung aus²²², so dass die Organe gegenüber der Gesellschaft allein nach § 43 Abs. 2 GmbHG, § 93 AktG haften (in der Folgeinsolvenz könnte dieser Anspruch dann vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden).

Eine ganze Reihe von Autoren favorisiert dagegen die Außenhaftung.²²³ Dabei werden unterschiedliche Ansätze vertreten, namentlich

- die Haftung nach § 280 BGB²²⁴
- die Haftung über einen Anstellungs- bzw. Organvertrag mit der Schuldnerin mit Schutzwirkung für die Gläubiger²²⁵
- die analoge Anwendung von §§ 60, 61 InsO²²⁶
- die deliktische Haftung, insbesondere § 823 Abs. 2 BGB²²⁷

Es werden auch vermittelnde Lösungen vertreten, so etwa im Modell einer Kombinationshaftung.²²⁸ Danach haftet das Organ nach den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regelungen im Innenverhältnis zur Gesellschaft (z.B. § 43 Abs. 2 GmbHG) für die Verletzung der allgemeinen Legalitätspflicht, d.h. der Pflicht, die an die Schuldnerin gerichteten Vorgaben zu erfüllen. Zugleich haftet aber die Schuldnerin als die Eigenverwalterin nach

²²⁰ *Bierbach*, in: Kübler, Handbuch Restrukturierung, § 10 Rn. 169; *Brünkmans*, in: Heidelberger Kommentar, § 270 Rn. 27; *Tetzlaff/Wittig*, in: MünchKommInsO, § 270 Rn. 73a; *Kessler*, Die Aktiengesellschaft in der Eigenverwaltung, 2006, S. 324.

²²¹ AG Duisburg, 4.10.2005 – 60 IN 136/02, ZIP 2005, 2335; *Fiebig*, in: HambKomm, § 270 Rn. 32; *Flöther*, in: Kübler, Handbuch Restrukturierung, § 17 Rn. 25 ff.

²²² *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 108; *Brinkmann*, DB 2012, 1313, 1369; *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 610.

²²³ Wie bereits zuvor Fn. 219.

²²⁴ *Jacoby*, in: Festschrift Vallender, 2015, S. 261, 278.

²²⁵ *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, 2016, S. 259 ff.

²²⁶ *Flöther*, in: Kübler, Handbuch Restrukturierung, § 17 Rn. 25 ff.

²²⁷ So *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 106 f.

²²⁸ *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1096, 1103 ff.

§§ 60, 61 InsO. Der sie treffende Haftungsschaden kann im Innenverhältnis auf das Organ über die Binnenhaftung abgewälzt werden.

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Der DAV²²⁹ und der Gravenbrucher Kreis²³⁰ sprechen sich dafür aus, dass die Leitungsorgane im Verfahren der Eigenverwaltung analog der in der InsO für den Insolvenzverwalter enthaltenen Haftungsregeln haften sollen.

6. Fallstudien

Die Frage hat in den untersuchten Fällen keine Bedeutung gehabt.

7. Bewertung

Es ist eine rechtspolitische Frage, ob der Gesetzgeber von dem Grundsatz der Binnenhaftung der Organe abweichen will und über das Deliktsrecht hinaus auch eine allgemeine Haftung für Einzel- und/oder Gesamtschäden der Gläubiger schaffen will. Die Befragungsergebnisse zeigen jedenfalls deutlich, dass eine gesetzliche Festlegung wünschenswert wäre. Ob die Befragung wirklich den Wunsch nach einer Außenhaftung des Organs deutlich macht, ist deshalb fraglich, weil in der Befragung keine Alternativen aufgezeigt wurden, mithin manche Befragte wohl eher eine Außenhaftung als gar keine Haftung favorisiert haben mögen.

Ein grundsätzliches Bedürfnis für eine Haftung ist jedenfalls nicht zu leugnen, wengleich Einzelschäden etwa der Absonderungsberechtigten ohnedies bereits über § 823 BGB teilweise eingefangen werden.

Für die zu schaffende Haftungsregelung finden sich zwei grundsätzliche Optionen:

Option 1: Die Organhaftung könnte als gesellschaftsrechtliche Binnenhaftung zugunsten der eigenverwalteten Gesellschaft festgeschrieben werden. Für eine bloße Binnenhaftung spricht zum einen die grundsätzliche Dogmatik, ist doch die Schuldnerin selbst die Eigenverwalterin. Zum anderen würde dies zu einer Bündelung des Anspruchs in der Hand der Gesellschaft führen. Freilich müsste die Durchsetzung nach Verfahrensaufhebung sichergestellt werden. Das ist weniger problematisch in Fällen einer Folgeinsolvenz bzw. eines „Umkippens“ der Eigenverwaltung in eine Insolvenzverwaltung, da jeweils durch den dann eingesetzten Insolvenzverwalter eine Anspruchsdurchsetzung erfolgen würde. Fraglich bleibt die

²²⁹ DAV, Stellungnahme, S. 10.

²³⁰ ESUG: Erfahrungen, Probleme, Änderungsnotwendigkeiten, Thesenpapier des Gravenbrucher Kreis, Stand: Oktober 2015, S. 10 f.

Durchsetzung hingegen in Fällen, in denen die Eigenverwaltung funktioniert und das Unternehmen unmittelbar wieder als (nicht nachhaltig) saniert am Markt tätig ist, ist dann doch von Seiten der Gesellschaft keine Anspruchsdurchsetzung gegen die eigenen Organe zu erwarten. Ob die theoretische Möglichkeit einzelner Gläubiger, den Anspruch zu pfänden, als Anreiz genügt, ist fraglich. Diese Durchsetzungslücke würde wohl allein durch die Kombinationshaftung partiell vermieden, könnte dann doch die Haftung der Schuldnerin auch nach Rückkehr an den Markt durchgesetzt werden.

Option 2: Die Organhaftung könnte als Außenhaftung zugunsten der Gläubiger ausgestaltet werden, die im eröffneten Verfahren über § 92 InsO durchzusetzen wäre. Für eine Außenhaftung der Organe spricht der direkte Zugriff auf zusätzliches haftendes Vermögen und die haftungsrechtliche Gleichbehandlung der in der Eigenverwaltung handelnden Personen mit den im Regelverfahren als Verwalter Handelnden. Der Gefahr einer unangemessenen Ausweitung der Haftungsrisiken auf Bevollmächtigte, sonstige Vertreter der Gesellschaft und Angestellte, und insofern einer gewissen Vermischung der Grenzen und des Bruchs mit generellen Haftungsgrundsätzen des Gesellschaftsrechts, muss dadurch begegnet werden, dass der Tatbestand einer Handelndenhaftung klar formuliert wird. Zudem müsste auch bei einer Außenhaftung die Frage nach der Anspruchsrealisierung im Verfahren geklärt werden. § 92 InsO würde jedenfalls für Fälle eines (Folge)Regelverfahrens anwendbar sein; in der Eigenverwaltung könnte diese Kompetenz dem Sachwalter übertragen werden. Ein unkontrollierter Zugriff einzelner Gläubiger wäre dann im Verfahren ausgeschlossen, nach der Verfahrensaufhebung allerdings möglich und bei Gesamtquotenschäden nicht unproblematisch. Die Nachhaftung der Organe könnte insofern plandispositiv geregelt werden.

Insgesamt muss der Gesetzgeber entscheiden, ob es sachgerecht ist, das Organ der eigenverwalteten Gesellschaft einem Insolvenzverwalter haftungsrechtlich gleichzustellen und daher im Insolvenzrecht eine Ausnahme zum gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Binnenhaftung von Organen zu etablieren. Sollte diese Frage aus den aufgezeigten Gründen bejaht werden, wäre idealerweise auch die Frage der Haftung in Kollegialorganen zu adressieren, finden sich doch insbesondere in der Eigenverwaltung Fallkonstellationen, in denen ein Sanierungsgeschäftsführer/CRO eingesetzt worden ist, der nun maßgeblich handelt. Es sollte dann auch die Frage geregelt werden, inwieweit das Organ für das Fehlverhalten eines (anstelle des CRO) eingesetzten Generalbevollmächtigten einzustehen hat und ob Generalbevollmächtigte, obwohl keine Organe, als Handelnde selbst unmittelbar nach außen haften. Sieht man in der Verwalterhaftung der §§ 60, 61 InsO eine Handelndenhaftung im Rahmen der Ausübung insolvenzspezifischer Befugnisse und will man auch in der Eigenverwaltung

den entsprechend Handelnden einer Haftung unterwerfen, so ließen sich diese Fragen beantworten und entsprechend normieren.²³¹

8. Empfehlung

Es empfiehlt sich, ggf. abhängig vom Ausgang der zu erwartenden Entscheidung des BGH, eine gesetzliche Klarstellung der Haftung in der Eigenverwaltung, wobei insbesondere die Ausgestaltung als Handelndenhaftung zu erwägen ist.

IX. Begründung von Masseverbindlichkeiten bei § 270a InsO

In der Befragung wurde explizit nach dem Problem der Begründung von Masseverbindlichkeiten bei § 270a InsO gefragt.

1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung

Das Gesetz hat nicht ausdrücklich geregelt, ob im Falle des § 270a InsO Masseverbindlichkeiten während des Eröffnungsverfahrens begründet werden können. Für das Schutzschirmverfahren findet sich die entsprechende Regelung in § 270b Abs. 3 InsO.

Mit einem Mittelwert von 2,64 wurde der Aussage zugestimmt, dass die unklare Rechtslage hinsichtlich der Begründung von Masseverbindlichkeiten bei § 270a InsO die Abwicklung des Verfahrens erschwert hat.

2. Sonstige ESUG-Studien

Die sonstigen hier einbezogenen Studien haben die Masseverbindlichkeiten nicht explizit thematisiert. Am ehesten kommt eine Einschätzung noch in der Bewertung der Rechtssicherheit der ESUG-Verfahren zum Ausdruck. In der Roland Berger/HgGUR-Studie 2016 sind die Einschätzungen des Verfahrens mit § 270a InsO mit der Bewertung „niedrig oder sehr niedrig“ rückläufig (18% der Befragten).²³² In der Studie vom Januar 2018 ist die Bewertung der Rechtssicherheit insgesamt gestiegen.²³³

²³¹ Siehe insbesondere *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, 2017, S. 301 ff.

²³² Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2016, S. 23.

²³³ Roland Berger/HgGUR, 5 Jahre ESUG – eine Bestandsaufnahme, S. 21.

3. Rechtsprechung

Für die vorläufige Eigenverwaltung ist in der Rechtsprechung umstritten, ob eine Begründung von Masseverbindlichkeiten in Betracht kommt und ob dazu vom Gericht Ermächtigungen ausgesprochen werden können. Insbesondere ist fraglich, was aus der Existenz des § 270b Abs. 3 InsO für das Verfahren nach § 270a InsO folgt.

Das AG Fulda hat angenommen, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage für eine Befugnis des Schuldners, Masseverbindlichkeiten zu begründen und das Gericht könne dazu weder in Form einer Globalermächtigung noch in Form der Einzelermächtigung ermächtigen.²³⁴

Das AG Hannover meint, es bestehe keine gebundene Pflicht des Gerichts zur Anordnung von Globalermächtigungen, weil es an einer Regelungslücke für eine analoge Anwendung des § 270b Abs. 3 InsO fehle.²³⁵ Wohl aber könne eine Einzelermächtigung nach Ermessen des Gerichts angeordnet werden.

Das AG Montabaur hat demgegenüber angenommen, der Schuldner begründe stets Masseverbindlichkeiten auch ohne dahingehende Ermächtigung; davon sei der Gesetzgeber ohne weiteres ausgegangen (Umkehrschluss aus § 270b Abs. 3 InsO).²³⁶

Das AG Hamburg hat angenommen, es dürfe nur der vorläufige Sachwalter zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ermächtigt werden, dafür sprechen nach Auffassung des Gerichts praktische Gründe, weil der vorläufige Sachwalter u.a. mit der Insolvenzgeldvorfiananzierung vertraut sei.²³⁷

Das OLG Dresden²³⁸ geht demgegenüber davon aus, dass Einzel- sowie Globalermächtigungen des Schuldners möglich sind, diese aber auch erforderlich sind, weil der Schuldner entgegen dem AG Montabaur nicht schon kraft Gesetzes Masseverbindlichkeiten begründe.

Das AG München hat angenommen, es dürfe ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten des vorläufigen Sachwalters angeordnet werden.²³⁹

²³⁴ AG Fulda, 28.3.2012 – 91 IN 9/12, ZIP 2012, 1471.

²³⁵ AG Hannover, 30.8.2016 – 908 IN 460/16, ZInsO 2016, 1875.

²³⁶ AG Montabaur, 27.12.2012 – 14 IN 282/12, ZInsO 2012, 397.

²³⁷ AG Hamburg, 4.4.2012 – 67g IN 74/12, ZIP 2012, 787.

²³⁸ OLG Dresden, 18.6.2014 – 13 U 106/14, ZIP 2014, 1294; LG Duisburg 29.11.2012 – 7 T 185/12, ZIP 2012, 2453; AG Köln, 26.3.2012 – 73 IN 125/12, NZI 2012, 375.

²³⁹ AG München, 27.6.2012 – 1506 IN 1851/12, ZIP 2012, 1470.

Der BGH hat die Frage in seiner Entscheidung vom 7.2.2013 offengelassen.²⁴⁰

4. Literatur

Im Schrifttum ist es ganz überwiegende Auffassung, dass – insbesondere auf der Grundlage von § 21 Abs. 1 InsO – Global- sowie Einzelermächtigungen erteilt werden können.²⁴¹ Teilweise wird es auch für zulässig erachtet, einen Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Sachwalters anzuordnen.²⁴²

Eine andere im Schrifttum diskutierte, aber dem Bereich des § 270b InsO zuzuordnende Frage ist, ob auch im Schutzschirmverfahren Einzelermächtigungen möglich sind. Dies wird mehrheitlich ebenfalls bejaht auf der Grundlage von § 21 InsO, also ermessensabhängig²⁴³, während § 270b Abs. 3 InsO im Übrigen kein Ermessen des Gerichts vorsieht.²⁴⁴

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Der BAKInso e.V.²⁴⁵ fordert, die Frage der Begründung von Masseverbindlichkeiten im Eigenverwaltungs- und im Schutzschirmverfahren mittels einheitlicher Regelung zu harmonisieren. Auf Antrag des Schuldners könne das Gericht den Schuldner ermächtigen, bestimm- bare Masseverbindlichkeiten zu begründen. Der Schuldner müsse glaubhaft machen, dass die Masseverbindlichkeiten erfüllt werden können. Dies soll regelmäßig durch Vorlage einer Liquiditätsvorschau erfolgen. § 55 Abs. 2 InsO sei für entsprechend anwendbar zu erklären.

Eine Zustimmungsbefugnis des vorläufigen Sachwalters würde nach Auffassung des BAKInso e.V. für den vorläufigen Sachwalter zu einer Haftungsgefahr nach § 61 InsO führen. Dies würde die Unterschiede zur Amtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters eineb- nen.²⁴⁶

Der Gravenbrucher Kreis hält eine Regelung für zweckmäßig, nach der das Insolvenzge- richt anordnen kann, dass Masseverbindlichkeiten durch den Schuldner, jedoch nur mit Zu- stimmung des vorläufigen Sachwalters begründet werden können. Eine solche Anordnung

²⁴⁰ BGH, 7.2.2013 – IX ZB 43/12, NZI 2013, 342.

²⁴¹ *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 364; *Zipperer*, EWIR 2012, 361; *Graf-Schlicker*, in: Graf-Schlicker, InsO, § 270a Rn. 15; *Swierczok*, BB 2016, 1364.

²⁴² *Klinck*, ZIP 2013, 853, 861; *Pleister/Kunkel*, ZIP 2017, 153, 158; a.A. *Undritz*, BB 2012, 1551, 1556; *Frind*, ZInsO 2012, 1099, 1103.

²⁴³ *Zipperer*, in: Uhlenbruck, § 270a Rn. 19.

²⁴⁴ BT-Drucks. 17/7511, S. 37; *Klinck*, ZIP 2013, 853, 858 m. w. Nachw.

²⁴⁵ Entschließung der BAKInso-Jahrestagung 2014 unter 4.2.

²⁴⁶ Entschließung der BAKInso-Jahrestagung 2014 unter 4.2.

solle das Insolvenzgericht bereits von Gesetzes wegen nach Stellung des Antrags gem. § 270 Abs. 1 InsO treffen können.²⁴⁷

6. Fallstudien

Die Frage hat in den untersuchten Fällen keine Bedeutung gehabt.

7. Bewertung

Die Begründung von Masseverbindlichkeiten in der vorläufigen Eigenverwaltung ist nach den Ergebnissen der Befragung ein wichtiger Aspekt einer möglichen Reform des ESUG.

Die Frage ist allerdings verknüpft mit der allgemeineren Frage nach der Parallelität des Schutzschirmverfahrens mit der vorläufigen Eigenverwaltung (dazu oben V.).

Hält der Gesetzgeber an der Zweiteilung von § 270a InsO-Verfahren und § 270b InsO-Verfahren fest, gibt es mehrere Optionen, wie damit umgegangen werden kann.

Grundsätzlich ist eine Kompetenz zur Begründung von Masseverbindlichkeiten unverzichtbar, weil sonst im Eröffnungsverfahren eine Betriebsfortführung kaum möglich ist. Allerdings muss der Gesetzgeber dabei beachten, wie anspruchsvoll der Zugang zur Masse-schuldkompetenz sein soll. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass § 270b InsO leerlaufen könnte, wenn über § 270a InsO weitgehend dieselben Befugnisse des Schuldners, aber mit niedrigerer Eingangsschwelle erreicht werden können.²⁴⁸ Dieser Zusammenhang ist mithin zu bedenken. Denn vor allem bei § 270a InsO würde sich das Problem der Masseunzulänglichkeit stellen, weil § 270a InsO auch bei Zahlungsunfähigkeit möglich ist.²⁴⁹

Es spricht aus systematischen Gründen viel dafür, dass nicht der Sachwalter, sondern der Schuldner selbst Masseverbindlichkeiten begründen können sollte, weil nach der bisherigen gesetzlichen Systematik die Schuldnerin der an die Stelle des Insolvenzverwalters tretende Eigenverwalter ist.

Die weitere Frage ist dann, ob die Schuldnerin vom Gericht zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ermächtigt werden kann oder ermächtigt werden muss oder ob die Begründungsbefugnis schon eo ipso gegeben sein sollte.

De lege ferenda bietet es sich an, keinen Automatismus bei der Begründung von Masseverbindlichkeiten vor Verfahrenseröffnung vorzusehen, sondern eine Kontrolle durch das

²⁴⁷ ESUG: Erfahrungen, Probleme, Änderungsnotwendigkeiten, Thesenpapier des Gravenbrucher Kreis, Stand: Oktober 2015, S. 8.

²⁴⁸ Nöll, ZInsO 2013, 745, 751.

²⁴⁹ Graf-Schlicker, ZInsO 2013, 1765, 1767.

Gericht einzuführen und folglich dem Schuldner – im Interesse einer passgenauen Sanierungsstrategie – die Möglichkeit zu geben, Global- oder Einzelermächtigungen zu beantragen, wobei allerdings angesichts der problematischen dezentralen Gerichtsstruktur der Ermessensspielraum für das Gericht begrenzt sein sollte. In manchen Fällen kann eine Globalermächtigung sinnvoll sein, wobei freilich dann die Haftung (§ 61 InsO) zu lösen wäre. In anderen Fällen kann eine Einzelermächtigung sinnvoller sein. Dass dies auch Globalermächtigungen einschließt, könnte auch deshalb zu bejahen sein, weil damit die Abgrenzungsfragen, die mit Einzelermächtigungen verbunden sind, vermieden werden können.²⁵⁰

Einer unterschiedlichen gerichtlichen Praxis ließe sich begegnen, wenn das gerichtliche Ermessen eingeschränkt würde. Dies könnte geschehen, indem nach dem Vorbild des § 270b Abs. 3 InsO eine Pflicht des Gerichts zur Anordnung bei entsprechendem (Global- oder Einzel-)Antrag eingefügt wird, jedenfalls wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen hinreichend definiert sind.

Daneben wäre zu entscheiden, ob das Gericht auch über § 21 InsO von sich aus Maßnahmen auf bloße Anregung treffen darf, wenn kein Antrag gestellt wird.

Eine weitere Frage ist dann, ob gesetzlich klargestellt wird, dass auch ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Sachwalters möglich ist, wie dies vom Gravenbrucher Kreis gefordert und von manchen Gerichten praktiziert wird. Eine solche Klarstellung erscheint durchaus plausibel.

8. Empfehlung

Wenn an der vorläufigen Eigenverwaltung als Variante neben dem Schutzschirmverfahren festgehalten wird, sollte die Frage der Masseverbindlichkeiten im Verfahren nach § 270a InsO gesetzlich geklärt werden. In Betracht kommt ein Wahlrecht des Schuldners, ob er eine Global- oder eine Einzelermächtigung beantragt; es ist zu entscheiden, in welchem Umfang das Gericht Ermessen bei der Anordnung genießen soll. Dabei ist das Verhältnis zu § 21 InsO zu bestimmen und zu klären, ob auch Zustimmungsvorbehalte zugunsten des vorläufigen Sachwalters zulässig sind.

²⁵⁰ Pleister/Kunkel, ZIP 2017, 153, 159.

X. Die Bedeutung von Steuer- und Sozialversicherungsverbindlichkeiten in der Eigenverwaltung bei §§ 270a, b InsO und § 55 Abs. 4 InsO

Zu dem eben beschriebenen Problem gehört spezifisch auch die Abstimmung mit Steuer- und Sozialversicherungsverbindlichkeiten in der vorläufigen Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren.

1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung

In der Befragung wurde das Problem der Steuer- und Sozialversicherungsverbindlichkeiten nicht explizit adressiert. In den offenen Nennungen wurde mehrfach darauf hingewiesen, dass die Haftung des Geschäftsführers in der Eigenverwaltung für die Nichtabführung von Steuern und von Sozialversicherungsverbindlichkeiten dringend harmonisiert und geklärt werden müsse.

2. Sonstige ESUG-Studien

Die spezifische Thematik war, soweit ersichtlich, nicht Gegenstand der weiteren Studien zum ESUG.

3. Rechtsprechung

Die Problematik von Steuerverbindlichkeiten und Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung in Eigenverwaltungsverfahren ist vielschichtig.

Die erste Frage betrifft die Anwendbarkeit des § 55 Abs. 4 InsO auf während des Eigenverwaltungseröffnungsverfahrens entstehende Steuerverbindlichkeiten. Insoweit geht die Finanzverwaltung bisher davon aus, dass § 55 Abs. 4 InsO in der Eigenverwaltung nicht anwendbar ist²⁵¹. Die ordentlichen Gerichte folgen dem unter Hinweis darauf, dass die Bundesregierung den seinerzeitigen Vorschlag des Bundesrates nicht aufgegriffen hat.²⁵²

Eine andere Frage ist jene nach den die Leitungsorgane treffenden Gefahren der Nichtabführung von Steuerverbindlichkeiten, die keine Masseverbindlichkeiten sind, im Rahmen des Eigenverwaltungseröffnungsverfahrens. Hier steht vor allem die Haftung des Geschäftsleiter nach § 64 GmbHG wegen der Abführung von Steuern einerseits und nach §§ 69, 34 AO wegen der Nichtabführung andererseits in Rede.

²⁵¹ BMF, Schrb. v. 20.5.2015 – IV A 3 - S 0550/10/10020-05; ebenso *Kahlert*, ZIP 2012, 2089, 2091; *Hobelsberger*, DStR 2013, 2545, 2547; *Klusmeier*, ZInsO 2014, 488, 489 f.; *Marotzke*, DB 2013, 1283, 1287.

²⁵² OLG Jena, 22.6.2016 – 7 U 753/15, NZI 2016, 784.

Die finanzgerichtliche Rechtsprechung geht grundsätzlich davon aus, dass auch in der Eigenverwaltung mangels Entfallen der Verfügungsbefugnis das Organ weiter für die (ggf. anteilige) Nichtabführung von Steuern haftet.²⁵³

Demgegenüber dürfte für die zivilrechtliche Haftung nach § 64 GmbHG gerade deshalb kein Raum sein, weil der BGH anerkannt hat, dass eine Haftung wegen der Zahlung nicht gegeben ist, wenn sich der Geschäftsleiter bei Nichtzahlung strafbar machen würde²⁵⁴; ebendies wäre nach den Maßgaben des BFH der Fall ebenso wie wegen § 266a StGB bei der Nichtabführung der Arbeitnehmerbeiträge.

Das Problem der finanzgerichtlichen Rechtsprechung liegt darin, dass damit ein Konflikt mit insolvenzrechtlichen Vorgaben heraufbeschworen ist, weil Insolvenzforderungen im Eröffnungsverfahren noch beglichen werden. Das verstößt eigentlich gegen die Massesicherungspflicht, die auch schon im Eröffnungsverfahren bedeutsam ist.²⁵⁵

Dies hat in der insolvenzgerichtlichen Rechtsprechung zu verschiedenen Ausweichüberlegungen geführt. Es werden, soweit ersichtlich, mehrere Konzepte verfolgt.

Das eine Modell besteht darin, von Amts wegen dem Sachwalter die Kassenführung zu übertragen (AG Hamburg).²⁵⁶

Ein anderer Ansatz besteht darin, anzuordnen, dass die Abführung von Steuern nur mit Zustimmung des Sachwalters möglich ist (u.a. AG Düsseldorf).²⁵⁷

Das AG Hannover²⁵⁸ lehnt die Möglichkeit eines solchen Zustimmungsvorbehalts ab.

Die Finanzgerichte haben auf diese Rechtsprechung der Insolvenzgerichte reagiert. Das FG Münster hat anerkannt, dass zwar die Steuerabführungspflicht weiterhin bestehe, aber die Haftung nach §§ 69, 34 AO mangels grober Fahrlässigkeit entfallen kann, wenn der Sachwalter nicht zugestimmt hat.²⁵⁹

Die im Schrifttum vertretene weitere Lösung, auf der Grundlage des § 21 InsO vom Gericht ein – nach § 21 InsO allgemein zulässiges – besonderes Verfügungsverbot für Steuer-

²⁵³ BFH, 23.9.2008 – VII R 27/07, ZIP 2009, 122, 123; FG Köln, 25.2.2014 – 10 K 2954/10, NZI 2014, 627; FG Münster, 6.2.2017 – 7 V 3973/16 U, NZI 2017, 492.

²⁵⁴ BGH, 25.1.2011 – II ZR 196/09, ZIP 2011, 422 Rn. 12 ff.

²⁵⁵ Bork, KTS 2017, 189 ff.

²⁵⁶ AG Hamburg, 14.7.2014 – 67 b IN 196/14, ZInsO 2014, 2390.

²⁵⁷ AG Düsseldorf, 10.7.2014 – 504 IN 124/14, ZInsO 2014, 2389; AG Heilbronn, 23.3.2016 – 12 IN 149/16, ZInsO 2016, 1024. So auch AG Hamburg, 19.6.2017 – 67g IN 173/17, ZIP 2017, 1383.

²⁵⁸ AG Hannover, 8.5.2015 – 909 IN 264/15, ZInsO 2015, 1111.

²⁵⁹ FG Münster, 3.4.2017 – 7 V 492/17 U, NZI 2017, 495.

zahlungen zu erlassen²⁶⁰, scheint bisher in der veröffentlichten Rechtsprechung nicht umgesetzt worden zu sein.

Die Praxis behilft sich zudem mit der „Zahlen und Anfechten“-Lösung. Danach wird das Finanzamt von dem Eröffnungsantrag in Kenntnis gesetzt, die Zahlung erbracht und nach Verfahrenseröffnung vom Insolvenzverwalter/Sachwalter wieder angefochten.²⁶¹

Der BGH hat allerdings deutlich gemacht, dass diese Lösung im Schutzschirmverfahren (§ 270b Abs. 3 InsO) nicht funktioniert, wenn und soweit auf Masseverbindlichkeiten gezahlt wurde, weil § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO nur bei Deckung von Insolvenzforderungen gilt.²⁶²

4. Schrifttum

Im Schrifttum ist das Problem erkannt worden. Es wird darauf hingewiesen, dass der Geschäftsführer in einem Dilemma stecke.²⁶³

Häufig wird dafür eingetreten, dass ein Vorrang der Massesicherungspflicht bestehe²⁶⁴, was aber – wie eben bemerkt – von den Finanzgerichten nicht anerkannt wird.

Unter der geltenden Rechtsprechung der Finanzgerichte wird daher meist angenommen, dass die Einsetzung eines Zustimmungsvorbehalts für den Sachwalter möglich sei²⁶⁵ oder auch ein besonderes, dinglich wirkendes Verfügungsverbot für die Abführung von Steuerrückständen, die keine Masseverbindlichkeiten sind²⁶⁶, oder es wird zur Zahlen und Anfechten-Lösung geraten²⁶⁷.

Die Diskussion wird noch dadurch angeheizt, dass im Schrifttum – vereinzelt und als Mindermeinung – vertreten wird, u.a. der vorläufige Sachwalter und gar das Insolvenzgericht machten sich strafbar, wenn sie eine Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung nicht ermöglichten.²⁶⁸ Diese Auffassung ist auf scharfen Widerstand gestoßen.²⁶⁹

²⁶⁰ Thole, DB 2015, 662, 669.

²⁶¹ Buchalik/Kraus, ZInsO 2014, 2354, 2355.

²⁶² BGH, 16.6.2016 – IX ZR 114/15, ZIP 2016, 1295.

²⁶³ Mielke/Sedlitz, ZIP 2017, 1646; Pleister/Kunkel, ZIP 2017, 153, 156 f.

²⁶⁴ Bork, KTS 2017, 189 ff.; Kahlert, ZIP 2012, 2089, 2090; dem folgend Lau, DB 2014, 1417, 1421.

²⁶⁵ Muschiol, ZInsO 2016, 248; Pleister/Kunkel, ZIP 2017, 153, 158.

²⁶⁶ Thole, DB 2015, 662, 669.

²⁶⁷ Buchalik/Kraus, ZInsO 2014, 2354, 2355.

²⁶⁸ Laroche/Wollweber, ZInsO 2016, 2225, 2230.

²⁶⁹ A. Schmidt, ZIP 2017, 1357.

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Der Gravenbrucher Kreis²⁷⁰ meint zu der Konfliktlage, im Interesse größerer Rechtssicherheit und mangels einer vom Regelverfahren insoweit abweichenden Interessenlage sollte durch eine entsprechende klarstellende Regelung in § 55 Abs. 4 InsO ein Gleichlauf der steuerlichen Verpflichtungen zwischen Regel- und Eigenverwaltungsverfahren hergestellt werden.

6. Fallstudien

Die Frage hat in den untersuchten Fällen keine größere Bedeutung gehabt.

7. Bewertung

Auch abgesehen von der Frage der Strafbarkeit der Insolvenzrichter, die nach Sinn und Zweck des § 266a StGB richtigerweise zu verneinen ist²⁷¹, bleibt das Problem insgesamt unbefriedigend gelöst, zumal es von der Bereitschaft der Insolvenzgerichte abhängt, entsprechende Anordnungen zur Auflösung des Konflikts zu treffen, und weil die finanzgerichtliche Rechtsprechung auf die insolvenzrechtlichen Wertungen wenig Rücksicht nimmt. Der Wunsch nach gesetzlicher Klarstellung wird auch in den Nennungen zum Fragebogen sehr häufig artikuliert.

Eine Maßgabe, dass Steuer- und Sozialversicherungsverbindlichkeiten, die bloße Insolvenzforderungen sind, im Eröffnungsverfahren zu bezahlen sind, erweist sich als Sanierungshemmnis und kann auch Arbeitsplätze vernichten, weil Liquidität abfließt, aber kein Gegenwert in die Masse fließt.

Das erscheint gerechtfertigt und hinnehmbar, soweit (spätere) Masseverbindlichkeiten vorliegen, nicht aber in Bezug auf die im Eröffnungsverfahren entstehenden Insolvenzforderungen und erst recht nicht auf Rückstände. Steuerforderungen sind nach der gesetzlichen Systematik der InsO keine generell privilegierten Forderungen in der InsO.

Der Gesetzgeber könnte sich zu einer Lösung durchringen, die generell die Massesicherungspflicht im Insolvenzverfahren vorrangig erachtet (soweit keine Masseverbindlichkeiten in Rede stehen)²⁷² oder zumindest die Haftung nach §§ 69, 34 AO und die Strafbarkeitsrisi-

²⁷⁰ ESUG: Erfahrungen, Probleme, Änderungsnotwendigkeiten, Thesenpapier des Gravenbrucher Kreis, Stand: Oktober 2015, S. 11.

²⁷¹ Die von *Laroche/Wollenweber*, ZInsO 2016, 2225 angesprochene Stundungsmöglichkeit dürfte in Wahrheit nicht bestehen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen des § 76 Abs. 2 SGB IV nicht vorliegen.

²⁷² A. Schmidt, ZIP 2017, 1357, 1361.

ken nach § 266a StGB ausschließt. In diesem Kontext müsste freilich *insgesamt* über die Frage auch der Umsatzbesteuerung in der Insolvenz nachgedacht werden, die Problematik ist wohl im Rahmen einer generellen Abstimmung von Insolvenz- und Steuerrecht zu lösen.

Der Gesetzgeber könnte klarstellen, dass Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Sachwalters oder – was eigentlich noch näher liegt – unmittelbar vom Gericht auszusprechende besondere Verfügungsverbote möglich bleiben und die Voraussetzungen dafür regeln.

Was § 55 Abs. 4 InsO angeht, so ist vom Gesetzgeber zu entscheiden, ob die Eigenverwaltung dem Fall des § 55 Abs. 4 InsO gleichgestellt werden soll. Nach der *lex lata* wäre dies mit dem Wortlaut nicht vereinbar. Für eine Einbeziehung der Eigenverwaltung *de lege ferenda* könnte möglicherweise der Gleichlauf mit dem Regelinsolvenzverfahren sprechen. Es sollte jedenfalls nicht von den steuerlichen Effekten abhängen, ob die Eigenverwaltung angestrebt wird oder nicht. Das könnte Fehlanreize setzen, wenn die Eigenverwaltung nur aus diesem Grund angestrebt wird, die Schuldnerin aber für das Eigenverwaltungsverfahren eigentlich ungeeignet ist.

8. Empfehlung

Der Gesetzgeber sollte die Frage der Haftung des Geschäftsführers für die Nichtabführung von Sozial- und Steuerverbindlichkeiten klären oder diese Frage in den Gesamtkontext einer Harmonisierung von Insolvenz- und Steuerrecht einbeziehen. Dazu gehört auch die Frage des § 55 Abs. 4 InsO. Das ist indes vor allem ein Thema der allgemeinen Abstimmung zwischen Steuerrecht und Insolvenzrecht.

XI. Bedürfnis für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren

Die Evaluation stand auch unter dem Eindruck der Bestrebungen, ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren einzuführen. In der Aufgabenstellung des Deutschen Bundestags war explizit nach dem Bedürfnis für ein solches Verfahren gefragt.

1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung

Die Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens war Gegenstand von drei spezifischen Fragen. Auffallend ist die von den Befragten eher verneinte Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens ($M = 2,16$), freilich bei hoher Streuung von $SD = 1,09$. Die Richterschaft erkennt kein Bedürfnis für ein solches Verfahren ab ($M = 1,79$).

Deutlich größer ist die Zustimmung zu einer Begrenzung des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens auf größere Unternehmen durch Schwellenwerte ($M=2,68$), allerdings auch insoweit mit höherer Varianz ($SD = 1,15$).

Besonders kontrovers, mit einer auffallend hohen Varianz von 1,26, wurde die Frage beantwortet, ob das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren außerhalb der InsO geregelt werden sollte. Hier gab es keine klare Mehrheit ($M = 2,53$). Insolvenzverwalter sind eher gegen eine Regelung außerhalb der InsO ($M = 2,28$), während die Schuldnerberater mehrheitlich für eine Regelung außerhalb der InsO votieren ($M = 2,80$).

2. Sonstige ESUG-Studien

In der Roland Berger Studie 2016²⁷³ wird mehrheitlich ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren für sinnvoll gehalten; 53% der dort Befragten gehen davon aus, dass ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren „unter bestimmten Voraussetzungen“ mehr Akzeptanz genießen werde als ein ESUG-Verfahren. In der Roland Berger/HgGUR-Studie vom Januar 2018 halten in Deutschland 31% den Richtlinienentwurf als Mittel zur Verbesserung des Sanierungsinstrumentariums für wichtig, 30% für nicht wichtig, und 39% sind neutral.²⁷⁴

3. Rechtsprechung

In der Rechtsprechung hat die Frage naturgemäß noch keine Bedeutung gespielt.

4. Literatur

Das Bedürfnis nach einem vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren nach dem Vorbild eines englischen Scheme of Arrangement ist in der Literatur vielfach diskutiert worden.²⁷⁵ Neben grundsätzlich positiven Aussagen finden sich auch kritische Stimmen, so dass sich die in der Befragung zum Ausdruck gebrachte Ambivalenz auch in der Literatur widerspiegelt. Insbesondere besteht u.a. die Sorge, dass das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren bzw. ein präventiver Restrukturierungsrahmen mit Moratorium und einem „cram-down“ zu einer Insolvenzverschleppung genutzt werden könnte bzw. von Unternehmen, die eigentlich insolvenzreif sind.²⁷⁶ Außerdem wird darauf hingewiesen, dass das Verfahren möglichst auf Finanz-

²⁷³ Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2016, S. 36.

²⁷⁴ Roland Berger/HgGUR, 5 Jahre ESUG, S. 38.

²⁷⁵ *Goetker/Schulz*, ZIP 2016, 2095; *Madaus*, KSzW 2015, 183; *Mackebrandt/Jung*, KSI 2014, 5; *Seibt/Westphal*, ZIP 2013, 2333, 2342; *Beissenhirtz*, ZInsO 2011, 57; *Sax/Swierczok*, ZIP 2016, 1945.

²⁷⁶ *Kaysers*, ZIP 2017, 1393, 1396; *Thole*, ZIP 2017, 101, 112.

gläubiger und eine finanzwirtschaftliche Restrukturierung beschränkt sein sollte.²⁷⁷ Darüber hinaus herrschen unterschiedliche Ansichten darüber, ob das Verfahren in den Kontext des Insolvenzrechts und in die Zuständigkeit der Insolvenzgerichte eingestellt werden sollte.²⁷⁸

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Der Richtlinienentwurf der Kommission ist in Stellungnahmen der Verbände aufgegriffen worden.²⁷⁹ Diese Vorschläge sind im Einzelnen nicht Gegenstand dieses Berichts. Soweit die Stellungnahmen kritisch sind, steht wie im Schrifttum die Sorge im Vordergrund, dass die Sanierung im Insolvenzverfahren und das Insolvenzverfahren beeinträchtigt werden könnten.

Was die Abstimmung mit dem ESUG angeht, so fordert der BV ESUG e.V., das Eigenverwaltungs- und das Schutzschirmverfahren im Rahmen der InsO konsequent zu einem eigenständigen Sanierungsverfahren unter Insolvenzschutz auszubauen und damit auch öffentlich von einem „normalen“ Insolvenzverfahren durch die Bezeichnung als Sanierungsverfahren und die Vergabe eines gesonderten Aktenzeichens abzugrenzen.²⁸⁰ Daneben sei ein schlankes vorinsolvenzliches, vertraulich geführtes Verfahren einzurichten, das Eingriffe u.a. auch in Rechte des Pensionssicherungsvereins, der Arbeitnehmer oder Vertragsverhältnisse und Dauerschuldverhältnisse erlaube.

Der DAV hält unabhängig vom Verfahren nach § 270b InsO ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren für sinnvoll, wenn es zur Lösung von Problemen infolge des außerinsolvenzlichen Einstimmigkeitsprinzips und der dadurch geschaffenen bzw. ermöglichten Erpressungssituationen und damit auch zur Insolvenzvermeidung in besonderen Fällen eingesetzt werden soll.²⁸¹

²⁷⁷ Thole, ZIP 2017, 101, 107; vgl. auch Stellungnahme präventiver Restrukturierungsrahmen vom 1.3.2107 des Gravenbrucher Kreises.

²⁷⁸ Zu dieser Frage Blankenburg, ZInsO 2017, 241, 243; für Zuordnung zur KfH Beissenhirtz, ZInsO 2011, 57.

²⁷⁹ Pressemitteilung DAV Insolvenzrecht und Sanierung, Inso 3/17: Fünf Jahre ESUG: DAV sieht Nachbesserungsbedarf - Insolvenzrechtsexperten begrüßen EU-Richtlinienentwurf zum vorinsolvenzlichen Verfahren; NIVD vom 8.12.2016: Stellungnahme zum Entwurf einer EU-Richtlinie zur vorinsolvenzlichen Sanierung; Änderungsvorschläge VID vom 31.8.2017 zum EU-Richtlinienentwurf über präventive Restrukturierungsrahmen; Stellungnahme präventiver Restrukturierungsrahmen vom 1.3.2107 des Gravenbrucher Kreises; u.v.a.m.

²⁸⁰ ESUG 2.0, Deutschland als Sanierungsstandort weiter ausbauen, Positionspapier BV ESUG, ferner Thesenpapier des BV ESUG zu einem außerinsolvenzlichen Sanierungsverfahren, abrufbar unter <http://www.bv-esug.de/>.

²⁸¹ DAV, Stellungnahme, S. 8.

6. Fallstudien

Die Frage hat in den untersuchten Fällen keine unmittelbare Bedeutung gehabt. Die Schuldnerin in Fallstudie Nr. 9 wäre aufgrund der Ausrichtung des dortigen Verfahrens auf eine finanzwirtschaftliche Restrukturierung bei vorhandener Liquidität allerdings sicher ein nicht untypischer Kandidat für einen solchen neuen Rechtsrahmen.

7. Bewertung

Die Handlungsspielräume des deutschen Gesetzgebers werden in diesem Fragenkreis nicht unerheblich durch eine künftige Richtlinie begrenzt. Allerdings sollte nicht verkannt werden, dass schon im Anwendungsbereich der Richtlinie, dem vorinsolvenzlichen Krisenstadium, Umsetzungsspielraum bestehen wird. Vor allem aber bleibt der deutsche Gesetzgeber frei in der Ausgestaltung seiner Sanierungsoptionen für insolvente Rechtsträger. Vorinsolvenzliche Instrumente sind insofern idealerweise einzupassen in eine Modernisierung der insolvenzlichen Handlungsoptionen. Im Grundsatz bestehen hier drei Handlungsoptionen.

Option 1: Der Gesetzgeber könnte minimalinvasiv tätig werden und allein die in der Richtlinie zu Umsetzung verpflichtend vorgesehenen Sanierungsinstrumente (Suspendierung der Rechtsdurchsetzung, Vertragshilfe, Haftungsprivilegierung) einführen und den Zugang hierzu auf zahlungsfähige Unternehmen beschränken. Klassische insolvenzrechtliche Tools und Maßnahmen (z.B. Insolvenzgeld, Anfechtung, Wahlrechte aus §§ 103 ff. InsO) wären in diesem Verfahren nicht vorzusehen. Durch eine derart enge Begrenzung des vorinsolvenzlichen Verfahrens unterscheidet sich die neue Sanierungsoption klar vom Insolvenzverfahren. Zugleich wird verhindert, dass präventive Verfahrensoptionen als Quasi-Insolvenzverfahren oder Vorschalt-Verfahren zum Insolvenzverfahren wahrgenommen werden. Zudem ist zu beachten, dass auch ein schlankes und wenig anspruchsvolles Verfahren Anreize bieten kann, notwendige operative Sanierungsschritte erst einmal nicht anzugehen. Insofern muss sichergestellt werden, dass neue vorinsolvenzliche Sanierungsinstrumente nur auf der Basis plausibler Sanierungskonzepte verfügbar werden.

Ein derart hinreichend vom Insolvenzverfahren und seinen Möglichkeiten abgesetztes vorinsolvenzliches Verfahren würde aus sich heraus keine unmittelbaren Änderungen bei den ESUG-Regeln veranlassen oder erforderlich machen. Allerdings wäre in funktioneller Hinsicht dann erst recht zu hinterfragen, inwieweit dann noch die Notwendigkeit eines Einstiegs in das Insolvenzverfahren über § 270b InsO besteht. Das Schutzschirmverfahren war als Antwort auf planbare Sanierungsoptionen in England konzipiert und diese Funktion würde dann jedenfalls teilweise von einem vorinsolvenzlichen Restrukturierungsrahmen über-

nommen werden, dass gerade in Konzernstrukturen einen nicht-insolvenzlichen Sanierungsweg eröffnen kann. Selbst eine minimalinvasive Umsetzung der Richtlinie würde mithin den (ohnehin geringen) Bedarf nach der Verfahrensoption „§ 270b InsO“ in Frage stellen.

Option 2: Der Gesetzgeber könnte eine Reform der Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO) auch mit der Richtlinienumsetzung verknüpfen und ein neues Verfahren schaffen, das die bisherigen Eigenverwaltungsverfahren und die präventiven Restrukturierungsverfahren verbindet. Im Ergebnis entstünde ein *einheitliches* gerichtlich angeleitetes Restrukturierungsverfahren. Dies hätte natürlich eine klare Aufgabenzuweisung zur Folge. Das klassische (Regel-)Insolvenzverfahren würde wieder zu einem reinen Regel-Liquidationsverfahren in Fremdverwaltung mit (Sanierungs-)Planoption und würde im Markt auch als solches wahrgenommen. Der Ansatz des ESUG, am Ideal des Einheitsverfahrens festzuhalten und auch eine Sanierung innerhalb des Insolvenzverfahrens als Einheits- und Gesamtverfahren öffentlichkeitswirksam zu fördern, um rechtzeitige freiwillige Antragstellungen zu erreichen, würde damit aufgegeben. Dabei ist natürlich zu bedenken, dass das ESUG wie auch die Insolvenzordnung insgesamt dieses Ziel nie wirklich erreicht hat. In klarer Abkehr vom Einheitsverfahren stünde die Option einer Eigenverwaltung nur noch in einem auf das Zustandekommen eines Plans ausgerichteten Restrukturierungsverfahren zur Verfügung. Dieses würde im Markt auch als solches erkannt. Die dann zwingende Verknüpfung von Eigenverwaltung und Plansanierung entspricht der Grundidee des Kommissionsvorschlags, dass auch für den präventiven Restrukturierungsrahmen nur den Restrukturierungsplan als Verfahrensziel kennt. Sie findet sich in fast allen europäischen Rechtsordnungen.

Der Vorteil dieser Option könnte darin liegen, durch die klare Abgrenzung jeder geplanten gerichtlichen Restrukturierung vom Regelungssystem der Insolvenzordnung Restrukturierungen insgesamt zu stärken, indem man ihnen das Stigma der Insolvenz erspart. Abzuwarten bliebe dann, inwieweit ein neues Restrukturierungsverfahren bald selbst in der Öffentlichkeit als Gesamtverfahren mit InsO-Verfahren in Verbindung gebracht wird, sodass auch für das Restrukturierungsverfahren ein neues Stigma entsteht. Jedenfalls wäre der Zugang zu dieser Verfahrensart zu regeln, wozu auch die Frage gehört, inwieweit auch bei Vorliegen von Insolvenzgründen ein Restrukturierungsverfahren noch genutzt werden dürfte. Jedenfalls würde es bei insolventen Schuldern als Gesamtverfahren ausgestaltet werden müssen und insofern weniger Flexibilität bieten können als bei präventiven Restrukturierungsverfahren, die gerade kein Gesamtverfahren sein müssen.

Option 3: Der Gesetzgeber könnte schließlich auch maximalinvasiv tätig werden und Optionen 1 und 2 kombinieren. Danach würde ein insolvenzferner, mit wenigen Sanierungshilfen versehener vorinsolvenzlicher Restrukturierungsrahmen in Umsetzung der Richtlinie geschaffen, der nur zahlungsfähigen Schuldern offensteht und nicht kollektiv wirkt. Parallel

dazu würde eine Reform der Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO) diese – etwa nach österreichischem Vorbild – als Verfahrensoption der „Sanierung in Eigenverwaltung“ klar vom Regelverfahren absetzen.

8. Empfehlung

Die Frage nach dem grundsätzlichen Bedürfnis für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren im deutschen Recht wird mit der zu erwartenden Richtlinie verbindlich positiv beantwortet werden. Bei der Umsetzung der Richtlinie kann der Gesetzgeber je nach Gestalt einer endgültigen Richtlinie entweder das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren schlank halten und als zusätzliche Option anbieten, oder aber den Anlass nutzen und das vorinsolvenzliche Verfahren mit den ESUG-Verfahren zu einem einheitlichen Ansatz (Restrukturierung in Eigenverwaltung) verzahnen. Letzteres wäre von der Richtlinie weder gefordert noch gewünscht und würde das deutsche Insolvenzrecht in stärkerem Maße umgestalten als die erstgenannte Umsetzungsoption. Auch bestünde die Gefahr einer Entwertung der Sanierung im Regelinsolvenzverfahren, vor allem aber der Infektion der neuen Restrukturierungsoption mit dem Stigma der Insolvenz. Daher empfiehlt es sich, jedes vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren nur als eigenständige Option anzubieten, die folgerichtig auf das vorinsolvenzliche Stadium beschränkt ist. Dabei muss in der Umsetzung der Richtlinie darauf geachtet werden, dass insolvenzreife Schuldner Handlungsoptionen im präventiven Restrukturierungsrahmen nicht missbräuchlich in Anspruch nehmen können. Idealerweise sind die Verfahrensarten daher schon von der Anreizwirkung her klar voneinander zu trennen. Der volle „Instrumentenkasten“ des Insolvenzverfahrens (z.B. Wahlrecht bei gegenseitigen Verträgen, Insolvenzgeld) sollte daher nicht schon im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren zur Verfügung stehen. Hierzu müssen Schuldner die Eigenverwaltung in einem Gesamtverfahren oder eine Sanierung im Regelverfahren anstreben. Die Eigenverwaltung sollte dabei klar an das Sanierungsziel gekoppelt werden (siehe oben B. I. 7. b)). Inwieweit dann die Verfahrensoption der „Sanierung in Eigenverwaltung“ Teil des Einheitsverfahrens und der Insolvenzordnung bleiben oder ausgelagert werden sollte, ist offen. Angesichts der kontroversen Einschätzungen bei der Befragung zu außerinsolvenzlichen Optionen erscheint derzeit insgesamt ein behutsames Vorgehen des Gesetzgebers geboten.

C. Das Planverfahren

Der Ausbau des Insolvenzplanverfahrens war neben der Stärkung der Gläubigerautonomie und der Eigenverwaltung das zentrale Ziel des ESUG. Dabei ging es dem Gesetzgeber insbesondere darum, den Anwendungsbereich des Insolvenzplans als Sanierungsinstrument zu erweitern und Verzögerungsgefahren im Planverfahren abzubauen.²⁸² Die Ergebnisse der Befragung zeigen, dass diese Ziele durchaus erreicht wurden, wenngleich die Praxis den Insolvenzplan in flexiblerer Weise nutzt als es der ESUG-Gesetzgeber vorsah.

Der im Fokus des Gesetzgebungsverfahrens stehende Debt-Equity-Swap wird wenig genutzt (dazu unter II.) und auch ein Plan bei Masseunzulänglichkeit findet sich höchst selten (dazu unter III.). Dafür hat die Praxis den Nutzen verfahrensbegleitender Pläne erkannt und testet hier die Gestaltungsgrenzen der Insolvenzordnung (dazu unter I.).

Die vermehrte Nutzung des Insolvenzplans hat eine Reihe von konkreten Problemfragen hinsichtlich des zulässigen Planinhalts (dazu unter IV.) und des gesetzmäßigen Planverfahrens (dazu unter V.) aufgeworfen, die nur sehr schleppend einer höchstrichterlichen Klärung zugeführt werden. Verzögerungen der Planumsetzung durch Rechtsmittel lassen sich seit der Schaffung des Freigabeverfahrens kaum noch feststellen, sodass eine Vereinfachung der dortigen Regelungen diskutiert werden kann (dazu unter VI.). Schließlich scheinen die Regelungen zur Planumsetzung und -überwachung sowie zur Verfahrensaufhebung Anlass zur Überarbeitung zu geben (dazu unter VII.).

I. Der neue Anwendungsbereich (§ 217 InsO) – Verfahrens(beg)leitender Insolvenzplan

Kernziel des ESUG war der Ausbau des Anwendungsbereichs des Insolvenzplans. Mit seiner Hilfe sollte nicht mehr nur in Gläubigerrechte, genauer in Insolvenzforderungen und Absonderungsrechte, eingegriffen werden können. Das ESUG sollte vor allem Eingriffe in Anteilsrechte der am Schuldner beteiligten Personen durch den Insolvenzplan ermöglichen und so die gesellschaftsrechtliche Abstinenz des Insolvenzrechts aufgeben, um im Wettbewerb mit den anglo-amerikanischen Restrukturierungsrechten zu bestehen.²⁸³ Demgegenüber war die ausdrückliche Bestimmung der Zulässigkeit eines Insolvenzplans bei Masseunzulänglichkeit in § 210a InsO weniger ein Paradigmenwechsel als eine Klarstellung.²⁸⁴ Ent-

²⁸² BT-Drucks. 17/5712, S. 18 f.

²⁸³ Siehe BT-Drucks. 17/5712, S. 18, 30.

²⁸⁴ Siehe BT-Drucks. 17/5712, S. 29.

sprechendes gilt für die erst durch den Rechtsausschuss angeregte Aufnahme „verfahrensleitender Insolvenzpläne“ in § 217 Satz 1 InsO.²⁸⁵ Alle diese Regelungen haben in der Tat dazu geführt, dass der Insolvenzplan in der Praxis als relevanter wahrgenommen wird (siehe die Ergebnisse der Befragung, Abb. 4: M = 2,81).²⁸⁶

Das ESUG hat den Beteiligten in § 217 Satz 1 InsO erlaubt, auch die „Verfahrensabwicklung“ in einem Insolvenzplan abweichend von den Vorschriften der Insolvenzordnung zu regeln. Diese Klarstellung erfolgte auf Anregung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages²⁸⁷ angesichts einer Entscheidung des BGH²⁸⁸. In dieser Entscheidung ließ der BGH offen, ob das LG Frankfurt am Main in seiner Ausgangsentscheidung²⁸⁹ zu Recht von der Unzulässigkeit von Insolvenzplänen ausging, die lediglich Verfahrensaspekte regeln, ohne insgesamt die Insolvenzsituation zu lösen und so eine unmittelbare Verfahrensaufhebung zu ermöglichen. Das ESUG stellte vor diesem Hintergrund klar, dass solche „Teilpläne“ grundsätzlich zulässig sind. Allerdings machte die Gesetzesbegründung gleichzeitig deutlich, dass eine „Änderung im Hinblick auf von vornherein planfeste Vorschriften, von denen auch bei einer Verfahrensabwicklung mittels eines Insolvenzplanes nicht abgewichen werden darf (beispielsweise das Forderungsprüfungs- und -feststellungsverfahren), [...] mit der Klarstellung in § 217 InsO und der Folgeänderung in § 258 InsO nicht verbunden“ ist.²⁹⁰ Für die Praxis stellt sich seither das Problem, planfeste Regelungen der InsO von plandispositiven zu unterscheiden.

1. Ergebnis der Befragung

Die strukturierte Befragung enthielt keine allgemeine Frage zu Erfahrungen oder Meinungen zu verfahrensbegleitenden Insolvenzplänen. Die mit dieser Art von Plänen einhergehende Bestimmung der Planfestigkeit bestimmter Regeln der Insolvenzordnung war allerdings mit Bezug zu den in der Praxis kontrovers diskutierten und vom BGH jeweils für unzulässig gehaltenen Planklauseln zum Ausschluss von Nachzüglern und zur Festsetzung der Verwaltervergütung Gegenstand der Befragung (Abb. 10). Die Ergebnisse der Befragung machen zwei Dinge deutlich. Zum einen wird überwiegend die Zulässigkeit solcher Klauseln gewünscht (Abb. 10: 3,04 im Mittelwert zu Präklusionsklauseln und 2,96 im Mittelwert zu

²⁸⁵ Siehe BT-Drucks. 17/7511, S. 35.

²⁸⁶ Dies deckt sich mit den Ergebnissen anderer Befragungen; vgl. etwa *Paul/Rudow*, NZI 2016, 385, 390.

²⁸⁷ Siehe BT-Drucks. 17/7511, S. 35.

²⁸⁸ BGH, 5.2.2009 – IX ZB 230/07, NZI 2009, 230.

²⁸⁹ LG Frankfurt am Main, 29. 10. 2007 - 2/9 T 198/07, NZI 2008, 110.

²⁹⁰ BT-Drucks. 17/7511, S. 35.

Vergütungsregelungen). Zum anderen fallen die Antworten aber auch überaus kontrovers aus (Standardabweichung bei 0,92 bzw. 1,07). So wird die Möglichkeit einer verbindlichen Festsetzung der Verwalter-/Sachwaltervergütung im Insolvenzplan vor allem von Berater- und Schuldnerseite gewünscht (Tab. 20: M = 3,19 bzw. 3,15), von den Richtern und Rechtspflegern hingegen eher neutral bewertet (Tab. 20: M = 2,69). Entsprechendes gilt für den Wunsch nach der Zulassung materieller Präklusionsklauseln, die von Verwaltern, Beratern und Geschäftsleitern stark nachgefragt wird (Tab. 20: M = 3,25-3,33), während Richter und Rechtspfleger (Tab. 20: M = 2,81), aber auch Gläubigervertreter (Tab. 20: M = 2,76) diesen Bedarf eher neutral bewerten.

2. Sonstige ESUG-Studien

Sonstige ESUG-Studien haben keine Erkenntnisse zu dieser Fragestellung geliefert.

3. Stellungnahmen aus Rechtsprechung, Literatur und Verbänden

Rechtsprechung, Literatur und Verbände haben sich zum Teil sehr kontrovers zur Planfestigkeit von InsO-Regelungen geäußert, wobei sich die Diskussion naturgemäß auf bestimmte Regelungsgegenstände fokussiert, weshalb die Darstellung nachfolgend anhand dieser jeweiligen Gegenstände erfolgt.

a) Planregelungen zur Forderungsprüfung, §§ 174-186 InsO

Die erste Entscheidung des BGH erging bereits am 5.2.2009²⁹¹ zum Insolvenzplan der *Phoenix Kapitaldienst GmbH* zur Planfestigkeit der Vorschriften über die Feststellung der Forderungen der Gläubiger (§§ 174 bis 186 InsO). Hier sah der Insolvenzplan eine Regelung zur Bestimmung der Schadenersatzhöhe bei geschädigten Kapitalanlegern vor, wodurch angesichts massenhaft streitiger Insolvenzforderungen der Anleger der betrügerischen Schuldnergesellschaft eine zügige Ausschüttung der zur Verfügung stehenden 230 Mio. Euro erreicht werden sollte. Die Regelung wich dabei allerdings von den §§ 174 ff. InsO ab. Dies hielt der BGH für unzulässig. Er stützte sich dabei auf die Feststellung, dass diese gesetzlichen Bestimmungen nicht plandisponibel seien, da es ansonsten möglich wäre, „durch Mehrheitsbeschluss einzelnen Gläubigern – oder wie vorliegend einer ganzen Gruppe von Gläubigern – ihre Forderung vollständig oder teilweise zu entziehen.“²⁹² Die verfahrensrechtlichen Garantien der §§ 174 ff. InsO, also das Recht aller Beteiligten zum Widerspruch und das Recht der Gläubiger zur gerichtlichen Feststellung der angemeldeten Forderung, sind

²⁹¹ BGH, 5.2.2009 – IX ZB 230/07, NZI 2009, 230.

²⁹² BGH, 5.2.2009 – IX ZB 230/07, NZI 2009, 230 Rn. 26.

danach planfest. Die praktischen Auswirkungen der Entscheidung waren allerdings durchaus verheerend, musste doch nun für jeden einzelnen Gläubiger einer streitigen Forderung die gerichtliche Forderungsfeststellung erfolgen und dabei waren – bei Ausbleiben einer gütlichen Einigung – Rechtsfragen zu klären, die noch im Jahr 2014 den BGH beschäftigten.²⁹³ Die Verteilung hat sich so um Jahre verzögert.

In der Literatur wird die Planfestigkeit der verfahrensrechtlichen Garantien der §§ 174 ff. InsO, also das Recht aller Beteiligten zum Widerspruch und das Recht der Gläubiger zur gerichtlichen Feststellung der angemeldeten Forderung, weitgehend anerkannt,²⁹⁴ wenn gleich die hieraus entstehenden praktischen Schwierigkeiten in Fällen mit massenhaft streitigen Insolvenzforderungen durchaus beachtlich sind.²⁹⁵ Zur Bewältigung dieser Probleme werden inzwischen andere Plangestaltungen vorgeschlagen.²⁹⁶

Verbandsstellungsmaßnahmen sind zu diesen Fragen nicht veröffentlicht worden.

b) Präklusions- oder Ausschlussklauseln für Nachzügler, §§ 259a, 259b InsO

Der schon die Entscheidung zum *Phoenix*-Insolvenzplan tragende Gedanke der Unzulässigkeit einer Planregelung, aufgrund der durch Mehrheitsbeschluss Gläubigerforderungen vernichtet werden können, findet sich auch in der Entscheidung des BGH vom 7.5.2015 wieder, in der er die Zulässigkeit von Präklusions- oder Ausschlussklauseln in Insolvenzplänen verneinte.²⁹⁷ Der Regelungsinhalt solcher Planbestimmungen besteht darin, dass Insolvenzgläubiger, die erst nach einem bestimmten Verfahrenszeitpunkt (etwa der Beendigung des Abstimmungstermins) Forderungen anmelden, bei den Leistungen aus dem Insolvenzplan nicht mehr berücksichtigt werden, also keinerlei Planquote erhalten. Darüber hinaus sollen sie mit ihren Insolvenzforderungen aber auch nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens gegen den Schuldner vollumfänglich ausgeschlossen sein (sog. „anspruchsvernichtende Ausschlussklausel“²⁹⁸). Der Zweck solcher Klauseln besteht darin, die Finanzplanung des Plangestalters gegen finanzielle Risiken abzusichern, die aus dem „Auftauchen“ passiver Gläubiger nach der Planbestätigung entstehen. Da diese Gläubiger in das Profil einer der Gläubi-

²⁹³ Vgl. BGH, 10.4.2014 – IX ZR 176/13, NZI 2014, 608.

²⁹⁴ Landry, EWiR 2009, 251, 252; Madaus, Insolvenzplan, 2011, S. 394 f.; Piekenbrock, LMK 2009, 281471.

²⁹⁵ Daher kritisch Heinrich, NZI 2009, 546, 548 f.

²⁹⁶ Vgl. etwa Gellert, Abwicklungs- und Verteilungsprobleme bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen im Insolvenzverfahren, 2017.

²⁹⁷ BGH, 7.5.2015 – IX ZB 75/14, NZI 2015, 697 Rn. 11; bestätigt in BGH, 3.12.2015 – IX ZA 32/14, NZI 2016, 170 Rn. 2; ebenso BAG, 19.11.2015 – 6 AZR 559/14, NZI 2016, 175, 177 Rn. 25.

²⁹⁸ So die treffende Bezeichnung durch das BAG, 19.11.2015 – 6 AZR 559/14, NZI 2016, 175, 177 Rn. 25.

gergruppen (im Zweifel als ungesicherte Insolvenzgläubiger) fallen, sind sie trotz ihrer Passivität gemäß § 254b InsO an den Planinhalt gebunden, weshalb sie zwar die Undurchsetzbarkeit ihrer Forderungen in Höhe des Planerlasses hinnehmen müssen, aber ohne eine Ausschlussklausel eben auch die Planquote beanspruchen können.

Der BGH hält solche anspruchsvernichtenden Ausschlussklauseln für unzulässig, ja sogar für verfassungswidrig. Die einfachrechtliche Unzulässigkeit einer Ausschlussklausel folge schon aus § 226 Abs. 1 InsO, der die Ungleichbehandlung innerhalb einer Gläubigergruppe untersagt. Eine solche Ungleichbehandlung der passiven Gläubiger gegenüber den aktiven in derselben Gruppe erzeuge aber jede Ausschlussklausel.²⁹⁹ Auch die Gestaltungsalternative der Bildung einer Gruppe passiver Gläubiger mit der Planquote „Null“ sei unzulässig, da hier zwar kein Verstoß gegen § 226 InsO, wohl aber eine nicht sachgerechte Gruppenbildung (§ 222 InsO) gegeben sei, da das Differenzierungskriterium der rechtzeitigen Anmeldung die Vorgaben des § 222 InsO nicht erfülle.³⁰⁰ Die Verfassungswidrigkeit einer anspruchsvernichtenden Ausschlussregelung folge daneben aus einem Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG, der die Forderungsrechte der Insolvenzgläubiger schützt und Eingriffe nur auf gesetzlicher Grundlage zulässt. Der insofern denkbare Gesetzesvorbehalt in § 217 Satz 1 InsO wird für die Frage der Zulässigkeit von Ausschlussklauseln von der speziellen Regelung in den §§ 254b, 259a, 259b InsO verdrängt, da der ESUG-Gesetzgeber durch diese Vorschriften gerade das bekannte Nachzügler-Problem auf eine Weise lösen wollte, die den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zu anspruchsvernichtenden Ausschlussregelungen aus dessen Entscheidung über § 14 Abs. 1 Satz 1 GesO gerecht wird.³⁰¹ Das BVerfG hielt einen solchen Ausschluss 1994 nur für verfassungsgemäß, soweit sichergestellt ist, dass Gläubiger, die unverschuldet die Frist versäumen, nicht beeinträchtigt werden.³⁰² Der ESUG-Gesetzgeber entschied sich auf dieser Grundlage bewusst gegen eine Neuauflage des § 14 GesO und damit gegen eine materielle Ausschlussklausel.³⁰³ Diese Entscheidung könne nun auch durch einen Insolvenzplan nicht korrigiert werden.

Die Rechtsprechung des BGH stellt damit fest, dass die gesetzgeberische Lösung des Nachzügler-Problems in den §§ 254b, 259a/b InsO planfest ist. Anspruchsvernichtende Ausschlussklauseln sind daher unzulässig. Dasselbe wird – mangels gesetzlicher Grundlage –

²⁹⁹ BGH, 7.5.2015 – IX ZB 75/14, NZI 2015, 697 Rn. 15; bestätigt in BGH, 3.12.2015 – IX ZA 32/14, NZI 2016, 170 Rn. 2.

³⁰⁰ BGH, 7.5.2015 – IX ZB 75/14, NZI 2015, 697 Rn. 15.

³⁰¹ BVerfG, 26.4.1995 – 1 BvL 19/94, 1 BvR 1454/94, BVerfGE 92, 262.

³⁰² BVerfG, 26.4.1995 – 1 BvL 19/94, 1 BvR 1454/94, BVerfGE 92, 262, 274 f.

³⁰³ BT-Drucks. 17/5712, S. 37. Darauf weist auch der BGH explizit hin (BGH, 7.5.2015 – IX ZB 75/14, NZI 2015, 697, 699 Rn. 13).

für verschuldensabhängige Ausschlussklauseln analog § 14 Abs. 1 Satz 1 GesO gelten. Von unzulässigem anspruchsvernichtenden Ausschlussklauseln sind allerdings solche Klauseln zu unterscheiden, die verspätet gerichtlich geltend gemachte, bestrittene Forderungen analog §§ 188, 189 InsO lediglich von der Planausschüttung ausschließen und sie wegen der Planquote auf die Leistungsklage verweisen. Da solche Planklauseln als Rechtsfolge nicht das Erlöschen des Gläubigeranspruchs in Höhe der Planquote vorsehen, berühren sie das Forderungsrecht und folglich Art. 14 GG nicht. Sie enthalten nur eine Verteilungsregelung und sind daher nach allgemeiner Ansicht zulässig.³⁰⁴

In der Literatur wurde die Planfestigkeit der §§ 259a, 259b InsO im Sinne einer Unzulässigkeit anspruchsvernichtender Ausschlussklauseln vor der Entscheidung des BGH überaus kontrovers beurteilt. Eine verbreitete Auffassung in der Literatur, die auch von instanzgerichtlichen Entscheidungen geteilt wurde, hielt solche Klauseln für zulässig und in der Plangestaltung notwendig, während eine ebenfalls verbreitete Gegenauffassung für ihre Unzulässigkeit plädierte.³⁰⁵ Dennoch wurde die Entscheidung des BGH in der Literatur ganz überwiegend begrüßt bzw. akzeptiert.³⁰⁶ Soweit sich die Literatur vor diesem Hintergrund nun den Regelungen in den §§ 259a, 259b InsO kritisch zuwendet, wird argumentiert, dass zumindest Ausschlussklauseln im Plan zulässig sein sollten, die den Maßstäben des für verfassungsgemäß erklärten § 14 GesO einhalten und entsprechend belehrten Nachzüglern eine Wiedereinsetzungsmöglichkeit einräumen.³⁰⁷

Auch die Verbände äußern Unzufriedenheit. Der Gravenbrucher Kreis hat sich in seinem Thesenpapier zum ESUG vom Oktober 2015 zum hier angesprochenen Fragen positioniert. Unter Punkt 8 b) sieht er in den Regelungen der §§ 259a und 259b InsO ein „nicht hinreichendes Korrektiv“ zum Umgang mit Nachzüglern. Er schlägt daher vor, „zum Zwecke der Erlangung von Rechts- und Planungssicherheit im Rahmen der Durchführung des Insolvenzplans, die Einbeziehung nachträglich angemeldeter Forderungen zeitlich beispielsweise auf nur wenige Wochen nach dem Erörterungs- und Abstimmungstermin, §§ 235, 241 InsO, bzw. nach Rechtskraft des gerichtlichen Bestätigungsbeschlusses, §§ 148, 252 InsO, zu beschränken.“ Zugleich regt der Gravenbrucher Kreis an, diese Ausschlussfrist auf solche Nachzügler zu erstrecken, die ihre Forderungen zwar frühzeitig im Insolvenzverfahren angemeldet haben, deren Forderungen sodann allerdings bestritten wurden und die erst zu

³⁰⁴ Vgl. BGH, 15.7.2010 - IX ZB 65/10, NZI 2010, 734, 735 Rn. 9; BAG, 19.11.2015 – 6 AZR 559/14, NZI 2016, 175, 176 Rn. 22 f.

³⁰⁵ Umfangreiche Nachweise zum alten Meinungsstand finden sich in der Begründung der BGH-Entscheidung; siehe BGH, 7.5.2015 – IX ZB 75/14, NZI 2015, 697, 699 Rn. 14.

³⁰⁶ Begrüßend etwa *Flitsch/Birnbreier*, DB 2015, 2012, 2013; *Madaus*, NZI 2015, 702, 703; *Skaurad-zun/Spahlinger/Tresselt*, DZWIR 2015, 539, 549.

³⁰⁷ *J.M. Schmidt*, in: Festschrift Kübler, 2015, S. 621, 631 f.

einem Zeitpunkt nach Beendigung des Insolvenzverfahrens Maßnahmen zur Feststellung ihrer Forderungen ergreifen.

c) Vergütungsregelungen, §§ 54 Nr. 2, 63-65 InsO, InsVV

Eine weitere Entscheidung des BGH³⁰⁸ betraf die Zulässigkeit von Planregelungen zur Verwaltervergütung. Im konkreten Fall wurden drei diesbezügliche Regelungen in den gestaltenden Teil des Plans aufgenommen: (1) Die Billigung der vergütungsrelevanten Positionen zur Berechnungsgrundlage und die einzelnen in dem Insolvenzverfahren angefallenen Vergütungsfaktoren gemäß § 3 InsVV; (2) die Angemessenheit eines Zuschlags von 545 % inklusive der Berechnungsgrundlagen sowie (3) die entsprechende Beantragung einer Vergütung von ca. 3 Mio. Euro sowie die Planbedingung (§ 249 InsO) einer entsprechenden Vergütungsfestsetzung. Der BGH hielt alle drei Planregelungen für unzulässig.

Dabei verwies er zunächst darauf, dass derartige Vergütungsregelungen schon nicht in den gegenständlichen und subjektiven Anwendungsbereich eines Insolvenzplans nach § 217 Satz 1 InsO fielen. Gegenständlich würden sie Vergütungsansprüche und damit Masseverbindlichkeiten (§ 54 Nr. 2 InsO) regeln; dies sähe § 217 Satz 1 InsO jenseits des Sonderfalls des § 210a InsO nicht vor.³⁰⁹ In subjektiver Hinsicht würden Rechte des Insolvenzverwalters gestaltet; dieser sei aber weder als Verwalter noch als Massegläubiger Beteiligter eines Planverfahrens und daher auch subjektiv nicht dem Anwendungsbereich des Insolvenzplans unterworfen.³¹⁰

Daneben stützte der BGH seine Entscheidung auf die Feststellung, dass die gesetzlichen Vorschriften über die Vergütung des Insolvenzverwalters planfest sind.³¹¹ Zur Begründung verweist er nicht nur auf die besondere gesetzliche Ausgestaltung des Verfahrens der Vergütungsfestsetzung, die dem Insolvenzgericht die Vergütungsfestsetzung nach den gesetzlichen Maßstäben zuweist³¹², sondern vor allem auf die besondere Funktion des Insolvenzverwalters als neutralem Verfahrensorgan zur Wahrung öffentlicher Belange, dessen Unabhängigkeit durch Vergütungsregelungen nicht gefährdet werden dürfe.³¹³

In der Literatur wurde die Frage der Zulässigkeit einer für Gericht und Verwalter verbindlichen Regelung der Verwaltervergütung im Insolvenzplan vor der Grundsatzentscheidung

³⁰⁸ BGH, 16.2.2017 – IX ZB 103/15, NZI 2017, 260.

³⁰⁹ BGH, 16.2.2017 – IX ZB 103/15, NZI 2017, 260 Rn. 22.

³¹⁰ BGH, 16.2.2017 – IX ZB 103/15, NZI 2017, 260 Rn. 21; im Anschluss an BGH, 22. 2. 2007 – IX ZB 106/06, NZI 2007, 341 Rn. 7.

³¹¹ BGH, 16.2.2017 – IX ZB 103/15, NZI 2017, 260, 262 Rn. 27.

³¹² BGH, 16.2.2017 – IX ZB 103/15, NZI 2017, 260, 262 Rn. 29.

³¹³ BGH, 16.2.2017 – IX ZB 103/15, NZI 2017, 260, 262 Rn. 30-33.

des BGH überaus kontrovers beurteilt. Die wohl überwiegende Auffassung in Literatur und bei den Instanzgerichten hielt eine solche Regelung für zulässig und wünschenswert, während sich eine vor allem in der Literatur verbreitete Gegenansicht gegen derartige Klauseln aussprach und eine vermittelnde Ansicht nur eine von allen Beteiligten getragene Vergütungsvereinbarung zulassen wollte.³¹⁴

Die Position des BGH wurde dann überwiegend begrüßt.³¹⁵ Aus dem Kreise der Insolvenzrichter wird sogar die Befürchtung geäußert, die Position des BGH ginge nicht weit genug, da es durch die vom BGH weiter zugelassene Selbstbindung der Verwalter an eine eigene Vergütungsprognose³¹⁶ zum befürchteten Wettbewerb der Verwalter um Verfahren durch die Zusage der niedrigsten Vergütungen kommen könne, ohne dass die Gerichte hier durch die freie Vergütungsfestsetzung eingreifen könnten.³¹⁷

Aus dem Kreis der Verbände fordert der BAKinso e.V. eine Klarstellung dahingehend, dass § 64 Abs. 1 InsO nicht plandispositiv ist.³¹⁸

d) Verzicht auf die Schlussrechnungsprüfung, § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO

Höchstrichterliche Rechtsprechung zur Reichweite der Regelungsbefugnisse eines Insolvenzplans im Bereich der Schlussrechnungsprüfung fehlt.

Für die Schlussrechnungslegung erlaubt § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO dem Insolvenzplan ausdrücklich eine abweichende Regelung. Der ESUG-Gesetzgeber wollte mit der Einräumung dieser Planregelungskompetenz die Gefahr einer sanierungsgefährdenden Verfahrensverzögerung beseitigen, die sich daraus ergab, dass die Schlussrechnungslegung inklusive gerichtlicher Schlussrechnungsprüfung trotz rechtskräftiger Planbestätigung noch vor einer Verfahrensaufhebung erfolgen mussten und diese in der Praxis nicht selten erheblich verzögern konnte. Da aber erst mit der Verfahrensaufhebung die Verfügungsbefugnis wieder auf den Schuldner zurückkehrte, erschien eine solche Verzögerung geeignet, die Sanierungswirkung eines Insolvenzplans erheblich zu beeinträchtigen.³¹⁹ Die Befugnis zur Planregelung der Schlussrechnungslegung sollte daher den Beteiligten ermöglichen, auf diese Gefahr zu reagieren, indem sie über die Notwendigkeit einer Schlussrechnung entscheiden und

³¹⁴ Umfangreiche Nachweise zum alten Meinungsstand finden sich in der Begründung der BGH-Entscheidung; siehe BGH, 16.2.2017 – IX ZB 103/15, NZI 2017, 260, 262 Rn. 25.

³¹⁵ Siehe etwa *Haarmeyer*, ZInsO 2017, 543; *Madaus*, EWiR 2017, 179, 180; *Storz*, NZI 2017, 264; *Wozniak*, jurisPR-InsR 7/2017 Anm. 1.

³¹⁶ BGH, 16.2.2017 – IX ZB 103/15, NZI 2017, 260, 263 f. Rn. 40 f.

³¹⁷ So insbesondere *Blankenburg*, ZInsO 2017, 531, 532.

³¹⁸ Entschließung der BAKinso-Jahrestagung 2014, S. 4.

³¹⁹ BT-Drucks. 17/5712, S. 26 f.

ggf. auf eine solche verzichten oder aber eine Verfahrensaufhebung unabhängig von der Schlussrechnungslegung erlauben.³²⁰ Angesichts dieser klaren Regelungsmotive wurde in der Folge auch nicht das „Ob“ einer Plandispositivität der Schlussrechnungslegung diskutiert, sondern die konkrete Reichweite derselben nach § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO.

Eine Ansicht³²¹ will die Regelungsbefugnis in § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO auf die Schlussrechnungslegung gegenüber der Gläubigerversammlung nach Abs. 1 beschränken. Dem Insolvenzgericht müsse der Verwalter hingegen stets eine Schlussrechnungsprüfung nach § 66 Abs. 2 InsO ermöglichen. Die gerichtliche Schlussrechnungsprüfung sei also planfest und könne im Plan allenfalls von der Verfahrensaufhebung entkoppelt werden.

Die Gegenansicht³²² hält unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung³²³ hingegen eine umfassende Planregelung der Schlussrechnungslegung für möglich, die insbesondere auch jede gerichtliche Schlussrechnungsprüfung nach § 66 Abs. 2 InsO verbindlich ausschließt. Auch könne eine gerichtliche Schlussrechnungsprüfung ohne Schlussrechnungslegung gegenüber der Gläubigerversammlung nach Abs. 1 ihren eigentlichen Zweck, die Gläubiger unter sachkundiger Hilfe des Gerichts umfassend zu informieren,³²⁴ nicht erfüllen.

Eine vermittelnde Ansicht³²⁵ bezieht die Plandispositivität in § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO ebenso auf die gesamte Schlussrechnungslegung nach § 66 InsO, hält im Ausgangspunkt also auch die dort erfasste gerichtliche Schlussrechnungsprüfung für plandispositiv. Eine solche Planbestimmung soll es dann aber dem Gericht nicht verwehren können, im Rahmen seiner allgemeinen Aufsicht über das Verwalterhandeln nach § 58 Abs. 1 Satz 1 InsO im Einzelfall eine Schlussrechnungslegung gegenüber dem Gericht anzufordern. Denn in diese allgemeinen gerichtlichen Befugnisse könne der Plan nicht eingreifen; aus ihnen würde auch keine Sanierungsgefährdung erwachsen.

Auch Verbandsstellungen sind vorhanden. So hat sich der Gravenbrucher Kreis in seinem Thesenpapier zum ESUG vom Oktober 2015 zum hier angesprochenen Fragen positioniert. In Punkt 8 c) formuliert der Gravenbrucher Kreis den Wunsch, die Insolvenzgerichte ausdrücklich an einen im Insolvenzplan verankerten Verzicht auf eine Schlussrechnungs-

³²⁰ BT-Drucks. 17/5712, S. 27.

³²¹ Harbeck, ZInsO 2014, 388, 390 f.

³²² Mock, in: Uhlenbruck, § 66 Rn. 41 f.; Thies, in: HambKomm, § 258 Rn. 8.

³²³ Dort wird tatsächlich aus der Schlussrechnungslegung und –prüfung die Sanierungsgefahr abgeleitet und ein Verzicht auf die Schlussrechnung „nach § 66 InsO“ erlaubt; vgl. BT-Drucks. 17/5712, S. 27.

³²⁴ BT-Drucks. 12/2443, S. 131.

³²⁵ AG Ludwigshafen ZIP 2015, 991, 992 mit zust. Anm. Henkel EWiR 2015, 523, 524; Riedel, in: MünchKommInsO, § 66 Rn. 9.

gung nach § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO zu binden. Hintergrund dieser Forderung ist die Feststellung, dass sich die Gerichte faktisch häufig über entsprechende Regelungen im Insolvenzplan hinweg setzen und ungeachtet dessen eine Rechnungslegung (inkl. Kassenprüfung) anordnen. „Da Adressat der Schlussrechnung jedoch insbesondere und vorrangig die Gläubigerschaft ist und da die für die externe Rechnungsprüfung entstehenden Kosten zulasten der Masse gehen, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, sollte es nach Auffassung des Gravenbrucher Kreis grundsätzlich auch der Gläubigerschaft obliegen, auf die Schlussrechnungslegung unter bestimmten Umständen zu verzichten.“

e) Verwalterermächtigungen, § 221 Satz 2 und § 259 Abs. 3 InsO

Höchstrichterliche Rechtsprechung zur Reichweite der Regelungsbefugnisse eines Insolvenzplans im Bereich der Schlussrechnungsprüfung fehlt.

In der Literatur wird für verfahrensbegleitenden Planregelungen die mögliche Reichweite von Verwalterermächtigungen diskutiert, die sich zunächst nur sehr beschränkt in § 259 Abs. 3 InsO fanden, durch das ESUG dann aber in § 221 Satz 2 InsO erheblich erweitert wurden.

§ 259 Abs. 3 InsO gestattet explizit eine Regelung im gestaltenden Teil des Insolvenzplans, die den Insolvenzverwalter ermächtigt, auch noch nach der Verfahrensaufhebung (und dem damit eigentlich einhergehenden Verlust seiner Amtsstellung) einen bereits rechtshängigen Insolvenzanfechtungsrechtsstreit fortzuführen (Satz 1). Einer konkreten Auflistung der jeweiligen Prozesse bedarf es dabei weder zum Zwecke der wirksamen Ermächtigung noch zum Zwecke der Gläubigerinformation im darstellenden Teil.³²⁶ Der Plan kann auch bestimmen, ob der Verwalter die Prozesse auf Rechnung des Schuldners oder aufgrund einer anderen Kosten- und Beteiligungsregelung führen soll (Satz 2). Zulässig ist es daher etwa, im Plan vorzusehen, dass „etwaige Erlöse nach Abzug der Kosten im Wege der Nachtragsverteilung an die Insolvenzgläubiger ausgeschüttet werden.“³²⁷

§ 221 Satz 2 InsO räumt dem Insolvenzverwalter nun darüber hinaus nicht nur ein Berichtigungs- bzw. Nachbesserungsrecht für offensichtliche Planfehler ein, sondern erlaubt vor allem dessen Bevollmächtigung zu allen Maßnahmen der Planumsetzung durch eine entsprechende Planklausel. Diese darf nach wohl allgemeiner Ansicht in der Literatur allerdings

³²⁶ BGH, 7.5.2015 – IX ZB 75/14, NZI 2015, 697, 701 Rn. 34 f.

³²⁷ Diese Klausel hielt der BGH für zulässig; vgl. BGH, 7.5.2015 – IX ZB 75/14, NZI 2015, 697, 701 Rn. 32 f.

nicht pauschal formuliert sein; im darstellenden wie auch im gestaltenden Teil sind die betreffenden Umsetzungsmaßnahmen vielmehr hinreichend konkret zu beschreiben.³²⁸

Unklar ist in beiden Fällen, ob im Fall der Eigenverwaltung auch der Sachwalter (vgl. § 280 InsO) im Plan ermächtigt werden kann. Für § 221 Satz 2 InsO wird dies streitig diskutiert.³²⁹ Hinsichtlich der Regelung in § 259 Abs. 3 InsO findet sich keine Diskussion.

Unklar ist schließlich im Rahmen des § 221 Satz 2 InsO auch, ob der Insolvenzverwalter bzw. der Sachwalter lediglich als Amtsträger durch den Plan ermächtigt werden kann oder aber auch als natürliche Person.³³⁰ Könnte nur der Amtsträger handeln, so wäre die Ermächtigung mit der Verfahrensaufhebung und dem damit einhergehenden Erlöschen der Amtsstellung gegenstandslos. Eine eingehende Diskussion der damit angesprochenen Frage einer über die Verfahrensaufhebung und bloße Planüberwachung hinausgehende Tätigkeit des Verwalters bei der Planumsetzung wird erst in Abschnitt E. IV. erfolgen.

Verbandsstellungen sind zu dieser Frage nicht veröffentlicht worden.

4. Ergebnisse der Fallstudien

Fallstudie Nr. 9 zeigt, dass materielle Ausschlussklauseln vor der Entscheidung des BGH üblich waren.

5. Bewertung

Eine fundierte Bewertung der Streitfragen um den Anwendungsbereich bzw. die Regelungsbefugnisse eines Insolvenzplans setzt voraus, dass man das in den §§ 217 ff. InsO bislang verankerte Regelungssystem erkennt. Dieses bindet jeden Planeingriff streng an eine entsprechende gesetzliche Regelungsbefugnis.

Den Umfang dieser Befugnis bestimmt zunächst § 217 InsO. Diese Norm ist die „Basis für das Planverfahren“.³³¹ § 217 InsO räumt den Beteiligten eines Insolvenzverfahrens eine Option auf die Privatisierung der Insolvenzabwicklung ein und bestimmt gleichzeitig – abschließend und nicht dispositiv³³² – den Gegenstand dieser Option.³³³ Die damit einherge-

³²⁸ Eidenmüller, in: MünchKommInsO, § 221 Rn. 74; Madaus, ZIP 2016, 1141, 1148.

³²⁹ Befürwortend Thies, in: HambKomm, § 221 Rn. 11; ablehnend Streit/Lüer, in: Uhlenbruck, § 221 Rn. 14: der Schuldner ist zu ermächtigen.

³³⁰ So zumindest im Ergebnis Eidenmüller, in: MünchKommInsO, § 221 Rn. 70, 74; wohl auch Jaffé, in: FK-InsO, § 221 Rn. 18; a.A. Thies, in: HambKomm, § 221 Rn. 11.

³³¹ So zutreffend Braun, in: Nerlich/Römermann, § 217 Rn. 1.

³³² Ganz h.M. – vgl. Streit/Lüer, in: Uhlenbruck, § 217 Rn. 12 m. w. Nachw.; a.A. allein Spahlinger, in: Kübler/Prütting/Bork, § 217 Rn. 40.

hende begrenzende Wirkung der Norm ist wichtig. Sie wird vor allem nicht durch die allgemeine Zielvorstellung des InsO-Gesetzgebers relativiert, „den Beteiligten ein Höchstmaß an Flexibilität für die einvernehmliche Bewältigung der Insolvenz zu gewähren.“³³⁴ Denn schon der Folgesatz in der Gesetzesbegründung macht deutlich, dass diese Flexibilität bislang keinesfalls grenzenlos, sondern allein im Hinblick auf die Entscheidung über die Verwertung der Insolvenzmasse gedacht war, sollen doch die „Beteiligten [...] in einem Insolvenzplan in jeder Hinsicht von der gesetzlichen Zwangsverwertung der Insolvenzmasse abweichen können.“ Auch die Gesetzesbegründung erteilt dem Insolvenzplan also keineswegs einen Blankoscheck, da sie bei genauer Betrachtung nur eine Verwertungsregelung im Blick hatte.

Aus der Konzeption des § 217 InsO lässt sich also ein Ermächtigungserfordernis für jede Planregelung herleiten. Ein Insolvenzplan darf eine von den gesetzlichen Bestimmungen der Insolvenzordnung abweichende Rechtsfolge nur verbindlich regeln, wenn ihm die Insolvenzordnung dies ausdrücklich erlaubt. § 217 InsO beschreibt zugleich die äußere Grenze plan-tauglicher Regelungen. Liegt eine Planregelung innerhalb der Vorgaben des § 217 InsO, so ergibt sich daraus allein allerdings noch nicht die Zulässigkeit der Planklausel. Die eher generalklauselartige Beschreibung der Regelungsgegenstände eines Insolvenzplans in § 217 Satz 1 InsO (Befriedigung, Verwertung, Verfahrensabwicklung) würde ansonsten dazu führen, dass das Regelinsolvenzverfahren nahezu vollständig als plandispositiv anzusehen wäre. Um eine derart überschießende Eingriffsbefugnis auszuschließen, ist im Anwendungsbe- reich des § 217 Satz 1 InsO in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die konkrete gesetzliche Bestimmung, von der nach dem Plan abgewichen werden soll, ihrem Regelungszweck nach überhaupt zur Disposition der Beteiligten steht, also als plandispositiv oder als planfest anzusehen ist. Für die Feststellung der Plandispositivität sind entsprechende gesetzliche Regelungen (etwa § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO) zu beachten; sie ergibt sich ansonsten aus der Funktion der jeweiligen InsO-Vorschrift.

Das sich hieraus ergebende zweistufige Prüfungsschema entspricht inzwischen nicht nur dem Willen des ESUG-Gesetzgebers (dazu oben in der Einleitung unter I.). Es folgt auch aus den Vorgaben einer gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Dieser hatte schon in seiner *Phoenix*-Entscheidung im Jahr 2009 formuliert, dass auf der Grundlage des § 217 InsO „nur plandispositive Gegenstände“ in einem Insolvenzplan abweichend von den Vorschriften der Insolvenzordnung geregelt werden können, während auch in einem Plan von „planfesten Vorschriften“ nicht abgewichen werden darf, „es sei denn, es bestehen Son-

³³³ So treffend *Eidenmüller*, in: MünchKommInsO, § 217 Rn. 1.

³³⁴ BT-Drucks. 12/2443, S. 78.

dervorschriften, die eine Abweichung ausdrücklich zulassen.“³³⁵ Mithin ist auch der Rechtsprechung die Erkenntnis zu entnehmen, dass § 217 InsO einen Insolvenzplan nicht umfassend ermächtigt, sondern plandispositive Vorschriften der InsO von planfesten zu unterscheiden sind. Für diese Unterscheidung sind gesetzliche Sondervorschriften relevant.³³⁶

a) Plantauglichkeit einer Regelung nach § 217 InsO

Das Regelungssystem weist mithin in einem ersten Schritt der Regelung in § 217 InsO grundlegende Bedeutung zu. Hier beschreibt der Gesetzgeber die Regelungsbereiche der InsO, die er überhaupt für Planregelungen öffnet (Plantauglichkeit).

Schon der Wortlaut des § 217 InsO offenbart, dass die Norm primär die *Regelungsgegenstände* beschreibt, die in einem Insolvenzplan abweichend von den Vorschriften der InsO geregelt werden dürfen. Explizit aufgezählt werden:

- die Befriedigung der absonderungsberechtigten Gläubiger und der Insolvenzgläubiger,
- die Verwertung der Insolvenzmasse,
- die Verteilung der Masse bzw. des Erlöses an die Beteiligten,
- die Verfahrensabwicklung,
- die Nachhaftung des Schuldners und
- die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen.

Die Regelungsbefugnis eines Insolvenzplans ist auf die aufgezählten Regelungsgegenstände beschränkt („plantaugliche Regelungsgegenstände“). Die Frage nach der Zulässigkeit einer Planregelung muss folglich in einem ersten Schritt unter Heranziehung und Auslegung der in § 217 InsO abschließend benannten Regelungsgegenstände beantwortet werden. Die Befriedigung von Massegläubigern kann beispielsweise schon an dieser Stelle als nicht plantauglich identifiziert werden.³³⁷

Die Offensichtlichkeit der in § 217 InsO erfolgenden Aufzählung plantauglicher Regelungsgegenstände darf nicht dazu führen, die in der Norm ebenfalls enthaltene Begrenzung

³³⁵ So BGH, 5.2.2009 – IX ZB 230/07, NZI 2009, 230, 232 Rn. 25, bestätigt in BGH, 15.4.2010 – IX ZR 188/09, NZI 2010, 603, 604 Rn. 21. Dies dürfte allgemein anerkannt sein – vgl. *Streit/Lüer*, in: Uhlenbruck, § 217 Rn. 12.

³³⁶ *Spahlinger*, in: Kübler/Prütting/Bork, § 217 Rn. 40 sieht demgegenüber in § 217 InsO schon keine abschließende Aufzählung und hält daher stets nur die Frage der Plandispositivität (2. Stufe) für relevant (Rn. 41). Dann hätte § 217 InsO aber keinerlei Regelungsgehalt, was den Gesetzgebungsmotiven nicht gerecht wird.

³³⁷ So auch BGH, 16.2.2017 – IX ZB 103/15, NZI 2017, 260, 261 Rn. 22.

der subjektiven Reichweite eines Insolvenzplans zu übersehen. Insoweit beschreibt § 217 InsO im Einklang mit den §§ 254, 254a InsO eine einheitliche Reichweite jeder Planwirkung, die sich auf die Rechte der am Insolvenz(plan)verfahren *Beteiligten* beschränkt. Planbeteiligte sind in der – wiederum abschließenden – Aufzählung des § 217 InsO:

- die absonderungsberechtigten Gläubiger (nicht aber die Gläubiger mit Aussonderungsrechten),
- die Insolvenzgläubiger (inklusive der nachrangigen) sowie
- der Schuldner und – im Fall eines Planverfahrens – die an der Schuldnergesellschaft beteiligten Personen.

Personen, die nicht dem Kreis der „Beteiligten“ in § 217 InsO angehören und damit als Plandritte zu qualifizieren sind, können sich freiwillig an Planmaßnahmen beteiligen (vgl. § 230 Abs. 3 InsO); die Zwangswirkungen des Plans treffen sie nicht. Dies gilt insbesondere auch für den Insolvenzverwalter, der – selbst bei Vorlage eines Verwalterplans – nicht zum Beteiligten am Planverfahren wird.³³⁸ Und auch die Befriedigung von Massegläubigern kann an dieser Stelle wieder als nicht plantauglich identifiziert werden.³³⁹

b) Plandispositivität der verdrängten InsO-Regelung

Die weite Formulierung des Tatbestandes in § 217 Satz 1 InsO wird insbesondere bei Planbestimmungen zur Verfahrensabwicklung, zur Masseverwertung und -verteilung und damit zur Gläubigerbefriedigung dazu führen, dass sich die Zulässigkeitsprüfung erst auf der zweiten Stufe zuspitzen wird. Hier ist zu klären, ob der Plan von planfesten Vorschriften der Insolvenzordnung abweichen will. Dabei wird die Frage, ob eine Vorschrift planfester Natur ist, in der Regel nicht explizit im Gesetz beantwortet. Eine Antwort muss aus der Auslegung der Norm, insbesondere aus der Analyse ihres Schutzzweckes, heraus gegeben werden.

c) Analyse der Problemfälle

Die Anerkennung des aufgezeigten Regelungssystems erleichtert die Einordnung und Bewertung der vorgebrachten Argumente zu den einzelnen Streitfragen rund um verfahrensbegleitende Insolvenzpläne, ohne dass diese Diskussion hierdurch stets entschieden wird. Lediglich planuntaugliche Regelungen werden auf Stufe 1 erkannt. Die Diskussion um die Planfestigkeit von abbedungenen InsO-Regelungen auf Stufe 2 bleibt demgegenüber ohne Vorfestlegung.

³³⁸ So auch BGH, 16.2.2017 – IX ZB 103/15, NZI 2017, 260, 261 Rn. 21.

³³⁹ BGH, 16.2.2017 – IX ZB 103/15, NZI 2017, 260, 261 Rn. 22.

(1) *Planregelungen zur Forderungsprüfung, §§ 174-186 InsO*

Die Planfestigkeit der verfahrensrechtlichen Garantien der §§ 174 ff. InsO, also das Recht aller Beteiligten zum Widerspruch und das Recht der Gläubiger zur gerichtlichen Feststellung der angemeldeten Forderung, wird trotz der hieraus entstehenden praktischen Schwierigkeiten in Fällen mit massenhaft streitigen Insolvenzforderungen inzwischen wohl allgemein anerkannt. Lösungswege werden auf dieser Basis entwickelt.³⁴⁰ Es überzeugt auch tatsächlich, die Feststellung der Grundlage jeder Verfahrensbeteiligung für einen Gläubiger allein den gesetzlichen Regeln zu überlassen. Die §§ 174 ff. InsO sind daher als planfest anzuerkennen.

Die praktischen Probleme im Umgang mit massenhaft streitigen Insolvenzforderungen, wie sie insbesondere im *Phoenix*-Verfahren deutlich wurden, berührt vor diesem Hintergrund auch weniger die Anwendung der §§ 174 ff. InsO als vielmehr die allgemeine zivilprozessuale Handhabung von Massenverfahren, da infolge der insolvenzrechtlichen Regeln eine Vielzahl von Feststellungsprozessen nach § 180 InsO vor den Zivilgerichten anhängig werden. Erst das Fehlen effizienter zivilprozessualer Instrumente der Prozessverbindung im deutschen Recht führte die Praxis zum Rückgriff auf das Insolvenzplanverfahren als Instrument der einheitlichen Behandlung ganzer Gläubigergruppen. Vielleicht wäre insofern angezeigt, eine Erweiterung des Zuständigkeitsbereichs des Gesetzes über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (KapMuG) auf derartige Feststellungsstreitigkeit aus insolventen Kapitalanlagegesellschaften zu erwägen.

Insgesamt ergeben sich damit folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er könnte effizientere zivilprozessuale Instrumente der Prozessverbindung jenseits des Insolvenzrechts schaffen, etwa den Anwendungsbereich des KapMuG auf Feststellungsstreitigkeiten aus insolventen Kapitalanlagegesellschaften erweitern.

Option 3: Er könnte die §§ 174-186 InsO für plandispositiv erklären.

(2) *Präklusions- oder Ausschlussklauseln für Nachzügler, §§ 259a, 259b InsO*

Die Rechtsprechung von BGH und BAG sehen die gesetzgeberische Lösung des Nachzügler-Problems in den §§ 254b, 259a/b InsO als planfest an. Anspruchsvernichtende Ausschlussklauseln sind daher unzulässig. Die Absicherung der Plans gegenüber überraschenden Nachzüglerforderungen ist daher allein über eine sorgfältige Aufklärung des Gläubiger-

³⁴⁰ Vgl. etwa *Gellert*, Abwicklungs- und Verteilungsprobleme bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen im Insolvenzverfahren, 2017.

kreises durch den Planersteller (vgl. § 229 Satz 3 InsO) möglich.³⁴¹ Vorsichtshalber werden zudem Rücklagen für Planquoten von Nachzüglern zu bilden sein, die erst nach Ablauf der Fristen der §§ 259a, 259b InsO aufgelöst und ggf. den Insolvenzgläubigern quotenerhöhend zugewiesen werden können.

Die Ergebnisse unserer Befragung machen allerdings deutlich, dass die Mehrheit der Befragten eine Zulassung solcher Ausschlussklauseln durch den Gesetzgeber, und damit eine Korrektur der Entscheidung, befürworten würde (Abb. 10: M = 3,04). Die Befragung lässt zudem erkennen, dass diese Frage weiter höchst kontrovers beurteilt wird (SD = 0,92). Die Zulassung materieller Präklusionsklauseln wird vor allem von Verwaltern, Beratern und Geschäftsleitern gefordert (Tab. 20: M = 3,25-3,33), während Richter und Rechtspfleger (Tab. 20: M = 2,81), aber auch Gläubigervertreter (Tab. 20: M = 2,76) den Regelungsbedarf eher neutral bewerten.

Die Handlungsoptionen des Gesetzgebers sind nun allerdings durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beschränkt, das den Eingriff in die durch Art. 14 GG geschützten Forderungsrechte der von anspruchsvernichtenden Ausschlussklauseln betroffenen Gläubiger nur für angemessen und damit verfassungsgemäß hielt, wenn sie die Frist schuldhaft versäumen.³⁴² Eine rechtssichere allgemeine materielle Ausschlussregelung kann es danach nicht geben. Dies wurde schon in der Diskussion um die §§ 259a, 259b InsO respektiert und führte dazu, dass sich der Gesetzgeber ausdrücklich gegen die Zulassung materieller, also anspruchsvernichtender Ausschlussklauseln entschied.³⁴³ Stattdessen knüpfte er an die Vorschläge der ersten Kommission an³⁴⁴ und schuf die §§ 259a, 259b InsO.

Lässt sich mithin der verbreitete Wunsch nach allgemein und rechtssicher wirkenden Präklusionsklauseln nicht umsetzen, so wäre weiter zu überlegen, wie sich der in den §§ 259a, 259b InsO gewährte Schutz verbessern ließe. Dabei ist vorzuschicken, dass ein Schutz analog § 14 GesO – also der Ausschluss von Nachzüglern von Planausschüttungen unter Verweis auf die Rechte gegen den Schuldner nach Verfahrensbeendigung (Verfahrenspräklusion statt materieller Präklusion) – durch die Aufnahme entsprechender Planklauseln *de lege lata* bereits zulässig und üblich ist.³⁴⁵

³⁴¹ Hierauf auch hinweisend *Flöther/Gelbrich*, jurisPR-InsR 15/2015 Anm. 2.

³⁴² BVerfG, 26.4.1995 – 1 BvL 19/94, 1 BvR 1454/94, BVerfGE 92, 262, 274 f.

³⁴³ Siehe BT-Drucks. 17/5712, S. 37.

³⁴⁴ Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985, Leitsätze 2.2.30, 2.2.31.

³⁴⁵ Vgl. BGH, 15.7.2010 – IX ZB 65/10, NZI 2010, 734, 735 Rn. 9; BAG, 19.11.2015 – 6 AZR 559/14, NZI 2016, 175, 176 Rn. 22 f.

Die Rechtsprechung des BVerfG würde weitergehend auch einen materiellen, also anspruchsvornichtenden Ausschluss zulassen, solange dieser nicht diejenigen Gläubiger trifft, die unverschuldet die Frist versäumen, insbesondere weil sie ihren Anspruch nicht kennen.³⁴⁶ Ein solcher Ausschluss könnte allerdings angesichts der Sperrwirkung der gesetzlichen Regelung in den §§ 259a, 259b InsO nicht im Plan vorgesehen, sondern nur gesetzlich verankert werden. Gesetzestechisch dürfte es insofern ausreichen, den Gläubigern für den Fall der unverschuldeten Fristversäumnis eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Der ESUG-Gesetzgeber hat eine solche Lösung allerdings ausdrücklich abgelehnt und als Begründung auf die Erfahrungen zu § 14 GesO verwiesen, dessen gesetzliche Ausschlussfrist „zu zahlreichen und langwierigen Streitigkeiten über die Frage des Verschuldens bei der Fristversäumnis“ geführt habe, welche für das Insolvenzplanverfahren durch die Kombination von Vollstreckungsschutz und verkürzter Verjährung vermieden werden sollten.³⁴⁷ Diese Entscheidung sollte aufgrund des in der Praxis eindeutig feststellbaren Bedürfnisses nach möglichst weitreichenden materiellen Ausschlüssen von Nachzüglerrechten überdacht werden. Insbesondere die Kombination einer Ausschlussregelung mit Wiedereinsetzungsmöglichkeit mit dem Vollstreckungsschutz aus § 259a InsO hätte zur Folge, dass gerade langwierige Wiedereinsetzungsstreitigkeiten bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung nicht die Liquidität des Unternehmens belasten und eventuelle Forderungen aus den laufenden Erträgen zu erwirtschaften wären. Der Verzicht auf die kurze Verjährung zugunsten eines sofortigen Ausschlusses würde zudem den Schwebezustand von einem Jahr beseitigen und damit das Bedürfnis für Rücklagen entfallen lassen.

Schließlich wäre es denkbar, es den Beteiligten im Einzelfall zu überlassen, ob sie das Nachzügler-Risiko über die gesetzliche Regelung in den §§ 259a, 259b InsO abdecken wollen oder stattdessen einen (sofortigen) materiellen Ausschluss mit Wiedereinsetzungsmöglichkeit im Plan verankern wollen. Hierzu wäre eine entsprechende Öffnungsklausel in einem neuen § 259c InsO vorzusehen, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt gerecht zu werden.

Insgesamt ergeben sich damit folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er könnte die Regelung in § 259b InsO durch einen materiellen Ausschluss von Nachzüglerforderungen mit Wiedereinsetzungsrecht ersetzen (gesetzliche Nachzüglerklausel).

³⁴⁶ Dazu *Madaus*, in: MünchKommInsO § 259b Rn. 6.

³⁴⁷ BT-Drucks. 17/5712, S. 37.

Option 3: Er könnte die Regelung in § 259b InsO für plandispositiv erklären, solange die Planregelung eine Wiedereinsetzungsmöglichkeit enthält.

(3) Vergütungsregelungen, §§ 54 Nr. 2, 63-65 InsO, InsVV

Das gesetzliche Verfahren und die Maßstäbe zur Festsetzung der Vergütung von Verwalter und Sachwalter in den §§ 54 Nr. 2, 63-65 InsO, InsVV wird man mit dem BGH als planfest ansehen dürfen. Diese Interpretation reflektiert die vom Bundesverfassungsgericht zuletzt nochmals betonte Bedeutung des Insolvenzverfahrens im Rahmen des Justizgewährungsanspruchs, dessen gesetzlichen Ablauf das Insolvenzgericht insbesondere auch dadurch zu sichern habe, dass es den Insolvenzverwalter hinreichend beaufsichtigt.³⁴⁸ Diese Aufsicht ist nach der Auffassung des Gerichts umfassend zu verstehen und setze daher eine vertrauensvolle Zusammenarbeit, also ein besonderes Vertrauensverhältnis, voraus.³⁴⁹ Hieraus leitet das Verfassungsgericht Vorwirkungen für das Bestellverfahren und die Verwalterauswahl her.³⁵⁰ Es liegt nahe, diese auch auf Vergütungsfragen zu erstrecken und auch hier dem Gericht eine Aufsichtsrolle zuzugestehen. Eine gerichtliche Vergütungsfestsetzung ist danach geboten.

Zugleich ist festzustellen, dass der Insolvenzplan nicht das geeignete Instrument ist, um für den Insolvenzverwalter, das Gericht, den Schuldner und die Gläubiger verbindlich die Verwaltervergütung zu fixieren. Insolvenzverwalter und -gericht sind schon nicht Beteiligte nach § 217 InsO und damit subjektiv nicht planfähig. Vergütungsansprüche sind zudem Masseverbindlichkeiten und damit gegenständlich nicht planfähig i.S.d. § 217 Satz 1 InsO. Eine Abweichung von gerichtlichen Festsetzungsverfahren scheidet zudem an der gerade festgestellten Planfestigkeit der vergütungsrechtlichen Regelungen der InsO und der InsVV. Unabhängig davon sollte es in einem Insolvenzplan um die Bewältigung der Insolvenz gehen, nicht aber um die Kostenansprüche von Amtsträgern.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass man das berechtigte Interesse der Praxis nach einer planbaren Vergütung gerade in Sanierungsfällen negiert. Das Ergebnis der Befragung macht deutlich, dass weite Teile der Befragten mit dem Postulat der Unzulässigkeit von Vergütungsregelungen im Plan nicht einverstanden ist und die Zulassung solcher Vereinbarungen wünscht (Abb. 10: M = 2,96). Dabei ist allerdings auch hervorzuheben, dass diese Frage höchst streitig diskutiert wird (SD = 1,07) und Vergütungsregelungen vor allem aus dem Kreis der Schuldner- und Unternehmensberater sowie der Geschäftsleiter stammt (Tab. 20:

³⁴⁸ BVerfG ZIP 2016, 321 = NJW 2016, 930 Rn. 44 f.

³⁴⁹ BVerfG ZIP 2016, 321 = NJW 2016, 930 Rn. 46 f.

³⁵⁰ BVerfG ZIP 2016, 321 = NJW 2016, 930 Rn. 50.

M=3,19 bzw. 3,15), während die Insolvenzrichter und Rechtspfleger dem BGH weitgehend folgen wollen (Tab. 20: M = 2,69). Maßgebliches Motiv der rechtspolitischen Forderungen dürfte daher vor allem der Wunsch der Schuldnerseite nach einer planbaren Vergütung und damit berechenbaren Liquiditätsplanung sein.

Dieses Interesse zu bedienen ist keine zwingende Aufgabe der Ausgestaltung der Regelungen zum Insolvenzplan, sondern eher eine der Reform des Vergütungsrechts. Der diesbezügliche Reformbedarf ist weithin angemerkt worden³⁵¹ und kann an dieser Stelle nur bekräftigt werden. Er wird durch die eventuelle Einführung vorinsolvenzlicher Verfahrensoptionen akut. In einer Überarbeitung des Vergütungsrechts wäre dann auch über besondere Regeln zu Vergütungsvereinbarungen in Sanierungsfällen zu entscheiden. Die in der Literatur überwiegend gewünschte Möglichkeit, Vergütungsvereinbarungen zu schließen, wäre dabei zu berücksichtigen.

Insgesamt ergeben sich damit folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er könnte allgemein und unabhängig von Insolvenzplänen Vergütungsvereinbarungen in Sanierungsfällen im Rahmen einer Reform des Vergütungsrechts zulassen.

Option 3: Er könnte die Regelung in den §§ 63-65 InsO, InsVV für plandispositiv erklären.

Option 4: Er könnte die Zulassung von Vergütungsvereinbarungen einer Reform der vergütungsrechtlichen Vorschriften überlassen, wenn diese zeitnah erfolgt.

(4) Verzicht auf die Schlussrechnungsprüfung, § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO

Die Regelung in § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO ist vor dem Hintergrund der Regelungssystematik im Zusammenhang mit § 217 InsO zu interpretieren. Hieraus folgt zum einen die (unstreitige) Feststellung, dass ein Verzicht auf die Schlussrechnungslegung gegenüber dem Gläubigern (§ 66 Abs. 1 Satz 1 InsO) zulässig ist. Die Gläubiger sind Beteiligte am Planverfahren und der Verzicht als Regelung der Verfahrensabwicklung damit planauglich (1. Stufe); § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO bestimmt zugleich die Plandispositivität der Schlussrechnungslegung gegenüber den Gläubigern (2. Stufe).

Im Streit um die Dispositivität der gerichtlichen Prüfung der Schlussrechnung (§ 66 Abs. 2 InsO) ist insofern zu beachten, dass der Insolvenzplan das Gericht trotz der Anordnung in § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht binden kann; das Insolvenzgericht ist nicht Beteiligte i.S.d. § 217 InsO (1. Stufe). Es ist dem Gericht also nicht verboten, trotz einer entspre-

³⁵¹ Vgl. *Ganter*, ZIP 2014, 2323; *Holzer*, NZI 2013, 1049.

chenden Planbestimmung eine Schlussrechnungslegung zu fordern und eine Reihe von Insolvenzgerichten macht von dieser Befugnis offensichtlich Gebrauch.

Das gesetzgeberische Motiv hinter der Regelung in § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO bestand auch weniger darin, den Insolvenzverwalter von seiner Rechnungslegung gegenüber dem Insolvenzgericht zu entlasten. Ziel war vielmehr die Vermeidung einer Verzögerung der Verfahrensaufhebung und der daraus folgenden Sanierungsgefährdung, die allein auf der langwierigen gerichtlichen Schlussrechnungsprüfung beruht.³⁵² Um diesen Zweck zu erreichen, ist eine verbindliche Beschränkung der Aufsichtsbefugnisse des Insolvenzgerichts durch einen Insolvenzplan nicht notwendig. Es genügt als milderer Mittel vielmehr, dem Gericht aufzugeben, das Insolvenzverfahren unabhängig von einer bereits vorliegenden Schlussrechnungsprüfung aufzuheben. Für eine solche gesetzliche Verpflichtung wäre der im Insolvenzplan geäußerte Gläubigerwille dann nur Tatbestandsvoraussetzung.

Zugleich ist aber auch anzuerkennen, dass mit dem Verzicht der Gläubigerschaft auf eine Schlussrechnung des Verwalters im Insolvenzplan die tatsächliche Grundlage fehlt, anhand derer das Gericht nach § 66 Abs. 2 Satz 1 InsO tätig werden soll. Auch die Gesetzesbegründung zu § 66 Abs. 2 InsO stellt heraus, dass das Gericht hier nur tätig wird, um den einzelnen Gläubigern bei der Prüfung der Schlussrechnung sachkundig Hilfe zu leisten.³⁵³ Auf diese Hilfeleistung haben die Gläubiger mit der Planregelung aber gerade verzichtet. Folgerichtig ist die Befugnis des Insolvenzgerichts, dennoch eine Schlussrechnung von Insolvenzverwalter zu verlangen, nicht auf § 66 (Abs. 2) InsO zu stützen und damit nicht Voraussetzung für eine Verfahrensaufhebung nach § 258 InsO.³⁵⁴ Sie folgt vielmehr aus der allgemeinen Rechtsstellung des Insolvenzgerichts als Aufsichtsorgan über das Handeln des Insolvenzverwalters und damit allein aus § 58 InsO. Diese Kompetenz steht nicht zur Disposition der anderen Verfahrensbeteiligten.

Zur Klarstellung könnte daher die Regelung in § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO wortgleich als neuer § 66 Abs. 4 InsO formuliert werden. Hieraus würde deutlich, dass eine Schlussrechnungsprüfung einschließlich der Hilfstätigkeit des Gerichts nach Abs. 2 plandispositiv ist. Ergänzend könnte angefügt werden, dass die Planregelung die Aufsichtsbefugnisse des Insolvenzgerichts aus § 58 InsO nicht berührt. Zugleich könnte in einem neuen § 258 Abs. 2 Satz 3 InsO klargestellt werden, dass im Fall einer Planregelung nach § 66 Abs. 4 InsO die Aufhebung unabhängig von einer Schlussrechnungsprüfung erfolgen soll.

Insgesamt ergeben sich damit folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber:

³⁵² BT-Drucks. 17/5712, S. 27.

³⁵³ So wörtlich BT-Drucks. 12/2443, S. 131.

³⁵⁴ Siehe etwa *Lüer/Streit*, in: Uhlenbruck, § 258 Rn. 10.

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er kann in einem neuen § 258 Abs. 2 Satz 3 InsO klarstellen, dass zur Verfahrensaufhebung die Schlussrechnungslegung nicht erforderlich ist.

Option 3: Er könnte die konkrete Reichweite der Planbefugnisse in einem neuen § 66 Abs. 4 InsO klarstellen.

Option 4: Er könnte Option 2 und 3 kombinieren.

(5) Verwalterermächtigungen, § 221 Satz 2 und § 259 Abs. 3 InsO

Die Regelungen in §§ 221 Satz 2, 259 Abs. 3 InsO erlauben ihrem klaren Wortlaut nach nur eine Ermächtigung des „Insolvenzverwalters“ bzw. „Verwalters“. Eine Handhabung im Fall der Eigenverwaltung ist in § 284 InsO nicht geregelt. Der dortige Abs. 2 sieht allein für die Planüberwachung die Einsetzung des Sachwalters anstelle des Insolvenzverwalters vor.

Da in der Eigenverwaltung dem Sachwalter nach § 280 InsO die Führung von Anfechtungsprozessen obliegt, liegt es nahe, ihn auch im Wege des § 259 Abs. 3 InsO zur Prozessfortführung zu ermächtigen. Der Sinn der Norm, dem Anfechtungsgegner keinen Anreiz zu geben, den Anfechtungsprozess über die Dauer des Insolvenzverfahrens hinaus zu verzögern, um Herausgabeansprüchen zu entgehen³⁵⁵, greift auch hier ohne Abstriche bzw. angesichts kurzer Sanierungsverfahren erst recht.

Die Berichtigungs- und Umsetzungsermächtigung des § 221 Satz 2 InsO wurde erst durch den Rechtsausschuss in das ESUG eingebracht und schafft eine neue Kompetenz, die in der allgemeinen Kompetenzordnung der §§ 270 ff. InsO keine Verankerung findet. Hier sollte eine „praktikable Lösung“ gefunden werden, die es dem Insolvenzverwalter erlaubt, Formfehler des Plans, die erst im Registerverfahren über die Eintragung von im Plan vorgesehenen Rechtsänderungen auffallen, nicht nur zu korrigieren, sondern den korrigierten Plan auch umzusetzen.³⁵⁶ Die Kompetenz aus § 221 Satz 2 InsO ergänzt insofern die gesetzliche Umsetzungskompetenz bei der Anmeldung von Änderungen in Anteilsrechten beim Handelsregister aus § 254a Abs. 2 Satz 3 InsO, die ebenfalls im ESUG geschaffen wurde.³⁵⁷ Beide Regelungen erfassen in ihrem Wortlaut nur die Ermächtigung des „Insolvenzverwalters“. Ihr Regelungszweck besteht allerdings vor allem darin, neben dem ohnehin zur Planumsetzung verpflichteten Schuldner bzw. dessen Organen eine Amtsperson mit der Korrektur und Umsetzung von Planregelungen zu betrauen. Die Motive zu § 254a Abs. 2 Satz 3 InsO sprechen

³⁵⁵ So BT-Drucks. 12/2443, S. 214.

³⁵⁶ BT-Drucks. 17/7511, S. 35.

³⁵⁷ Vgl. BT-Drucks, 17/5712, S. 37.

dies offen aus.³⁵⁸ Im Fall der Eigenverwaltung lässt sich dieser Regelungszweck nur erreichen, wenn der Sachwalter entsprechend ermächtigt wird. Dies sollte folglich klargestellt werden.

Bei § 221 Satz 2 InsO besteht nun zudem das weitere Problem, dass dessen Wortlaut – anders als der in den §§ 259 Abs. 3, 254a Abs. 2 Satz 3 InsO – recht pauschal die Ermächtigung des Verwalters enthält, die „zur „Umsetzung notwendigen Maßnahmen zu ergreifen“. Dieser Wortlaut lässt deutlich mehr zu als die in den Motiven angesprochene Fehlerkorrektur. Es scheinen Planregelungen denkbar, die den Verwalter auch nach der Verfahrensaufhebung zur zentralen Figur der Planumsetzung machen und damit jenseits der Planüberwachung ein Verwalterhandeln ermöglichen würden. Inwieweit dies sinnvoll ist, wird unten unter VII. ausführlich diskutiert.

Insgesamt ergeben sich damit folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er könnte den Sachwalter als zu ermächtigende Person in Eigenverwaltungsverfahren in den §§ 221 Satz 2, 254a Abs. 2 Satz 3 und § 259 Abs. 3 InsO klarstellend benennen.

Option 3: Er könnte die entsprechende Sachwalterkompetenz in einem neuen § 284 Abs. 3 InsO verankern.

6. Empfehlungen

a) Planregelungen zur Forderungsprüfung, §§ 174-186 InsO

Zu diesem Regelungsgegenstand von Insolvenzplänen haben sich folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber ergeben:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er könnte effizientere zivilprozessuale Instrumente der Prozessverbindung jenseits des Insolvenzrechts schaffen, etwa den Anwendungsbereich des KapMuG auf Feststellungsstreitigkeiten aus insolventen Kapitalanlagegesellschaften erweitern.

Option 3: Er könnte die §§ 174-186 InsO für plandispositiv erklären.

Die Analyse hat ergeben, dass in der Praxis kein insolvenzrechtlicher Handlungsbedarf gesehen wird, da es sich im Kern nicht um ein insolvenzrechtliches Problem handelt, sondern um eine Frage der effizienten Gestaltung einer Vielzahl gleichartiger Feststellungspro-

³⁵⁸ BT-Drucks, 17/5712, S. 37.

zesse. Es scheint daher vorzugswürdig, über effizientere zivilprozessuale Instrumente der Prozessverbindung nachzudenken, etwa über eine Erweiterung des KapMuG um Feststellungsstreitigkeiten um Anlegeransprüche in der Insolvenz von (betrügerischen) Kapitalanlagengesellschaften.

b) Präklusions- oder Ausschlussklauseln für Nachzügler, §§ 259a, 259b InsO

Hier haben sich folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber ergeben:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er könnte die Regelung in § 259b InsO durch einen materiellen Ausschluss von Nachzüglerforderungen mit Wiedereinsetzungsrecht ersetzen (gesetzliche Nachzüglerklausel).

Option 3: Er könnte die Regelung in § 259b InsO für plandispositiv erklären, solange die Planregelung eine Wiedereinsetzungsmöglichkeit enthält.

Die Analyse hat ergeben, dass in der Praxis durchaus ein erheblicher Handlungsbedarf gesehen wird. Vor diesem Hintergrund ist die gesetzgeberische Entscheidung zugunsten der §§ 259a, 259b InsO zu überdenken. Als neuer Ansatz wäre insbesondere zu erwägen, anstelle der Verjährung eine verfassungsrechtlich zulässige verschuldensabhängige Ausschlussklausel in Insolvenzplänen zuzulassen.

c) Vergütungsregelungen, §§ 54 Nr. 2, 63-65 InsO, InsVV

Diesbezüglich haben sich folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber ergeben:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er könnte allgemein und unabhängig von Insolvenzplänen Vergütungsvereinbarungen in Sanierungsfällen im Rahmen einer Reform des Vergütungsrechts zulassen.

Option 3: Er könnte die Regelung in den §§ 63-65 InsO, InsVV für plandispositiv erklären.

Option 4: Er könnte die Zulassung von Vergütungsvereinbarungen einer Reform der vergütungsrechtlichen Vorschriften überlassen, wenn diese zeitnah erfolgt.

Die Analyse hat ergeben, dass in der Praxis durchaus ein erheblicher Handlungsbedarf gesehen wird, um planbare Verwaltervergütungen sicherzustellen. Für Vergütungsvereinbarungen hat sich der Insolvenzplan allerdings als das falsche Instrument herausgestellt. Es wird daher empfohlen, die Diskussion über die Zulassung von Vergütungsvereinbarungen unter Beachtung relevanter verfassungsrechtlicher Vorgaben im Rahmen einer notwendigen Reform der vergütungsrechtlichen Vorschriften zu führen.

d) Verzicht auf die Schlussrechnungsprüfung, § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO

Hierzu haben sich folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber ergeben:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er kann in einem neuen § 258 Abs. 2 Satz 3 InsO klarstellen, dass zur Verfahrensaufhebung die Schlussrechnungslegung nicht erforderlich ist.

Option 3: Er könnte die konkrete Reichweite der Planbefugnisse in einem neuen § 66 Abs. 4 InsO klarstellen.

Option 4: Er könnte Option 2 und 3 kombinieren.

Die Analyse hat ergeben, dass das Regelungsziel des ESUG-Gesetzgebers (Vermeidung von Verzögerungen) schon durch die bloße Entkoppelung der Verfahrensaufhebung von der Schlussrechnungslegung erreicht werden kann. Äußern die Gläubiger einen entsprechenden Willen im Plan, so sollte das Insolvenzgericht dem grundsätzlich entsprechen. Eine Klarstellung könnte daher in einem neuen § 258 Abs. 2 Satz 3 InsO erfolgen (Option 2).

Der Streit um die Reichweite der Regelung in § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO sollte zugleich dadurch entschieden werden, dass die Regelung wortgleich als neuer § 66 Abs. 4 InsO formuliert wird (Option 3 bzw. 4). Hieraus würde deutlich, dass eine Schlussrechnungsprüfung, einschließlich der Hilfstätigkeit des Gerichts nach Abs. 2 plandispositiv ist. Ergänzend könnte angefügt werden, dass die Planregelung die Aufsichtsbefugnisse des Insolvenzgerichts aus § 58 InsO nicht berührt.

e) Verwalterermächtigungen, § 221 Satz 2 und § 259 Abs. 3 InsO

Hier haben sich folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber ergeben:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er könnte den Sachwalter als zu ermächtigende Person in Eigenverwaltungsverfahren in den §§ 221 Satz 2, 254a Abs. 2 Satz 3 und § 259 Abs. 3 InsO klarstellend benennen.

Option 3: Er könnte die entsprechende Sachwalterkompetenz in einem neuen § 284 Abs. 3 InsO verankern.

Die Analyse hat zumindest einen Klarstellungsbedarf ergeben. Dieser ließe sich auf zwei Wegen umsetzen: entweder durch die Benennung des Sachwalters in den §§ 221 Satz 2, 254a Abs. 2 Satz 3 und § 259 Abs. 3 InsO (Option 1) oder durch die Schaffung einer ent-

sprechenden Regelung in einem neuen § 284 Abs. 3 InsO. Die Frage der Zulassung weiterführender Planumsetzungskompetenzen wird unten diskutiert (siehe Abschnitt VII.).

II. Der neue Anwendungsbereich (§ 217 InsO) – Eingriffe in Anteils- und Mitgliedschaftsrechte

Die zweite bedeutende Erweiterung des Anwendungsbereichs von Insolvenzplänen erfolgte im ESUG durch die Einbeziehung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten der Gesellschafter einer insolventen Schuldnergesellschaft. Anlass der damaligen gesetzgeberischen Initiative waren Fälle, in denen deutsche Mittelständler sich des englischen Insolvenzrechts bedienten, um ihre Schuldenlast im Wege eines Debt-Equity-Swaps zu bewältigen. Es verwundert daher nicht, dass sich die Diskussion³⁵⁹ wie auch die Regulationsstruktur des daraus hervorgehenden § 225a InsO³⁶⁰ auf die Ermöglichung einer solchen Forderungsumwandlung im deutschen Planverfahren fokussierte.

Grundgedanke der Einbeziehung von Gesellschafterpositionen in den Plan war deren verfahrensrechtliche Gleichstellung mit Gläubigern, sodass den Gesellschaftern im Fall eines Planeingriffs in ihre Rechtspositionen eigene Abstimmungsgruppen und Abstimmungsrechte zugestanden wurden.³⁶¹ Zugleich wurde aber das Gewicht ihrer Verfahrensbeteiligung auf den wirtschaftlichen Wert ihrer Anteile an der insolventen Schuldnergesellschaft in einem Liquidationsszenario begrenzt, was regelmäßig dazu führt, dass ihrer Beteiligung kein wirkliches Gewicht zukommt (siehe §§ 245 Abs. 3, 246a InsO).³⁶² Die Beteiligung der Gesellschafter ist mithin eher formaler Natur.

1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung

Während den statistischen Daten (in Teil 1) leider nicht zu entnehmen ist, in welchem Umfang gesellschaftsrechtliche Regelungen in Insolvenzplänen vorgenommen wurden, lässt die Auswertung der Befragung durchaus Rückschlüsse auf die Rezeption der ESUG-Neuerungen zu.

³⁵⁹ Siehe BT-Drucks. 17/5712, S. 18 und vor allem S. 31.

³⁶⁰ Siehe die hervorgehobene Regelung der Forderungsumwandlung in § 225a Abs. 2 InsO vor der allgemeinen Regelung in Abs. 3.

³⁶¹ BT-Drucks. 17/5712, S. 18.

³⁶² Siehe BT-Drucks. 17/5712, S. 18 und vor allem S. 34.

Der überwiegende Teil der Befragten hat „intensive Erfahrungen“ mit Insolvenzplanverfahren sammeln können (Abb. 4: M = 2,89). Allerdings ist auch zu betonen, dass es durchaus größere Berufsgruppen gibt, denen solche Erfahrungen eher fehlen. Während unter den beteiligten Verwaltern, Beratern und Geschäftsleitern überdurchschnittliche viele Befragte intensive Erfahrungen mit dem Planverfahren bestätigten (Tab. 19: M = 3,45-3,09), scheint der Erfahrungsschatz bei vielen teilnehmenden Richtern und Rechtspflegern weniger ausgeprägt (Tab. 19: M = 2,21).

Zugleich wird der Aussage, dass das Insolvenzplanverfahren „im Wesentlichen gut funktioniert“, vergleichsweise stark zugestimmt (Abb. 4: M = 3,10). Dies wird zwar nicht im gleichen Maße auf die Erweiterung der Planbefugnisse durch das ESUG zurückgeführt. Dennoch erfährt die Aussage, das ESUG habe den praktischen Anwendungsbereich des Plans erheblich erweitert, noch überwiegend Zustimmung (Abb. 4: M = 2,81). Dass das Planverfahren dabei vor allem bei großen Unternehmen Relevanz hat, kann durch das Ergebnis der Befragung nicht belegt werden (Abb. 4: M = 2,63, also weder deutliche Zustimmung noch Ablehnung).

Interessant sind die Erfahrungen im Hinblick auf gesellschaftsrechtliche Regelungsoptionen im Plan. Hier ist zunächst einmal festzuhalten, dass die Aussage, die Praxis mache von diesen neuen Eingriffsbefugnissen häufig Gebrauch, überwiegend *nicht* unterstützt wurde (Abb. 4: M = 2,18). Und auch das vom Gesetzgeber fokussierte Instrument des Debt-Equity-Swaps wird in der Praxis selbst in den Fällen, in denen sich Planeingriffe in Gesellschafterrechte finden, eher selten genutzt (Abb. 4: M = 2,13). Als wichtigste Plankompetenzen im Bereich gesellschaftsrechtlicher Regelungen (Tab. 16) wurden vielmehr die Anteilsübertragung an einen Erwerber (470 Nennungen) und der Kapitalschnitt (332 Nennungen) benannt. Nimmt man alle genannten Umwandlungsmaßnahmen (Ausgliederung, Formwechsel und Abspaltung) zusammen, werden auch diese 293-mal als wichtigste Maßnahmen angegeben. Erst danach folgen mit gewissem Abstand Maßnahmen wie der Debt-Equity-Swap (194 Nennungen), reine Kapitalerhöhungen (116 Nennungen) und frei benannte Sonderformen des Debt-Equity-Swaps (etwa ein unechter Swap, Debt-Push-Up usw.; 47 Nennungen). Wurde ein Debt-Equity-Swap durchgeführt, so hat dieser sich nach der deutlichen Auffassung der Befragten jedenfalls nicht zum Nachteil des Unternehmens und seiner Arbeitnehmer ausgewirkt (Abb. 4: M = 1,84). Ob die neuen Planbefugnisse dazu geführt haben, dass die Kooperationsbereitschaft der Gesellschafter in der Insolvenz steigt, wird insgesamt uneinheitlich beantwortet (Abb. 4: M = 2,56). Noch weniger Unterstützung fand schließlich die Behauptung, der Insolvenzplan habe zu einer Umverteilung von Werten an die Gesellschafter zulasten der Gläubiger geführt (Abb. 4: M = 2,26).

Im rechtspolitischen Teil der Befragung ist hervorzuheben, dass die Befragten deutlich und ohne größere Abweichungen der Aussage tendenziell zustimmen, wonach die Position der bisherigen Gesellschafter im Planverfahren angemessen berücksichtigt wird (Abb. 10: M = 3,05). Folgerichtig findet die Forderung nach einem besseren Schutz des Minderheitsgesellschafters bei einem insolvenzrechtlich geprägten Kreis der Befragten tendenziell keine Unterstützung (Abb. 10: M = 2,04).

Insgesamt sind die Befragten also eher zufrieden mit den vorhandenen gesellschaftsrechtlichen Regelungsbefugnissen des Insolvenzplans. Diese werden allerdings weniger für den vom Gesetzgeber fokussierten Debt-Equity-Swap genutzt als für andere Plangestaltungen, insbesondere für Anteilsübertragungen, Kapitalschnitte und Umwandlungsmaßnahmen.

2. Sonstige ESUG-Studien

Das Ergebnis der Befragung überrascht nicht. Es hat sich bereits in den Studien zu den ESUG-Wirkungen abgezeichnet. Die Studie von BCG aus dem Jahr 2017³⁶³ hat bereits aufgezeigt, dass durchschnittlich nur in ca. der Hälfte der Fälle, in denen Insolvenzpläne zustande kamen, diese Pläne auch Eingriffe in Gesellschafterrechte vorsahen. Und selbst in diesen Fällen gab zuletzt nur in 22% der Pläne einen Debt-Equity-Swap, wobei die Gesellschafter hier in Schnitt Anteile in Höhe von 10% behielten. Planverfahren sind daher für Gesellschafter im Kontrast zur Liquidationsperspektive des Regelinsolvenzverfahrens durchaus attraktiv.³⁶⁴

Die Studie von Roland Berger/HgGUR aus dem Jahr 2018³⁶⁵ bestätigt, dass sich der Debt-Equity-Swap in der Praxis als seltener Ausnahmefall darstellt und „sehr selten“ genutzt wird. Auch wird kein wesentlicher Bedeutungszuwachs erwartet.³⁶⁶ Zugleich wurde dem ESUG insgesamt bescheinigt, zum Abbau von Hemmnissen im Planverfahren beigetragen zu haben.³⁶⁷

Und auch die Studie von Noerr/McKinsey aus dem Jahr 2015³⁶⁸ bescheinigte dem ESUG, Gesellschafter nicht zu sehr zu benachteiligen.

³⁶³ BCG-Studie, Fünf Jahre ESUG, Wesentliche Ziele erreicht, S.13 f.

³⁶⁴ Ebenso BCG-Studie, Fünf Jahre ESUG, Wesentliche Ziele erreicht, S. 16.

³⁶⁵ Roland Berger/HgGUR, 5 Jahre ESUG – eine Bestandsaufnahme, Januar 2018, S. 17.

³⁶⁶ Roland Berger/HgGUR, 5 Jahre ESUG – eine Bestandsaufnahme, Januar 2018, S. 32.

³⁶⁷ Roland Berger/HgGUR, 5 Jahre ESUG – eine Bestandsaufnahme, Januar 2018, S. 18.

³⁶⁸ Noerr/McKinsey, InsO-Studie 2015, S. 13.

3. Rechtsprechung

Höchstrichterliche Rechtsprechung zur Reichweite der Eingriffsbefugnisse des Plans und zu Schutzrechten der Gesellschafter ist bislang nicht ergangen. Der BGH hat sich in seiner Suhrkamp-Entscheidungen nicht mit diesem Problemkreis befasst.³⁶⁹ Zugleich hat das BVerfG klargestellt, dass es eine fachgerichtliche Klärung streitiger Fragen des Rechtsschutzes für (Minderheits-)Gesellschafter abwarten wird, bevor es eine einstweilige Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile in solchen Verfahren erlässt.³⁷⁰

Die instanzgerichtliche Rechtsprechung lässt inzwischen gesellschaftsrechtliche Maßnahmen, insbesondere Umwandlungsmaßnahmen, im Plan weitgehend zu und verweist die Gesellschafter dabei allein auf insolvenzverfahrensrechtliche Schutzinstrumente.³⁷¹ Lediglich die Abwicklungsfusion auf einen insolventen Rechtsträger wurde für unzulässig gehalten.³⁷²

4. Literatur

In der Literatur wird die Zulässigkeit und Reichweite von Planeingriffen im Bereich des Gesellschaftsrechts überaus kontrovers diskutiert. Dabei fokussiert sich die Diskussion auf die Bestimmung der Verdrängungswirkung des Insolvenz(plan)rechts gegenüber dem Gesellschaftsrecht – und zwar auf materieller wie verfahrensrechtlicher Ebene.

Insbesondere in Kreisen der Insolvenzpraxis überwiegt die Auffassung, die dem Insolvenz(plan)recht einen vollständigen Vorrang gegenüber dem Gesellschaftsrecht einräumt; der Insolvenzplan wird „als gesellschaftsrechtliches Universalwerkzeug“ begriffen.³⁷³ Grundlage dieser Position ist die Regelung in § 225a Abs. 3 InsO, nach der im Insolvenzplan jede Regelung getroffen werden darf, die gesellschaftsrechtlich zulässig ist. Hieraus wird geschlossen, dass das gesamte Gesellschaftsrecht – genauer dessen Beschlussgegenstände – zum materiellen Planinhalt werden kann. Zugleich lässt man die sich aus dem Gesell-

³⁶⁹ Siehe BGH, 17.7.2014 – IX ZB 13/14, ZIP 2014, 1442, und 17.9.2014 – IX ZB 26114, ZIP 2014, 2040.

³⁷⁰ BVerfG, 17.10.2013 – 2 BvR 1978/13, ZIP 2013, 2163, 2164.

³⁷¹ Prototypisch AG Berlin-Charlottenburg, 15.01.2014 – 36s IN 2196/13, BeckRS 2014, 14998 (Suhrkamp).

³⁷² OLG Brandenburg, 27.1.2015 – 7 W 118/14, ZIP 2015, 929.

³⁷³ *Eidenmüller*, NJW 2014, 17; auch *Eidenmüller*, in: MünchKommInsO, § 225a Rn. 23. Ebenso etwa *Becker*, ZInsO 2013, 1885, 1886 f.; *Böcker*, DZWIR 2014, 331, 334; *Hirte*, in: Uhlenbruck, § 225a Rn. 40; *Hölzle*, ZIP 2014, 1819, 1820 f.; *Hölzle/Beyß*, ZIP 2016, 1461; *Noack/Schneiders*, DB 2016, 1619; *Pühl*, Der Debt Equity Swap im Insolvenzplanverfahren, 2016, Rn. 144; *Schulz*, Der Debt Equity Swap in der Insolvenz, 2015, S. 116 ff.; *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121, 128; *Spahlinger*, in: Kübler/Prütting/Bork, § 225a Rn. 62 f.; *Spliedt*, in: Karsten Schmidt, § 217 Rn. 17 und § 225a Rn. 34; *Thies*, in: HambKomm, § 225a Rn. 50; zuletzt wieder *Adrianesis*, WM 2017, 362, 363.

schaftsrecht ergebenden Anforderungen an Gesellschafterbeschlüsse hinter sich, da diese Beschlüsse als Planinhalt mit dem Insolvenzplan zustande kommen, also nach den Verfahrensregeln der §§ 231 ff. InsO. Gesellschaftsrechtlich zwingenden Schutzmechanismen im Beschlussrecht, die sich insbesondere aus einem Einstimmigkeits- oder qualifizierten Mehrheitserfordernis, einer Treuepflicht, einem Bezugsrecht oder auch dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben können, finden sich im Insolvenzrecht so nicht und werden unter Rückgriff auf den Spezialitätsgrundsatz (*lex specialis derogat lex generalis*) als umfassend verdrängt betrachtet. Dies hat zur Konsequenz, dass in einem Insolvenzplan nicht nur Anteils- und Mitgliedschaftsrechte durch Beschlüsse zu Kapitalmaßnahmen oder Satzungsänderungen verändert, entzogen oder übertragen werden können (Verdrängungsbereich I), sondern auch sonstige gesellschaftsrechtliche Beschlüsse jenseits der Mitgliedschaftsrechte, etwa über die Einsetzung von Aufsichtsräten oder Geschäftsführern (Verdrängungsbereich II), für zulässig gehalten werden. Zugleich genügt für das Zustandekommen dieser Beschlüsse allein das Erreichen der Mehrheiten der §§ 243, 244 InsO, wobei im Anwendungsbereich der Obstruktionsverbote der §§ 245, 246, 246a InsO sogar eine einfache Mehrheit aller Beteiligten nicht zwingend erreicht werden muss. Insbesondere die Zustimmung einer Gesellschaftermehrheit ist bei insolventen Gesellschaften angesichts der Wertlosigkeit der Gesellschaftsanteile im Fall einer Liquidation regelmäßig gem. § 245 Abs. 1, 3 InsO entbehrlich. Gesellschaftsrechtliche Beschlüsse können auf der Basis dieser – wohl herrschenden – Ansicht folglich auch ohne oder gegen den Willen der Gesellschafter getroffen werden. Jedenfalls können, wie im *Suhrkamp*-Fall, Mehrheitserfordernisse und Treuebindungen des Gesellschaftsrechts umgangen werden.

Es verwundert daher nicht, dass ein so umfassend formulierter Herrschaftsanspruch des Insolvenz(plan)rechts Widerspruch erzeugt hat, insbesondere von Vertretern des Gesellschaftsrechts.³⁷⁴ Deren Argumente sind von dem Ziel geprägt, die austarierten Wertungen des Gesellschaftsrechts auch in der Insolvenz der Gesellschaft zur Geltung zu bringen. So seien Insolvenzanträge, mit denen ersichtlich keine Ressourcenknappheit, sondern die Gesellschafterkonflikte adressiert werden sollen, insolvenzzweckwidrig und daher unzulässig. Auch würde die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht es den Gesellschaftern verbieten, ihr Verhalten auch im Insolvenzverfahren am Gesellschaftsinteresse auszurichten. Mitgliedschaftsrechte, die wie das Bezugsrecht nach § 186 AktG unabhängig von der Werthaltigkeit des Anteils bestehen, könnten im Insolvenzplan nur verändert oder ausgeschlossen werden, wenn dies gesellschaftsrechtlich zulässig, also sachlich gerechtfertigt ist. Der Wortlaut des § 225a Abs. 3 InsO sei eben dahingehend zu verstehen, dass die Planmaßnahme die mate-

³⁷⁴ Siehe etwa Meyer, DB 2015, 538, 539 f.; Schäfer, ZIP 2015, 1208, 1210; ders., ZIP 2013, 2237, 2242; ders., ZIP 2016, 1911; Westermann, NZG 2015, 134.

riellen Anforderungen des Gesellschaftsrechts einhält, also nach den Maßstäben des Gesellschaftsrechts nicht nur denkbar, sondern auch zulässig ist („Rechtsgrundverweisung auf das Gesellschaftsrecht“). Verfahrensrechtlich müsse auch ein Gesellschafter schließlich in der Lage sein, die Bestätigung gesellschaftsrechtlich unzulässiger Pläne zu verhindern, obwohl seinem Anteilsrecht in der Liquidation kein Wert zukommen würde – sei es, indem man den Wert anders bestimmt³⁷⁵ oder durch eine Beschwerdebefugnis jenseits der Schlechterstellung gegenüber der Liquidation.³⁷⁶ Auch müsse eine Freigabe in solchen Fällen verhindert werden können.

Schließlich finden sich vermittelnde Positionen, die von einem Nebeneinander von Gesellschafts- und Insolvenzrecht ausgehen, wobei den insolvenzrechtlichen Regeln im Detail ein Vorrang zugesprochen wird.³⁷⁷ So wird etwa unter Anerkennung des Verdrängungseffekts des Insolvenzrechts versucht, die (Minderheits-)Gesellschafter vor einer strategisch eingeleiteten frühzeitigen Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu schützen. Die freiwillige Antragstellung (§ 18 InsO) wird als Grundlagengeschäft eingeordnet und daher hohen Zustimmungserfordernissen unterworfen (bei Personengesellschaften grundsätzlich dem Einstimmigkeitserfordernis).³⁷⁸ Im Fall von Eröffnungsgutachten, die – nach Auffassung des Minderheitsgesellschafters in zweifelhafter Weise – eine Überschuldung feststellen, soll dem Minderheitsgesellschafter ein Beschwerderecht gegen den Eröffnungsbeschluss eingeräumt werden.³⁷⁹ Nach anderer Auffassung soll es genügen, ihm de lege lata ein Ablehnungsrecht bei solchen Gutachtern zuzugestehen, bei denen – wie der vom Schuldner und damit vom Mehrheitsgesellschafter mitgebrachte vorläufige Sachwalter – die Besorgnis der Befangenheit besteht.³⁸⁰

Es findet sich auch eine Auffassung, die den Verdrängungsbereich des Insolvenzrechts weiter dadurch begrenzen will, dass sie auf § 217 Satz 2 InsO hinweist, der nur die Anteils-

³⁷⁵ So insbesondere *Schäfer*, ZIP 2013, 2237, 2239 f.; *ders.*, ZIP 2015, 1208, 1210; *ders.*, ZIP 2016, 1911, 1912 f.

³⁷⁶ So etwa *Meyer*, DB 2015, 538, 540 f.; *Schäfer*, ZIP 2015, 1208, 1211.

³⁷⁷ Typisch etwa *Seibt/Bulgrin*, ZIP 2017, 353, 357; ausführlich *Bulgrin*, Die strategische Insolvenz, 2016, S. 64 ff.; anschaulich hinsichtlich der Folgen *Kern*, Die Bedeutung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht in Insolvenzplanverfahren, 2017, S. 196 ff.

³⁷⁸ Diese rechtliche Bewertung scheint unstrittig – vgl. OLG München, Urt. v. 21.03.2013 – 23 U 3344/12, ZIP 2013, 1122; *Brinkmann*, ZIP 2014, 197, 204; *Brüinkmans/Uebele*, ZInsO 2014, 265, 267; *Fölsing*, ZInsO 2013, 1325, 1328 f.; *Lang/Muschalle*, NZI 2013, 953, 955; *Schäfer*, ZIP 2013, 2237, 2241 f.; *Seibt/Bulgrin*, ZIP 2017, 353, 361; auch *Thole*, ZIP 2013, 1937, 1944, und *Wertbruch*, DB 2013, 1592, 1595.

³⁷⁹ So insbesondere *Brinkmann*, ZIP 2014, 197, 203; auch im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum findet man diese Forderung; vgl. *Meyer*, DB 2015, 538, 540; *Schäfer*, ZIP 2013, 2237, 2241 f.; *ders.*, ZIP 2015, 1208, 1211; kritisch *Thole*, ZIP 2013, 1937, 1945; auch *Madaus*, ZIP 2014, 500, 503.

³⁸⁰ *Madaus*, ZIP 2014, 500, 503.

und Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter (Verdrängungsbereich I), nicht aber sonstige Gegenstände gesellschaftsrechtlicher Beschlüsse (Verdrängungsbereich II) für plandispositiv erklärt.³⁸¹

Die Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der ESUG-Regelungen zu Planeingriffen in Gesellschafterrechte, die insbesondere unter Hinweis auf eine nach Art. 9 Abs. 1 GG mögliche Fremdbestimmung der Gesellschafter durch Gläubigerentscheidungen erhoben wurden,³⁸² sind nicht ausgeräumt, bestimmen aber aktuell nicht die rechtspolitische Diskussion um die ESUG-Regelungen. Dies mag vor allem daran liegen, dass in der Praxis noch kein Fall hervortrat, in dem die Obstruktionsverbote in voller Wucht gegen opponierende Mehrheitsgesellschafter angewendet wurden. In der Praxis dominieren – wie die Befragung gezeigt hat – Lösungen, die den Gesellschaftern eine Beteiligung belassen und daher von ihnen mit getragen werden. Unterstützen aber die Mehrheitsgesellschafter eine Planregelung, so lässt sich von Fremdbestimmung wohl nicht sprechen.³⁸³ Für Aktiengesellschaften könnte sich ein paralleler Schutz aus den Regelungen in Art. 29 ff. der Kapitalrichtlinie³⁸⁴ ergeben, die vom EuGH in ständiger Rechtsprechung auf Sanierungen insolventer Aktiengesellschaften angewandt wird.³⁸⁵ Die EU-Kommission hat daher nun in ihren Entwurf einer Restrukturierungsrichtlinie³⁸⁶ eine Umgehung dieses Schutzes bei entsprechenden Restrukturierungen explizit ermöglicht (Art. 32).³⁸⁷ Für die Diskussion um die Rechtsstellung von Gesellschaftern in einer Restrukturierung ist insgesamt darauf hinzuweisen, dass das ESUG mit seiner Entscheidung, Gesellschafter als nach-nachrangige Gläubiger zu behandeln, dem US-Vorbild gefolgt ist und dessen „absolute priority rule“ übernommen hat. Dieser extreme

³⁸¹ *Madaus*, ZIP 2016, 1141, 1143.

³⁸² *Madaus*, ZIP 2014, 500, 504 f.; *ders.*, ZGR 2011, 749, 759 ff.; ebenso *Stöber*, ZInsO 2012, 1811, 1819; *Stöber*, ZInsO 2013, 2457, 2460.

³⁸³ *Madaus*, ZIP 2014, 500, 505; a.A. aber etwa *Stöber*, ZInsO 2013, 2457, 2460.

³⁸⁴ Zweite RL 77/91/EWG des Rates vom 13.12.1976, zuletzt neugefasst durch die RL 2012/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2012.

³⁸⁵ Vgl. EuGH, Slg. 1991, I-2691, Rn. 30 – *Karella*; EuGH, Slg. 1992, I-2111, Rn. 37 – *Syndemos Melon*; EuGH, Slg. 1996, I-1347 = ZIP 1996, 1543, Rn. 38 ff. – *Pafitis*, dazu *Hirte*, EWiR 1996, 1073; EuGH, Slg. 1998, I-2843 = ZIP 1998, 1672 – *Kefalas*, dazu *Roth*, EWiR 1998, 907; EuGH, Slg. 2000, I-1705 = ZIP 2000, 663 – *Diamantis*.

³⁸⁶ Vorschlag für eine Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU vom 22.11.2016, COM(2016) 723 final.

³⁸⁷ Auch diese Frage ist bislang nicht geklärt, vgl. *Drouven*, ZIP 2009, 1052; *Madaus*, ZGR 2011, 749, 767 ff.; *Müller*, KTS 2011, 1, 20; *Schuster*, ZGR 2010, 325, 349 ff.; *Piekenbrock*, NZI 2012, 905, 908; *Stöber*, ZInsO 2013, 2457, 2461; *Westermann*, NZG 2015, 134, 143 f. (jeweils eine Anwendbarkeit bejahend); a.A. aber etwa *Eidenmüller/Engert*, ZIP 2009, 541, 548; *Karsten Schmidt*, BB 2011, 1603, 1610; *Spetzler*, KTS 2010, 433, 440; *Verse*, ZGR 2010, 299, 313 f. und natürlich auch der ESUG-Gesetzgeber (BT-Drucks. 17/5712, S. 20).

Ansatz steht derzeit in der amerikanischen Reformdiskussion stark in der Kritik.³⁸⁸ Er findet sich in seiner reinen Form kaum in anderen EU-Mitgliedstaaten, wohl aber im Richtlinienvorschlag der EU-Kommission.³⁸⁹ Flexiblere Alternativmodelle sind aktuell wieder in der Diskussion.³⁹⁰

Erhebliche Unklarheit herrscht darüber hinaus bei Insolvenzplänen, die Umwandlungsmaßnahmen vorsehen. Dass Umwandlungsbeschlüsse als Maßnahmen nach §§ 225a Abs. 3, 217 Satz 2 InsO zum Gegenstand von Insolvenzplänen gemacht werden können, dürfte zwar im Kern heute unstrittig sein. Offen ist aber weiter eine ganze Reihe von Detailfragen bei der Anwendung des § 3 Abs. 3 UmwG im Planverfahren.³⁹¹ Exemplarisch zu nennen sind insofern die Diskussion um die Zulässigkeit einer Abwicklungsfusion,³⁹² um die Notwendigkeit einer Überwindung der Insolvenz als Voraussetzung für jede Umwandlungsmaßnahme im Plan³⁹³ oder um die Anwendung des Ausgliederungsverbots in § 152 Satz 2 InsO.³⁹⁴

Schließlich wird darauf hingewiesen, dass das ESUG mit der Einführung des Debt-Equity-Swaps übernahmewilligen Finanzinvestoren, insbesondere Distressed-Debt-Investoren, einen stillen Weg einräumt, deutsche Unternehmen inklusive börsennotierte Ka-

³⁸⁸ *Douglas G Baird*, 'Priority Matters: Absolute Priority, Relative Priority and the Costs of Bankruptcy', 165 U. Penn L. Rev. 785 (2016); *Anthony J. Casey*, 'The Creditors' Bargain and Option-Preservation Priority in Chapter 11', 78 U. Chi. L. Rev. 2011, 759; *Edward Janger*, 'The Logic and Limits of Liens', U. Ill. L. Rev. 2015, 589; *Stephen J. Lubben*, 'The Overstated Absolute Priority Rule', 21 Fordham J. Corp. & Fin. L. 2016, 581. Siehe auch ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11 (2014), S. 213: 'inflexible and often a barrier to a debtor's successful reorganization'.

³⁸⁹ Siehe Art. 11 und Erwägungsgrund 29; offener hingegen noch das Diskussionspapier der EU-Kommission von Juni 2016: *Bricogne/Demertzis/Pontuch/Turrini*, Macroeconomic Relevance of Insolvency Frameworks in a High-debt Context: An EU Perspective, DP032, June 2016, S. 19. Die Willensbildung scheint hier noch nicht abgeschlossen.

³⁹⁰ Siehe etwa die „Relative Priority Rule“ bei *Douglas G Baird*, 'Priority Matters: Absolute Priority, Relative Priority and the Costs of Bankruptcy', 165 U. Penn L. Rev. 785 (2016). Siehe auch den „Soft Variables“-Ansatz bei *Michelle Harner*, 'The Value of Soft Variables in Corporate Reorganizations', University of Illinois Law Review 2015, S. 509, 519.

³⁹¹ Siehe etwa *Brünkmans*, in: Brünkmans/Thole, Handbuch Insolvenzplan, 2016, § 31 Rn. 480 ff.; *Gontschar*, Umwandlungsmaßnahmen im Insolvenzplanverfahren, 2017, S. 89 ff.; *Madaus*, in: Kübler, Handbuch Restrukturierung, § 33.

³⁹² Ablehnend OLG Brandenburg, 27. 1. 2015 – 7 W 118/ 14, ZIP 2015, 929; a.A. *Madaus*, NZI 2015, 566 f.; *Spliedt*, in: Karsten Schmidt, § 225a Rn. 48.

³⁹³ Vgl. *Brünkmans*, in: Brünkmans/Thole, Handbuch Insolvenzplan, 2016, § 31 Rn. 13-17 m. w. Nachw. zum Streitstand.

³⁹⁴ Dagegen etwa AG Norderstedt, 7.11.2016 – 66 IN 226/15, ZIP 2017, 586; *Madaus*, ZIP 2012, 2133, 2134; *Simon/Brünkmans*, ZIP 2014, 657, 666; *Spliedt*, in: Karsten Schmidt, § 225a Rn. 50; a.A. aber etwa *Hirte*, in: Uhlenbruck, § 225a Rn. 44; *Kahlert/Gehrke*, DStR 2013, 975, 976.

pitalgesellschaften zu übernehmen (Distressed-Debt-Takeover). Als Antwort hierauf wird die Einführung einer fremdkapitalbezogenen Offenlegungspflicht angeregt.³⁹⁵

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Der Verband DIE FAMILIENUNTERNEHMER e.V. formuliert in seiner Stellungnahme zum ESUG vom 6.3.2018³⁹⁶ den Wunsch nach einem optimierten Schutz der Minderheitsgesellschafter im Verfahren, etwa durch die Einführung eines Rechtsschutzes des Minderheitsgesellschafter gegen die Zulassung eines Insolvenzantrags, aber auch durch die Sicherstellung eines „wirklich“ neutralen Sachwalters.

Der DAV³⁹⁷ sieht keinen Trend zum Herausdrängen von Gesellschaftern mittels eines Debt-Equity-Swaps und insofern auch keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf. Bemerkenswert wird allerdings das „in bestimmten Fallkonstellationen“ erkennbare Bemühen von einzelnen „Gläubigergruppen, die zudem ihre Gläubigerposition zum Teil zu weit unter dem Nominalwert liegenden Konditionen erworben haben, nur ihre eigenen Ziele zulasten anderer Gläubigergruppen mit Mitteln zu verfolgen, die sie in Rechtsordnungen, in denen der Debt-Equity-Swap bereits seit langem auch im Insolvenzverfahren möglich ist, eingeübt haben.“

6. Fallstudien

Fallstudie Nr. 8 offenbart, dass derzeit gesellschaftsrechtlich noch unklar ist, unter welchen Voraussetzungen ein Gesellschafter im Rahmen des Streits um Kompetenzen aus Gesellschaftsverträgen das Spielfeld des Gesellschaftsrechts zugunsten des Insolvenzrechts verlassen kann. Für die Abgrenzung der Regelungsbefugnisse des Insolvenz- und Gesellschaftsrechts macht der Fall die zentrale Bedeutung der Feststellung einer (materiellen) Insolvenz und damit des Eröffnungsgutachtens deutlich. Die Sonderkonstellation des Falls lässt zudem Zweifel dahingehend aufkommen, ob die Grundannahme einer Richtigkeitsgewähr des Insolvenzplans bei hinreichender Gläubigerunterstützung zutrifft, wenn den Gläubigern im Plan keine Nachteile zugemutet werden, da dieser im Kern allein gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen beinhaltet. Jedenfalls wird zu diskutieren sein, ob man anders als im Suhrkamp-Fall für beide getrennte Gruppen bilden muss, um dem Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 226 InsO) gerecht zu werden, wenn der Plan den Minderheitsgesellschafter wegen des Verlustes von Mitbestimmungsrechten härter als den Mehrheitsgesellschafter

³⁹⁵ Eingehend *Florstedt*, ZIP 2015, 2345.

³⁹⁶ DIE FAMILIENUNTERNEHMER e.V., Stellungnahme ESUG-Evaluation; Verbesserungsvorschläge zu Eigenverwaltung und Insolvenzplan vom 6.3.2018, Vorschlag 2 zum Insolvenzplan.

³⁹⁷ DAV, Stellungnahme, S. 6 f.

trifft. Entsprechendes gilt für die Frage, ob dem Mehrheitsgesellschafter nicht schon aus gesellschaftsrechtlichen Pflichtenbindungen eine einseitig die Eigeninteressen betonenden Planerstellung verboten ist bzw. ob er einem derartigen Plan im Abstimmungstermin zustimmen darf. Betrachtet man den Planinhalt, so offenbart der Fall die Sanierungswirkung von Umwandlungsmaßnahmen, die – ohne dass es der ESUG-Gesetzgeber im Blick hatte – über § 225a Abs. 3 InsO wohl plantauglich sind. Werden durch solche Maßnahmen werthaltige Beteiligungen verwässert, so kann sich hieraus nach Auffassung des BGH eine Schlechterstellung im Sinne der §§ 245, 251, 253 InsO ergeben.

Die Fallstudie Nr. 9 hat aufgezeigt, dass der Streit zwischen Gläubigergruppen verschiedener Ränge in einer Kapitalstruktur auf Differenzen hinsichtlich der Bewertungsmethode und damit der Werthaltigkeit ihrer Forderungen zurückzuführen ist. Der Fall zeigt auch, dass das Auftreten von Distressed Debt Investoren, die sich insbesondere in die Hybridanleihe günstig einkaufen konnten, die Einigungsbereitschaft der Beteiligten nicht erhöht hat. In der Sache betraf der Streit die grundsätzliche Frage, warum die Zuweisung der Werte aus der Fortführung des Unternehmens ausschließlich an Gläubiger erfolgen soll, die in einer hypothetischen insolvenzrechtlichen Liquidation „im Geld“ sind. Daraus folgende Wertsteigerungen werden durchaus als „windfall profit“ kritisiert.³⁹⁸

In den Fallstudien Nr. 3, 5 und 15 wurde bei Plansanierungen von Eingriffen in Gesellschafterrechte gänzlich abgesehen. Die Altgesellschafter profitierten damit von der Plansanierung der ihnen verbleibenden Gesellschaft, ohne dass sich spürbare Sanierungsbeiträge ihrerseits feststellen lassen. Diese Vorteile für die Gesellschafter stehen in einem deutlichen Spannungsverhältnis zu den erheblichen Eingriffen in die Gläubigerrechte, verblieben doch den ungesicherten und nicht nachrangigen Gläubigern jeweils nur Quoten im einstelligen Bereich. Es hätte sich daher angeboten, auch Sanierungsbeiträge der Gesellschafter zu erwarten, etwa indem man die Gläubiger (zusätzlich) an der Gesellschaft beteiligt hätte. Die Mittel hierzu bietet die InsO seit dem ESUG in effizienter Weise. Zugleich überrascht es, dass die Gläubiger den Plan auch ohne solche Gesellschafterbeiträge mehrheitlich annahmen. Die Motive hierfür ließen sich den Fallstudien leider nicht ermitteln.

7. Bewertung

Handlungsbedarf folgt für die Regelung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen im Insolvenzplan weniger aus den Äußerungen der befragten Insolvenzpraktiker als aus den Streitfragen in Literatur und Rechtsprechung sowie aus den Fallstudien. Dabei sind drei Regelungsbereiche von besonderer Bedeutung.

³⁹⁸ So etwa im Manager-Magazin vom 9.3.2014.

a) Verhältnis von Gesellschafts- und Insolvenzrecht

Ein wesentlicher Kritikpunkt ist die unzureichende gesetzliche Beschreibung der insolvenz- und gesellschaftsrechtlichen Regelungsbereiche durch das ESUG. Konkret sind hier derzeit an zwei Weichenstellungen jeweils zwei Deutungen denkbar.

(1) Der Kreis zulässiger Gegenstände einer Planregelung

Zunächst kann man die Frage nach dem zulässigen gesellschaftsrechtlichen Regelungsgegenstand unterschiedlich interpretieren:

Nach einer Auffassung dürfen im Insolvenzplan nur die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen geregelt werden (§§ 217 Satz 2, 225a Abs. 1 InsO) und dies nur, soweit die Regelung gesellschaftsrechtlich zulässig ist (§ 225a Abs. 3 InsO) – *Verdrängungsbereich I*.

Nach der Gegenauffassung darf in einem Insolvenzplan jede Regelung getroffen werden, die gesellschaftsrechtlich zulässig, also im dortigen numerus clausus überhaupt vorgesehen ist (§ 225a Abs. 3 InsO) – *Verdrängungsbereich II*.

Diese Gegenauffassung wird derzeit wohl überwiegend in der Literatur vertreten. Das dabei festzustellende Fokussieren auf die Regelung in § 225a Abs. 3 InsO unter Ausblendung der begleitenden Regelungen in den §§ 217 Satz 2, 225a Abs. 1 InsO lässt es allerdings fraglich erscheinen, ob der gegenwärtigen Rechtslage entspricht. In der Sache unterscheiden sich beide Interpretation allerdings nur für Beschlussgegenstände jenseits der Übertragung oder Inhaltsänderung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten. Beide Positionen lassen also Regelungen über Kapitalmaßnahmen wie einen Kapitalschnitt, über Umwandlungen oder Anteilsübertragungen zu. Lediglich Beschlüsse, die die Rechte anderer Organe einer Gesellschaft betreffen (insbesondere die Bestellung oder Entlassung von Aufsichtsrat, Vorstand, Geschäftsführer), wären nur nach der weiten Interpretation planfähig, während sie nach der ersten Auffassung gesondert und nach gesellschaftsrechtlichen Vorgaben erfolgen müssten. Der Vorteil der weiten Interpretation besteht folglich in einer höheren Konzentrationswirkung des Plans, da er alle gesellschaftsrechtlichen Beschlüsse für das Schuldnerunternehmen aufnehmen kann. Dies wird allerdings durch den Umstand erkauft, dass es dann die Gläubiger sind, die mit ihrem Stimmgewicht im Planverfahren nach insolvenzrechtlichen Regeln nicht nur die (Eigen-)Kapitalstruktur der Schuldnergesellschaft bestimmen, sondern auch die Besetzung der Organe und dies unabhängig davon, ob sie in der Gesellschaft nach dem Plan auch Gesellschafterpositionen übernehmen. Es würde also ein Anreiz dahingehend gesetzt, Positionen mit Personen zu besetzen, die Planleistungen an die Gläubiger garantieren und insofern eher kurzfristig wirkende Ertragsstrategien bevorzugen. Dies muss

nicht zwingend im Interesse der Gesellschafter liegen. Ein Austausch der bestellten Personen wäre nach der Verfahrensaufhebung natürlich möglich, ist aber nicht nur teuer, sondern auch in der Außenwirkung für ein zu sanierendes Unternehmen nicht ideal. Der Gesetzgeber sollte daher selbst entscheiden, ob er den Gläubigern derart weitreichende Befugnisse einräumen will.

Insgesamt ergeben sich damit folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er könnte den gegenständlichen Anwendungsbereich des § 225a Abs. 3 InsO durch einen Verweis auf „Eingriffe nach § 217 Satz 2 InsO“ klarstellen.

(2) Die Klarstellung des Maßstabs einer „gesellschaftsrechtlich zulässigen“ Planregelung

Noch bedeutender als eine Klarstellung des gegenständlichen Regelungsbereichs für Insolvenzpläne ist die Klarstellung der Relevanz gesellschaftsrechtlicher Bindungen und Wertungen im Planverfahren. Die ESUG-Regelung in § 225a Abs. 3 InsO lässt derzeit zwei Deutungen zu:

Nach der weiten Auslegung kann in einem Insolvenzplan jede Regelung getroffen werden, die gesellschaftsrechtlich möglich, also im gesellschaftsrechtlichen numerus clausus bekannt ist.

Nach der engeren Auffassung darf auch ein Insolvenzplan nur Regelungen enthalten, die in dem Sinne „gesellschaftsrechtlich zulässig“ sind, als sie den materiellen Anforderungen des Gesellschaftsrechts entsprechen.

Derzeit finden sich beide Deutungen bei verschiedenen Streitfragen mit unterschiedlicher Dominanz in der Literatur. Die erstgenannte Deutung würde es insbesondere erlauben, gesellschaftsrechtlich zwingende Schutzmechanismen (Treuepflicht, Bezugsrecht, Gleichbehandlungsgrundsatz) im Insolvenzplanverfahren zugunsten der auf Verteilungsgerechtigkeit fokussierten insolvenzrechtlichen Schutzmechanismen zu ignorieren. So wurde etwa im Suhrkamp-Verfahren eine Rücksichtnahmepflicht der Mehrheitsgesellschafter auf die Minderheitsgesellschafterin aufgrund der Treuepflicht überwiegend verneint. Die ESUG-Regelung in § 238a Abs. 1 InsO, die gesellschaftsrechtliche Stimmgewichte und Stimmrechtsbindungen zugunsten der rein wertorientierten insolvenzrechtlichen Stimmrechtsfestsetzung verdrängt, deutet derzeit klar in Richtung der erstgenannten Deutung. Entsprechendes gilt für die rein wertorientierten Rechtsbehelfe betroffener Gesellschafter in den §§ 251, 253 InsO.

Die Befragung hat deutlich gemacht, dass gesellschaftsrechtliche Regelungsbefugnisse im Plan in der Praxis wichtig sind und genutzt werden. Die Analyse von Literatur und Fallstudien zeigt zugleich, dass sich Unmut an der ESUG-Regelung dann entzündet, wenn – wie im Suhrkamp-Fall – ein Missbrauch vorzuliegen scheint. Pläne und Insolvenzverfahren, die bei einer Gläubigerbefriedigung von 100% allein dazu dienen, Machtverhältnisse zwischen Gesellschaftern zu verändern, müssen sich kritische Fragen aus dem gesellschaftsrechtlichen Schrifttum gefallen lassen. Dabei geht es aber auch in diesen Stellungnahmen weniger um eine Beseitigung insolvenzrechtlicher Eingriffsbefugnisse als um einen hinreichenden Gesellschafterschutz vor Zwangsmaßnahmen. Die materiellen Voraussetzungen des Gesellschaftsrechts sollen dabei einen Schutz erreichen, den die rein vermögensrechtliche Berücksichtigung von Gesellschafterpositionen durch das Insolvenzrecht nicht bieten kann. Ein Kompromiss könnte insofern vorsehen, die weitreichende Regelungsbefugnisse des Plans im Sinne der erstgenannten Deutung klarzustellen, gleichzeitig aber die Rechtsbehelfe der Gesellschafter zu überprüfen und an Fälle wie das Suhrkamp-Verfahren anzupassen. Es bliebe dann im Grundsatz bei der umfassenden Verdrängung gesellschaftsrechtlicher Schutzbestimmungen durch das Insolvenz(plan)recht im Bereich der Gestaltung von Gesellschafterpositionen.

Insgesamt ergeben sich damit folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er könnte die Bedeutung gesellschaftsrechtlicher Anforderungen an Planmaßnahmen in § 225a Abs. 3 InsO zugunsten des Insolvenzrechts klarstellen (Verdrängungswirkung des Insolvenzrechts).

Option 3: Er könnte die Bedeutung gesellschaftsrechtlicher Anforderungen an Planmaßnahmen in § 225a Abs. 3 InsO zugunsten des Gesellschaftsrechts, insbesondere im Hinblick auf Treuepflichten innerhalb der Gesellschaftergruppe(n), aber ggf. auch für Bezugsrechtsausschlüsse, neu definieren (begrenzte Fortwirkung des Gesellschaftsrechts).

b) Überprüfung und Anpassung der verfahrensrechtlichen Position der Gesellschafter

Anpassungen des geltenden Rechts im Interesse des Gesellschafterschutzes wären weiter im Bereich des Insolvenzplanverfahrens zu erwägen.

(1) Verfahrenseröffnung

Ein bedenkliches oder gar missbräuchliches Ausweichen auf die insolvenzrechtlichen Gestaltungsoptionen wurde insbesondere in Fällen wie Suhrkamp diskutiert, in denen zwei-

felhaft war, ob die betreffenden Gesellschaften sich tatsächlich in einer existenzbedrohenden Krise befanden. Das ESUG hat insofern durchaus bewirkt, dass das bloße Stigma eines Insolvenzverfahren keine Abschreckungswirkung mehr erzeugt, wenn aus Sicht der maßgeblichen Gesellschafter eine Umstrukturierung in der Insolvenz kosteneffizienter erscheint als eine außerhalb. Es verwundert insofern nicht, dass prominente Beraterkanzleien Werbefotografien streuen, in denen mit diesen Kostenvorteilen ebenso geworben wird wie mit den flexiblen Möglichkeiten, Eröffnungsgründe zu generieren.³⁹⁹ Strategische Insolvenzen sind heute etabliert. Die Ausgestaltung des Insolvenzverfahrens sollte darauf reagieren.

Aus Sicht des Minderheitsgesellschafters wie der Gläubiger ist es dabei vor allem die Feststellung des Eröffnungsgrundes der Überschuldung, die sich als missbrauchs anfällig erweist. Die dabei notwendigen Bewertungen und Prognosen erlauben Bewertungs- und Prognosespielräume. Will man dennoch auf diesen Eröffnungsgrund nicht verzichten, so ist verfahrensrechtlich sicherzustellen, dass die Begutachtung des Schuldnerunternehmens unabhängig erfolgt und die Eröffnungsentscheidung des Gerichts auch von Personen angefochten werden kann, die von strategischen Insolvenzen betroffen sind. Der Gesetzgeber könnte dazu jedem potenziell Verfahrensbeteiligten (Gläubiger und Gesellschafter) das Recht zuweisen, Gutachter bei Besorgnis der Befangenheit abzulehnen (z.B. in einem neuen § 16 Abs. 2 InsO). Da sich die Wirksamkeit des Ablehnungsrechts aber auf Fälle beschränkt, in denen die Betroffenen von der Beauftragung zur Begutachtung rechtzeitig erfahren, wäre zu erwägen, diesem Personenkreis zusätzlich eine Kontrolle der Eröffnungsentscheidung ex post zu erlauben, indem man das Rechtsmittel in § 34 Abs. 2 InsO entsprechend erweitert.

(2) Planabstimmung

Stimmrechte und Stimmgewichte werden derzeit in den §§ 238a Abs. 1, 244 Abs. 3 InsO allein nach dem Anteilswert bemessen. Gesellschaftsrechtliche Stimmbindungen bleiben ebenso außer Betracht wie Mehr- oder Sonderstimmrechte. Die damit einhergehende Verdrängung gesellschaftsinterner Absprachen, die – wie im Suhrkamp-Verfahren – als Anreiz für eine strategische Insolvenz wirken kann, wurde durch den ESUG-Gesetzgeber allein mit dem Verweis auf die Insolvenzsituation begründet, in der nur noch die Kapitalbeteiligung relevant sei.⁴⁰⁰ Die rein wertorientierte Verteilungsordnung der Insolvenz(liquidation) soll also auch die Stimmrechte in der Gesellschaftergruppe bestimmen. Dies mag weder zwingend noch – wie im Suhrkamp-Verfahren deutlich wurde – stets sachgerecht erscheinen und wird

³⁹⁹ Siehe etwa den Bericht im INDat-Report, Heft 7/2017, S. 6.

⁴⁰⁰ BT-Drucks. 17/5712, S. 33.

daher durchaus kritisiert.⁴⁰¹ Der Gesetzgeber könnte insofern diese Regelungen zugunsten einer Willensbildung innerhalb der Gesellschaftergruppe nach den Regeln des Gesellschaftsrechts aufgeben. Hält man die dort normierten Mehrheitserfordernisse für satzungsändernde Beschlüsse für zu hoch, so könnte man in § 244 Abs. 3 InsO weiter die nur einfache Mehrheit für maßgeblich erklären. Die interne Willensbildung bliebe dann aber weiter von den gesellschaftsinternen Bindungen geprägt. Pflichtwidriges Abstimmungsverhalten wäre vom Insolvenzgericht im Rahmen der Planbestätigung zu beachten.

(3) Planbestätigung

Im Rahmen der Entscheidung über die Planbestätigung hat das Insolvenzgericht nicht nur das Abstimmungsergebnis zu prüfen und festzustellen. Es prüft zugleich auch den Planinhalt. Hier bietet der gruppenbezogene Gleichbehandlungsgrundsatz des § 226 Abs. 1 InsO ein materielles Schutzinstrument gegen die Auferlegung von Sonderopfern durch den Plan. Dies setzt natürlich eine sachgerechte Gruppenbildung voraus, die ebenfalls vollständig durch das Gericht nachprüfbar ist.

Eine Rechtsänderung könnte man für die Obstruktionsverbote (§§ 245, 246a InsO) und die Anforderungen an den Schutzantrag nach § 251 InsO erwägen. Beide Regelungen bieten für überstimmte Gesellschafter keinerlei Schutz, da sie anhand der rein wertorientierten Verteilungsordnung einer Insolvenz (liquidation) davon ausgehen, dass Gesellschafter nur als nach-nachrangige Gläubiger am Verfahren zu beteiligen sind und daher nach der Verfahrenseröffnung bei insolventen Gesellschaften nichts beanspruchen können (absolute priority rule).⁴⁰² Das Suhrkamp-Verfahren, aber auch die bisherige Praxis, hat nun gezeigt, dass Gesellschafter nicht selten durchaus am Verfahrensergebnis interessiert und beteiligt sind. Häufig werden ihre Anteilsrechte weiterhin nicht unmittelbar durch einen Insolvenzplan beeinträchtigt. Sieht der Plan Eingriffe vor, so führt dies oft zu Lösungen, bei denen ihnen – zumindest in geringer Höhe – Beteiligungen verbleiben. Dies kann Einbußen bei Mitverwaltungsrechten bedeuten. Die mit dem ESUG eingeführte absolute Vorrangregel findet mithin in der Praxis nur selten und zwar dann Anwendung, wenn die Gesellschafterpositionen von Finanzinvestoren gehalten werden (siehe Fallstudie IVG Immobilien AG). Sind die Gesellschafter zugleich Unternehmer oder für die Unternehmensfortführung sonst jenseits des verbrauchten Eigenkapitals von Relevanz (also „value contributors“⁴⁰³), erhalten sie in der Regel Werte unabhängig von ihrer Berechtigung nach der Vorrangregel. Es wäre insofern zu über-

⁴⁰¹ Siehe etwa *Spliedt*, in: Karsten Schmidt, *InsO*, 19. Aufl. 2016, § 238a Rn. 2; *Hirte*, in: Uhlenbruck, § 238a Rn. 3.

⁴⁰² BT-Drucks. 17/5712, S. 34 f.

⁴⁰³ Zum Begriff des „value of soft variables“ siehe *Harner*, *University of Illinois Law Review* 2015, 509.

legen, die strenge und rein am Liquidationswert orientierte Betrachtung entsprechend der Erfahrungen in der Praxis zu lockern, ohne den Gesellschaftern zugleich die vor dem ESUG festzustellenden Blockadeinstrumente in die Hand zu geben. Zugleich könnte so verfassungs- und europarechtlichen Bedenken begegnet werden.

So könnte man die in der Praxis inhaltsleere Fiktion des § 246a InsO streichen und im Fall des Schweigens wie der Ablehnung des Plans durch eine Gesellschaftergruppe auf die Regelung in § 245 Abs. 3 InsO vertrauen.⁴⁰⁴ Zugleich wäre zu erwägen, dieses Obstruktionsverbot durch eine Anforderung in einem neuen § 245 Abs. 3 Nr. 3 InsO zu ergänzen, die nicht vermögensrechtliche Positionen der Gesellschafter (Mitverwaltungsrechte, good will) schützt, ohne den Gesellschaftern eine unvernünftige Blockade zu ermöglichen. Eine generalklauselartige Formulierung scheint hier notwendig, um im Einzelfall dem Gericht hinreichende Beurteilungsfreiheit zu lassen. So könnte man etwa formulieren, dass eine angemessene Beteiligung der obstruierenden Anteilseigner vorliegt, wenn nach dem Plan „die rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen der betroffenen Gesellschafter angemessen berücksichtigt werden.“

Jedenfalls ist zu überlegen, die Anwendung des Obstruktionsverbots gegen eine Gläubigergruppe in § 245 Abs. 2 Nr. 2 InsO nicht streng davon abhängig zu machen, dass kein Gesellschafter einen wirtschaftlichen Wert erhält, bevor alle Gläubiger der widersprechenden Gruppe voll befriedigt sind. Diese Anforderung zwingt in der Praxis zu der Annahme, Anteile an einer insolventen Gesellschaft hätten trotz der Aussicht auf die Erträge nach der Sanierung im Regelfall keinen Wert bzw. würden durch das Fortführungsrisiko kompensiert.⁴⁰⁵ Auch hier könnte der Passus in § 245 Abs. 2 Nr. 2 InsO, der den Schuldner bzw. dessen Anteilseigner betrifft („noch der Schuldner oder eine an ihm beteiligte Person“) gestrichen werden. Stattdessen könnte in einer neuen Nr. 4 formuliert werden, dass eine widersprechende Gruppe angemessen an der Verteilung beteiligt ist, wenn nach dem Plan „der Schuldner das Unternehmen oder Teile davon fortführen soll oder eine an ihm beteiligte Person Anteile behalten soll, sofern entweder ohne diese Regelung eine Unternehmensfortführung nicht möglich ist oder aber soweit sichergestellt ist, dass eine hierin liegende Wertzuweisung ausgeglichen wird.“ Eine Schlechterstellung der nicht zustimmenden Gläubiger gegenüber einer Liquidationslösung, also insbesondere gegenüber einer übertragenden Sanierung, wäre ohnehin durch § 245 Abs. 1 Nr. 1 und § 251 Abs. 1 Nr. 2 InsO (Schlechterstellungsverbot) gesichert.

⁴⁰⁴ So schon *Madaus*, in: MünchKommInsO § 246a Rn. 7.

⁴⁰⁵ Siehe hierzu etwa LG Traunstein, 27.8.1999 – 4 T 2966/99, NZI 1999, 461, 464; AG Osnabrück, 12.7.2017 – 38 IN 25/15, BeckRS 2017, 118498; auch *Streit/Lüer*, in: Uhlenbruck, § 245 Rn. 25-31.

Für den Minderheitenschutzantrag nach § 251 InsO wäre in konsequenter Fortführung eines Ansatzes, der gesellschaftsrechtliche Bindungen im Innenverhältnis der Gesellschafter respektiert, zu erwägen, neben der voraussichtlichen (vermögensrechtlichen) Schlechterstellung gegenüber einer Regelinsolvenz (Abs. 1 Nr. 2) in einer neuen Nr. 3 auch die Missachtung gesellschaftsrechtlicher Stimmrechtsbindungen als Antrags- und Versagungsgrund für Gesellschafteranträge zu verankern.

(4) Rechtsmittel

Ist ein Plan bestätigt worden, so ist die Rechtsposition überstimmter Gesellschafter im Beschwerde- und Freigabeverfahren zu betrachten. Formell stellt § 253 Abs. 1 InsO Gesellschafter hier Gläubigern gleich. Die Glaubhaftmachung einer wesentlichen Schlechterstellung durch den Plan gegenüber der Regelinsolvenz (§ 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO) bzw. eines überwiegenden Nachteils (§ 253 Abs. 4 InsO) wird dem Gesellschafter einer insolventen Gesellschaft allerdings kaum je gelingen. Eine Erweiterung dieser Beschwerdegründe analog einer eventuellen Erweiterung in § 251 InsO wäre daher zu überlegen. Die Missachtung von Stimmrechtsbindungen könnte dann nicht nur eine sofortige Beschwerde erlauben (§ 253 Abs. 2 InsO), sondern auch eine Freigabe nach § 253 Abs. 4 InsO verhindern.

Weitere – nicht gesellschafterspezifische – Erwägungen zu den Rechtsbehelfen in § 253 InsO später unter VI.

Insgesamt ergeben sich damit folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er könnte Gesellschaftern mehr Befugnisse bei der Feststellung der Eröffnungsgründe zuweisen (Ablehnungsrecht für Gutachter; Beschwerderecht).

Option 3: Er könnte gesellschaftsrechtliche Bindungen im Innenverhältnis respektieren und daher § 238a Abs. 1 InsO streichen, ohne die Mehrheitserfordernisse in § 244 Abs. 3 InsO zu verändern.

Option 4: Er könnte die Willensbildung in der Gesellschaftergruppe gänzlich den gesellschaftsrechtlichen Regeln überlassen, also die §§ 238a, 244 Abs. 3 InsO streichen, und zur Überwindung des unberechtigten Widerstands von Gesellschaftergruppen allein auf das Obstruktionsverbot des § 245 InsO zurückgreifen.

Option 5: Er könnte eine Missachtung der nach Optionen 3/4 relevanten gesellschaftsrechtlichen Bindungen für eine Bestätigungsversagung nach § 251 InsO sowie für eine Beschwerdebefugnis und Freigabeentscheidung nach § 253 InsO relevant machen.

Option 6: Er könnte die Position von Gesellschaftern im Bereich der Obstruktionsverbote der §§ 245, 246a InsO in Abkehr von der absoluten Vorrangregel flexibler gestalten.

c) Umwandlungen und Distressed-Debt-Investoren

Umwandlungsmaßnahmen sind mit dem ESUG zum Plangegegenstand geworden. Das Ergebnis der Befragung ergab, dass Umwandlungsmaßnahmen in der Summe als eine der drei wichtigsten neuen gesellschaftsrechtlichen Regelungskompetenzen des Insolvenzplans benannt werden (Tab. 16). Der Suhrkamp-Fall ist auch hierfür ein prototypisches Beispiel. Offen ist, inwieweit die Regelung in § 3 Abs. 3 UmwG mit diesem neuen und dem ESUG-Gesetzgeber noch unbekanntem Phänomen kompatibel ist. Eine Klarstellung in § 225a InsO dahingehend, dass Umwandlungsmaßnahmen Gegenstand eines Insolvenzplans seien können, wäre sicher erwägenswert. Die Beantwortung der Fragen nach der Zulässigkeit einer Abwicklungsfusion, nach der Zulässigkeit einer Ausgliederung bei insolventen Einzelkaufleuten oder auch nach der Anwendung umwandlungsrechtlicher Gläubigerschutzbestimmungen neben den insolvenzrechtlichen insgesamt bedarf einer grundlegenden Diskussion⁴⁰⁶, die auch die europarechtlichen Hintergründe des Umwandlungsrechts einbezieht. Dabei sollte es weniger um die Zulässigkeit umwandlungsrechtlicher Maßnahmen in Insolvenzplänen gehen als um die Reichweite der Verdrängungswirkung des Insolvenzrechts im Bereich des Umwandlungsrechts. Diese Diskussion kann an dieser Stelle nicht geleistet werden.⁴⁰⁷ Diesbezüglich würde sich eine gesonderte Berichterstattung anbieten.

Die Problematik der hinreichenden Berücksichtigung der Motive von Distressed-Debt-Investoren durch das geltende Insolvenzrecht, insbesondere im Fall von Übernahmeinteressen, scheint derzeit in der Praxis noch nicht virulent. Die Umgehung kapitalmarktrechtlicher Transparenzvorschriften durch den Aufbau von Fremdkapitalpositionen in Krisenunternehmen ist allerdings auch kein primär insolvenzrechtliches Thema und wird an dieser Stelle daher auch nicht weiter verfolgt. Im Insolvenzverfahren sind Forderungskäufe weiter möglich und im Grundsatz auch dann nicht unlauter, wenn erst auf diese Weise die Unterstützung für einen Insolvenzplan gesichert werden kann.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Auf dem ZIP-Kolloquium in Köln im Dezember 2017 wurden Anpassungen einstimmig gewünscht; vgl. *Brinkmann/Denkhaus/Horstkotte/Schmidt/Westpfahl/Wierzbinski/Ziegenhagen*, ZIP 2017, 2430 bei Block 3, Frage 16.

⁴⁰⁷ Eine erste monographische Darstellung findet sich bei *Gontschar*, Umwandlungsmaßnahmen im Insolvenzplanverfahren, 2017.

⁴⁰⁸ Siehe hierzu etwa *Streit/Lüer*, in: Uhlenbruck, § 250 Rn. 30; zum Ausnahmefall eines unlauteren Forderungskaufs, der nach § 250 Nr. 2 InsO zu einer unlauteren Planannahme führte, siehe BGH, 3.3.2005 – IX ZB 153/04, BGHZ 162, 283 = ZIP 2005, 719.

8. Empfehlungen

Hinsichtlich der durch das ESUG neu geschaffenen Eingriffsbefugnisse in Anteilsrechte ist zunächst festzustellen, dass die Zulassung solcher Planeingriffe nahezu allgemein begrüßt wird. Die – überaus kontroversen – Auseinandersetzung in diesem Themenkreis betreffen nicht das Ob eines Eingriffs, sondern die Reichweite solcher Eingriffe und folgerichtig deren Legitimation. Eine Rückkehr zur gesellschaftsrechtlichen Abstinenz des Insolvenzrechts ist vor diesem Hintergrund nicht zu empfehlen.

Gleichzeitig ist ein gesetzgeberisches Nachjustieren angezeigt, da die ursprünglichen gesetzgeberischen Vorstellungen, die sich auf die Ermöglichung einer Forderungsumwandlung nach englischem Vorbild fokussierten, mit der festgestellten Verwendung von Insolvenzplänen in der Praxis wenig gemein haben. Insbesondere der Bereich der Integration von Umwandlungsmaßnahmen in Insolvenzpläne bedarf angesichts der hier erreichbaren Potenziale einer Gesamtrechtsnachfolge dringend einer Harmonisierung von Umwandlungs- und Planrecht.

Im Gegensatz dazu findet sich im Bereich des grundsätzlichen Verhältnisses von Insolvenzplan- und Gesellschaftsrecht eher ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Detail, der an die ersten Erfahrungen anknüpft. Vor allem sollte die Bedeutung gesellschaftsrechtlicher Anforderungen an Planmaßnahmen in § 225a Abs. 3 InsO zugunsten des Insolvenzrechts klargestellt werden (Verdrängungswirkung des Insolvenzrechts im Sinne des Verdrängungsbereichs II). Berechtigte Belange der Gesellschafter, insbesondere in Gesellschaften im Graubereich der existenzbedrohenden Krise, sollten eher im Insolvenzverfahren Beachtung finden, etwa durch ihre Berücksichtigung als Verfahrensbeteiligte im Eröffnungsverfahren und den daraus entstehenden Befugnissen bei der Feststellung der Eröffnungsgründe (Ablehnungsrecht für Gutachter); ein zusätzliches Beschwerderecht gegen die erfolgte Verfahrenseröffnung scheint demgegenüber zu spät zu greifen und nicht zwingend sinnvoll.

Darüber hinaus machen Fälle wie Suhrkamp deutlich, dass es überlegenswert erscheinen kann, die Willensbildung in einer Gesellschaftergruppe weiter allein dem Gesellschaftsrecht zu überlassen, solange eine so mögliche Blockadeposition einer Gesellschaftergruppe zulasten der Gläubiger oder anderer Gesellschaftergruppen durch das Obstruktionsverbot in § 245 InsO effektiv durchbrochen werden kann. Letzteres legt die Bewertung des Plans in die Hand des Gerichts, dessen Entscheidung bei begründeten Zweifeln effektiv überprüfbar sein sollte. Entschließt man sich hingegen dafür, auch existenzbedrohende Gesellschafterkonflikte mit den Mitteln des Insolvenzrechts zu lösen, so ist zu empfehlen, an der Irrelevanz gesellschaftsrechtlicher Bindungen und Mehrheiten im Planverfahren festzuhalten.

Die Beibehaltung der Vorrangregel schützt zutreffend vor der Umverteilung von Vermögen; ihre Flexibilisierung würde es aber auch erlauben, den Unternehmer als Gesellschafter im sanierten Unternehmen zu belassen, ohne hierfür die Zustimmung *aller* Gläubigergruppen einzuholen. Für die Einführung gesellschaftsrechtlicher Maßstäbe an Planmaßnahmen, wie etwa Rechtfertigungsanforderungen für Bezugsrechtsausschlüsse, besteht demgegenüber kein Anlass.

III. Der neue Anwendungsbereich (§ 217 InsO) – Pläne bei Masseunzulänglichkeit

Der ESUG-Gesetzgeber hat mit der Regelung in § 210a InsO klargestellt, dass Insolvenzpläne auch nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit noch möglich sind, um die Insolvenzsituation zu bewältigen.

1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung sowie sonstigen ESUG-Studien

Erkenntnisse zur praktischen Bedeutung dieser Klarstellung lassen sich weder der Statistik noch der Befragung entnehmen. Auch in anderen ESUG-Studien sind keine Angaben zu finden. Rechtsprechung zu § 210a InsO ist ebenfalls noch nicht ersichtlich.

2. Stellungnahmen aus Rechtsprechung, Literatur und Verbänden

In der Literatur ist die Regelung des § 210a InsO mit Zurückhaltung aufgenommen worden: Zwar wurde einerseits die Klarstellung der Zulässigkeit von Insolvenzplänen bei Masseunzulänglichkeit im Interesse der Rechtssicherheit begrüßt⁴⁰⁹, andererseits die Regelung in § 210a InsO aber auch als lückenhaft⁴¹⁰ oder gar unschlüssig⁴¹¹ kritisiert. Tatsächlich sieht der Wortlaut des § 210a InsO nur die Einbeziehung der Alt-Massegläubiger in das Planverfahren der §§ 217 ff. InsO als nicht nachrangige Insolvenzgläubiger (Nr. 1) und die Anwendung der Zustimmungsvermutung des § 246 Nr. 2 InsO für die einfachen Insolvenzgläubiger vor. Der Gesetzgeber übernahm insofern nur die Regelung aus § 323 Abs. 3 RegE InsO.⁴¹² Er ging dabei davon aus, dass dies genügen würde, um deutlich zu machen, dass mit der Anzeige der Masseunzulänglichkeit die Alt-Massegläubiger nur noch eine Quote erwarten

⁴⁰⁹ Siehe etwa *Henning*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, § 210a Rn. 2; *Kießner*, in: Braun, § 210a Rn. 4; *Vallender*, MDR 2012, 125, 127, auch *Smid*, ZInsO 2017, 2085, 2087.

⁴¹⁰ So etwa *Madaus*, in: MünchKommInsO, § 210a Rn. 5; *Pape*, in: Kübler/Prütting/Bork, § 210a Rn. 8.

⁴¹¹ *Andres*, in: Andres/Leithaus, § 210a Rn. 1; auch *Smid*, ZInsO 2017, 2085, 2098: die Verweisung des § 210a Nr. 2 InsO gibt „zu erheblichen Missverständnissen Anlass“.

⁴¹² BT-Drucks. 12/2443, S. 60 mit der Begründung auf S. 221.

dürfen und daher für das Planverfahren in die Rechtsposition der nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger rücken, während die einfachen Insolvenzgläubiger nun jede Befriedigungsaussicht verlieren und daher im Planverfahren die Position nachrangiger Insolvenzgläubiger einnehmen.⁴¹³ Im Gesetzeswortlaut findet sich diese Rollenverteilung so nicht wieder, da für die Insolvenzgläubiger im Rang des § 38 InsO nur § 246 Nr. 2 InsO für anwendbar erklärt wird. Eine mit § 210a Nr. 1 InsO vergleichbare Rückstufung in die Position von nachrangigen Insolvenzgläubigern findet sich nicht. Folgerichtig ist streitig, wie sich die Befugnisse der Beteiligten im Planverfahren konkret zwischen den Alt-Massegläubigern und den einfachen Insolvenzgläubigern verteilen. Wer unter Bezug auf die Motive den einfachen Insolvenzgläubigern generell nur die Verfahrensrechte von nachrangigen Insolvenzgläubigern zuweist, verlangt gem. §§ 222 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, 225 InsO grundsätzlich nicht die Bildung einer Gruppe für diese Gläubiger und schließt sie damit von der Verfahrensbeteiligung aus.⁴¹⁴ Wer hingegen unter Bezug auf die unterschiedliche Formulierung in § 210a Nr. 1 und 2 InsO einen generellen Rangrücktritt der einfachen Insolvenzgläubiger für das Planverfahren verneint, muss stets eine Verfahrensbeteiligung dieser Gläubiger im Wege der Gruppenbildung und Abstimmung fordern, in deren Rahmen dann ggf. § 246 Nr. 2 InsO zur Anwendung kommt.⁴¹⁵ Auch der zulässige Inhalt solcher Pläne ist streitig.⁴¹⁶ Schließlich wird diskutiert, ob der Kreis der „Alt-Massegläubiger“ im Fall einer Neu-Masseunzulänglichkeit erweitert wird.⁴¹⁷

3. Rechtspolitische Stellungnahmen der Verbände und Fallstudien

Rechtspolitische Stellungnahmen der Verbände finden sich zu diesen Fragen nicht. Auch illustrative Fallstudien sind nicht verfügbar.

4. Bewertung

In der Analyse ist zunächst festzustellen, dass die praktische Bedeutung von Insolvenzplänen in masseunzulänglichen Verfahren derzeit kaum feststellbar ist. Eine Beschränkung des möglichen Inhalts solcher Pläne auf Sanierungslösungen würde diese Bedeutung weiter

⁴¹³ BT-Drucks. 17/5712, S. 29.

⁴¹⁴ So etwa *Ries*, in: Uhlenbruck, § 210a Rn. 13; *Pape*, in: Kübler/Prütting/Bork, § 210a Rn. 29 f.

⁴¹⁵ So etwa *Landfermann*, in: Heidelberger Kommentar, § 210a Rn. 8; *Madaus*, in: MünchKommInsO, § 210a Rn. 14; *Smid*, ZInsO 2017, 2085, 2096 f.

⁴¹⁶ Der Gesetzgeber ging von Sanierungsplänen aus, weshalb zum Teil nur Sanierungspläne für zulässig gehalten werden; vgl. *Pape*, in: KPB, InsO, 2017, § 210a Rn. 19; *Zimmer*, ZInsO 2012, 390; noch einschränkender *Smid*, ZInsO 2017, 2085, 2090 ff.

⁴¹⁷ Dafür etwa *Landfermann*, in: Heidelberger Kommentar, § 210a Rn. 14; *Westphal*, in: Nerlich/Römermann, § 210a Rn. 7; a.A. etwa *Ries*, in: Uhlenbruck, § 210a Rn. 6; *Zimmer*, ZInsO 2012, 390, 391.

schmälern und scheint auch angesichts des grundsätzlichen Vorrangs privatautonomer Lösungen zur Insolvenzbewältigung, wie er in §§ 1, 217 InsO zum Ausdruck kommt, nicht angezeigt. Ob es insoweit einer gesetzlichen Klarstellung bedarf, ist allerdings fraglich, da § 217 InsO grundsätzlich einschlägig ist. Eine entsprechende Äußerung in der Begründung einer Überarbeitung des § 210a InsO dürfte mithin genügen, um der Gegenansicht den Boden zu entziehen, zumal sich diese primär auf die ESUG-Begründung beruft.

Bedenkenswert scheint demgegenüber eine Neuformulierung des § 210a Nr. 2 InsO, um die Beteiligung der einfachen Insolvenzgläubiger im Planverfahren eindeutig zu beschreiben. Deren prinzipielle Rückstufung in die Position nachrangiger Insolvenzgläubiger würde das Verfahren vereinfachen, da eine Verfahrensbeteiligung dann nur noch erfolgen müsste, wenn der Plan auf die zurückgestuften einfachen Insolvenzforderungen Leistungen vorsehen will (§ 225 InsO). § 246 InsO wäre zudem unmittelbar anwendbar. Den möglichen Kostenvorteilen einer solchen Regelung ist allerdings entgegenzuhalten, dass durch die Anzeige der Masseunzulänglichkeit kein isoliertes Insolvenzverfahren im Insolvenzverfahren beginnt. Insofern könnte schon die Rechtsstellung als einfacher Insolvenzgläubiger im fortlaufenden Insolvenzverfahren eine (formale) Teilhabe an der Abstimmung über einen Insolvenzplan und damit eine dementsprechende Gruppenbildung erfordern. Auch sind es weiter die einfachen Insolvenzgläubiger, die in einer Gläubigerversammlung den Insolvenzverwalter mit der Planerstellung beauftragen könnten. Die fehlende Quotenaussicht lässt also die Verfahrensrechte unberührt. Man könnte sie daher auch im Planverfahren bestehen lassen.

Ob eine erneute Unzulänglichkeit der Masse hinsichtlich der Neu-Massegläubigerforderungen die Eingriffsbefugnisse des Plans auf Neu-Massegläubiger erweitert, wird vom Gesetzgeber nur zu regeln sein, wenn er zuvor im Grundsatz die Möglichkeit einer erneuten Masseunzulänglichkeit anerkennt und mit den Folgen der §§ 208 ff. InsO ausstattet. Der BGH lässt dies derzeit nicht zu.⁴¹⁸

Insgesamt ergeben sich damit folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er kann § 210a Nr. 2 InsO dahingehend ergänzen, dass für die nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger die Verfahrensregelungen der §§ 217 ff. InsO für nachrangige Insolvenzgläubiger gelten. Hieraus würden sich die entsprechenden Folgen für die Verfahrensposition der bisherigen Insolvenzgläubiger, etwa in der Gläubigerversammlung, ergeben.

Option 3: Er könnte eine zweite Masseunzulänglichkeit anerkennen und die Planbefugnisse entsprechend ausweiten.

⁴¹⁸ St. Rspr., vgl. BGH, 9. 10. 2008 – IX ZB 129/07, ZIP 2008, 2284 Rn. 7 m. w. Nachw.

5. Empfehlung

Angesichts der nur rudimentär erfolgten Regelung zur Rechtsstellung der Beteiligten in einem Insolvenz- und Insolvenzplanverfahren nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit im ESUG sollte der Gesetzgeber hier nachsteuern. Jedenfalls eine klarstellende Regelung im Sinne von Option 2 wäre insofern zu empfehlen. Allerdings sollte klargestellt werden, dass die bisherige Gläubigerversammlung in ihrer Zusammensetzung noch den Auftrag an den Insolvenzverwalter zur Ausarbeitung eines Insolvenzplans nach §§ 157 Satz 2, 210a InsO beschließen darf.

IV. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf bei Regelungen zum Planinhalt

Die Diskussion um den zulässigen Inhalt von Insolvenzplänen ist seit dem ESUG nicht nur über die Fragen der Plandispositivität von insolvenz- und gesellschaftsrechtlichen Regeln geführt worden, die bereits erörtert wurden. Im Bereich der §§ 219 bis 230 InsO finden sich darüber hinaus noch Fragen, die sich als essentiell für eine erfolgreiche Plansanierung herausgestellt haben.

1. Vollstreckbarkeit und Bestimmtheit von Planregelungen

Eine Entscheidung des AG Hannover⁴¹⁹ hat die Frage aufgeworfen, wie präzise der Insolvenzplan Planleistungen beschreiben muss. Ist zum Zeitpunkt der Planerstellung nicht sicher feststellbar, wie hoch konkret die verteilungsfähige Aktivmasse⁴²⁰ oder aber die zu bedienende Passivmasse⁴²¹ nach der Planbestätigung sein wird, so hat sich die Praxis oft durch die Formulierung flexibler Planquoten beholfen. Das AG Hannover hat nun solche Planklauseln als unzulässig zurückgewiesen, da ein so formulierter Plan keinen vollstreckungsfähigen Inhalt habe und daher nicht gem. § 257 Abs. 1 InsO zu einem Vollstreckungstitel führen könne. Tatsächlich findet sich in der Literatur verbreitet der Hinweis auf die Notwendigkeit einer Formulierung von Planleistungen mit vollstreckbarem, also hinreichend bestimmten Inhalt.⁴²² In der Praxis wird die damit entstandene Unsicherheit über die Zulässig-

⁴¹⁹ AG Hannover, 30.9.2016 – 902 IN 607/14, ZIP 2016, 2081.

⁴²⁰ Etwa durch anhängige Anfechtungs- oder Haftungsprozesse bzw. durch laufende Verkaufsbemühungen für Teile des Schuldnervermögens.

⁴²¹ Insbesondere durch die Möglichkeit von Nachzählern.

⁴²² *Blankenburg*, ZInsO 2015, 1293, 1298; ebenso *Braun*, in: Nerlich/Römermann, § 224 Rn. 4; *Lüer/Streit*, in: Uhlenbruck, § 224 Rn. 1, 5; *Silcher*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, § 224 Rn. 11; *Thies*, in: HambKomm, § 224 Rn. 4; nun auch LG Hamburg, 18.8.2017 – 326 T 10/17, BeckRS 2017, 124499 Rn. 30.

keit der Formulierung flexibler Planquoten ausweislich unserer Befragung bedauert (Abb. 10: M = 3,00).

In der Analyse ist auf zwei Punkte hinzuweisen. Zum einen betrifft die Regelung in § 257 Abs. 1 InsO allein die rechtsändernden Anordnungen gegenüber den Insolvenzgläubigern wegen ihrer Insolvenzforderung im Fall einer Quotenregelung nach § 224 InsO. Nur deren Planquote muss sich wegen § 257 Abs. 1 InsO in vollstreckbarer Weise aus dem Insolvenzplan ergeben, falls sie denn überhaupt im gestaltenden Teil des Plans ausgewiesen wird.⁴²³ Entsprechendes gilt wegen § 257 Abs. 2 InsO für schriftliche Garantieübernahmen Dritter nach § 230 Abs. 3 InsO. Sonstige Planregelungen sind nicht dem Maßstab des § 257 InsO unterworfen, selbst wenn sie Insolvenzgläubiger betreffen.⁴²⁴ Es wäre schon insofern unproblematisch, den Gläubigern eine fixe Planquote zuzuweisen und ihnen daneben – nicht vollstreckbare – Ansprüche für den Besserungsfall zuzugestehen.⁴²⁵

Zum anderen ist selbst im Anwendungsbereich des § 257 InsO darauf hinzuweisen, dass sich die Anforderungen an den vollstreckungsfähigen Inhalt und damit an die Bestimmtheit von Planklauseln nicht schlicht aus den für Urteile geltenden Anforderungen des Vollstreckungsrechts entnehmen lassen. Der Insolvenzplan ist kein Urteil, er ist ein Vergleich⁴²⁶ bzw. nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ein Rechtsinstitut eigener Art, das weitgehend wie ein Vertrag interpretiert wird,⁴²⁷ sodass auch nach dieser Auffassung die Titulierungswirkung des Insolvenzplans eher der eines Prozessvergleichs (vgl. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) entspricht. Die Anforderungen des Vollstreckungsrechts an den vollstreckungsfähigen Inhalt von Vergleichen und damit auch von Insolvenzplänen – sind aber eher gering. Zugleich sollte man bei der Interpretation des § 257 InsO nicht nur § 724 ZPO im Blick haben.⁴²⁸ Nimmt man § 726 Abs. 1 ZPO in den Blick, so entstehen weitaus größere Spielräume.⁴²⁹ Dies setzt allerdings voraus, dass der Plan nicht nur die Tatsachen klar bestimmt, aus denen sich im Klauselverfahren die Planquote ergeben soll. Notwendiger Planbestandteil wäre auch der Verzicht des Schuldners auf den Nachweis nach § 726 Abs. 1 ZPO oder aber eine Regelung

⁴²³ A.A. wohl allein *Spahlinger*, in: Kübler/Prütting/Bork, § 224 Rn. 14 a.E.

⁴²⁴ Allg. A.; vgl. etwa *Braun*, in: Nerlich/Römermann, § 224 Rn. 6; *Eidenmüller*, in: MünchKommInsO, § 221 Rn. 17.

⁴²⁵ In diese Richtung geht etwa der Vorschlag von *Martini/Horstkotte*, ZInsO 2017, 1913, 1921.

⁴²⁶ Ausführlich dazu *Madaus*, Insolvenzplan, 2011, S. 173 ff., 424 ff.; *ders.*, KTS 2012, 27, 30 ff. – jeweils mit Nachweisen zur in der Literatur weiterhin herrschenden Vertragstheorie.

⁴²⁷ Ständige Rechtsprechung – siehe etwa BGH, 7.5.2015 – IX ZB 75/14, NZI 2015, 697, 700 Rn. 26.

⁴²⁸ So offensichtlich etwa *Thies*, in: HambKomm, § 257 Rn. 5.

⁴²⁹ Hierauf schon zutreffend hinweisend *Spliedt*, in: K. Schmidt, § 224 Rn. 3 und § 257 Rn. 8; auch *Brünkmans*, in: Brünkmans/Thole, Handbuch Insolvenzplan, 2016, § 8 Rn. 20; *Körner/Rendels*, EWIR 2017, 23, 24.

der Nachweiserbringung, etwa durch einen Wirtschaftsprüfer. Entsprechend gestaltete Planklauseln erlauben dann auch eine Vollstreckung aus dem Plan, wenn der konkrete Geldbetrag erst nachträglich feststeht.⁴³⁰

Insgesamt ergeben sich damit folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er kann § 257 Abs. 1 InsO um eine Klarstellung erweitern, nach der § 726 ZPO anwendbar ist.

Angesichts der verbreiteten Unsicherheit scheint eine Klarstellung wünschenswert. Zugleich macht die Diskussion auch deutlich, dass ein punktuell schnellerer Zugang zum BGH wünschenswert wäre, um durch höchstrichterliche Entscheidungen Rechtssicherheit zu erzeugen. De lege lata fungiert nur die Zulassungspraxis der Landgerichte als Steuerungsmittel.

2. Darlegungsanforderungen, insbes. zur Vergleichsrechnung

§ 220 InsO verlangt für den darstellenden Teil eines Insolvenzplans nicht nur die Erläuterung der im gestaltenden Teil vorgesehenen Rechtsänderungen (Abs. 1), sondern in Abs. 2 auch die Darlegung „aller sonstigen Angaben zu den Grundlagen und den Auswirkungen des Plans“, die für die Zustimmungentscheidung der Beteiligten erheblich sind. Der BGH hat inzwischen klargestellt, dass ein Verstoß gegen diese Informationspflicht dazu führen kann, einen vorgelegten Plan zur Nachbesserung zurückzugeben und ggf. nach § 231 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO zurückzuweisen.⁴³¹ Dabei stellt er fest, dass der Gesetzgeber „durch die weite Formulierung der Vorschrift lediglich auf eine für alle Fälle verbindliche Vorgabe verzichtet und die Entscheidung, welche Angaben die Gläubiger benötigen, für jeden Einzelfall zunächst dem Planverfasser und sodann gem. § 231 I 1 Nr. 1, § 250 Nr. 1 InsO dem Insolvenzgericht übertragen“ hat.⁴³² Im Ergebnis bleibt die Formulierung der Anforderungen so im Ermessen des Insolvenzgerichts, was die Planbarkeit von Planlösungen für den Planersteller beschränkt und eine vorbereitende Kommunikation erforderlich macht. Eine gesetzgeberische Präzisierung der Darlegungslast im Insolvenzplan wird daher verbreitet gewünscht. Dies gilt ausweislich unserer Befragung (Abb. 10: M = 2,83) insbesondere für die Anforderungen an die Vergleichsrechnung.

⁴³⁰ Damit dürfte auch dem Bedürfnis nach derartigen Planregelungen, wie es etwa *Weber*, ZInsO 2017, 255, 258 ff., geäußert hat, genüge getan sein.

⁴³¹ BGH, 7.5.2015 – IX ZB 75/14, NZI 2015, 697, 700 Rn. 28.

⁴³² BGH, 7.5.2015 – IX ZB 75/14, NZI 2015, 697, 700 Rn. 29.

Die Vergleichsrechnung dient dazu, die Beteiligten zur Zustimmung zum Plan zu bewegen, indem sie aufzeigt, dass der Beteiligte im Vergleich zu einer Lösung ohne Plan besser gestellt wird. Diese Besserstellung ergibt sich aus einem Vergleich der Planleistung gegenüber der Quotenerwartung im Regelverfahren. Das Problem besteht nun darin, dass beide Wertbestimmungen hypothetisch vorzunehmen sind. Die prognostizierte Planleistung geht von einem spezifischen Planszenario aus, oft ein Sanierungsszenario. Die prognostizierte Quote ist in einem Liquidationsszenario zu ermitteln, das ebenfalls nur hypothetisch zu beschreiben ist. Der BGH hat in seiner Grundsatzentscheidung bereits ausgesprochen, dass Annahmen im Liquidationsszenario wie eine Betriebsschließung und -zerschlagung eingehend zu begründen sind.⁴³³ Entsprechendes wird für das Planszenario gelten müssen. Die Folge dieser umfangreichen Darlegungslast führt nun typischerweise in zwei Konstellationen zu Problemen, die einer gesetzlichen Vermutungsregel bedürften.

a) Bestimmung des Liquidationswertes in der Unternehmensinsolvenz

In der Unternehmensinsolvenz ergibt sich die Quotenerwartung für alle Beteiligten aus einer hypothetischen Verwertung des Unternehmens in der Regelinsolvenz (§§ 159 ff. InsO). Der Liquidationswert ist also zu ermitteln und zu erläutern. Dabei kann nicht einfach vom Zerschlagungswert ausgegangen werden.⁴³⁴ Vielmehr ist konkret darzustellen, welche Verwertung in einem Regelinsolvenzverfahren zu erwarten wäre. Könnte hier in realistischer Weise über einen Unternehmensverkauf (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO) auch der Fortführungswert generiert werden, so ist dieser anzusetzen. Hieraus ergibt sich ein Anreizkonflikt. Bei in der Insolvenz noch laufenden Unternehmen ist der Planersteller in Verfolgung seiner Planstrategie daran interessiert, den Liquidationswert in der Vergleichsrechnung möglichst niedrig anzusetzen, um schon mit geringeren Planleistungen eine Besserstellung der Beteiligten ausweisen zu können. Muss er zugleich anstelle des Zerschlagungswertes den höheren Fortführungswert des Unternehmens im Liquidationsszenario nur ansetzen, wenn ein Unternehmensverkauf realistisch ist und wird dazu mit der herrschenden Ansicht⁴³⁵ verlangt, dass bereits konkrete und ernstzunehmende Kaufangebote vorliegen, so hat es der Planersteller selbst in der Hand, solche Kaufangebote durch eine Vermeidung oder Verzögerung des M&A-Prozesses zu behindern. Eine dem entgegenwirkende, pauschale Pflicht zur Durchführung eines M&A-Prozesses bei jedem Plan hätte wiederum den Nachteil, dass sinnvolle

⁴³³ BGH, 7.5.2015 – IX ZB 75/14, NZI 2015, 697, 700 Rn. 30.

⁴³⁴ So nun auch der BGH, 7.5.2015 – IX ZB 75/14, NZI 2015, 697, 700 Rn. 30. Dem folgte nun auch das LG Stade, 29.12.2017 – 7 T 151/17, ZInsO 2018, 614, 615.

⁴³⁵ Siehe etwa *Harmann*, in: Brünkmans/Thole, Handbuch Insolvenzplan, 2016, § 13 Rn. 108; *Thies*, in: HambKomm, § 220 Rn. 7; a.A. *Spliedt*, in: K. Schmidt, § 220 Rn. 6.

Planlösungen gefährdet werden und Kosten für Prozesse entstehen, die allein der Plausibilisierung von Szenarien in der Vergleichsrechnung dienen.

In der Analyse ist zunächst hervorzuheben, dass es bei der Beschreibung der beiden Szenarien in der Vergleichsrechnung grundlegende Unterschiede gibt. Die Erläuterung des Planszenarios verlangt nach einer schlüssigen Darlegung der Planwirkungen und der sich hieraus ergebenden Durchführbarkeit der vorgesehenen Planleistungen und -quoten. Die Plausibilisierung der Quotenerwartung in der Liquidation erfordert demgegenüber im Kern eine Bestimmung des Unternehmenswertes in einem erzwungenen, oft kurzfristigen Verkaufsszenario. Schon der InsO-Gesetzgeber wollte mithilfe der Planregelungen sicherstellen, dass Unzulänglichkeiten in der Preisbildung im existierenden Markt für insolvente Unternehmen kompensiert werden.⁴³⁶ Daraus folgt, dass dieser Markt jedenfalls den Liquidationswert bestimmt, auf dem ein Plan aufbauen muss.

Zu klären bleibt, ob es zwingend der Bestimmung eines „realen“ Marktpreises bedarf, ob also das Unternehmen konkret am Markt anzubieten ist und Kaufangebote einzuholen sind. Damit ist die Kernfrage angesprochen, wie der Wert eines insolventen Unternehmens und damit die Befriedigungs- und Beteiligungsrechte der Gläubiger und Gesellschafter im Insolvenzverfahren zu bestimmen sind. Die Insolvenzordnung enthält hierzu keine klare Aussage. Auch der Kommissionsvorschlag einer Restrukturierungsrichtlinie lässt die Bewertungsmethode offen.⁴³⁷ Das US-Insolvenzrecht lässt insoweit eine Feststellung des Unternehmenswertes durch das Gericht nach anerkannten Bewertungsmethoden genügen. Im englischen Recht wird jedenfalls bei Schemes im Grundsatz der Fortführungswert zugrunde gelegt, ohne dass es eines Kaufangebots bedarf, solange der Plan von einer Unternehmensfortführung ausgeht.⁴³⁸ Es spricht insofern viel dafür, dem Fortführungswert in Fortführungsplänen ein höheres Gewicht zu verleihen und – wie auch der BGH anmerkt⁴³⁹ – nicht vom Zerschlagungswert als unbegründetem Regelfall auszugehen, wenn kein Kaufangebot vorliegt. Zugleich sollte angesichts der mit einer echten Marktansprache einhergehenden Probleme eine gutachterliche Bestimmung des Liquidationswertes als Fortführungs- oder Zerschlagungswert im Plan, also durch den Planersteller oder einen von ihm beauftragten Gutachter, genügen. Hält ein Planopponent diese Bewertung für zu niedrig, sollte es ihm erlaubt sein, seine Schlechterstellung durch Vorlage einer eigenen Bewertung glaubhaft zu machen (vgl. §§ 251 Abs. 1 Nr. 2, 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO). Die dafür erforderlichen Informationen sollten dem

⁴³⁶ Siehe BT-Drucks. 12/2443, S. 95.

⁴³⁷ Siehe Art. 13 und Erwägungsgrund 30.

⁴³⁸ Grundlegend insofern *Crystal/Mokal*, ICR 2006, 63 ff. und 123 ff., insbes. auf S. 126.

⁴³⁹ BGH, 7.5.2015 – IX ZB 75/14, NZI 2015, 697, 700, Rn. 30.

(pflichtgemäß erstellten) darstellenden Teil des Insolvenzplans bzw. dessen Anlagen entnommen werden können.

Erwägenswert erscheint, daneben dem Gläubigerausschuss oder dem (unabhängigen) Sachwalter eine frühzeitige Prüfung der Vergleichsrechnung (etwa im Rahmen der Stellungnahme nach § 232 InsO) aufzugeben.⁴⁴⁰

Insgesamt ergeben sich damit folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er kann § 220 InsO um eine Klarstellung erweitern, nach der bei Feststellung des Liquidationswertes in der Vergleichsrechnung im Zweifel kein Zerschlagungswert, sondern der Fortführungswert zugrunde zu legen ist, wenn das Unternehmen nach dem Plan fortführungsfähig ist und ein Verkauf des Unternehmens ohne den Plan nicht offensichtlich aussichtslos erscheint.

Option 3: Er kann die Durchführung eines M&A-Prozesses zur tatsächlichen Bestimmung des Liquidationswertes vorschreiben oder aber zum notwendigen Gegenstand einer Gläubiger(ausschuss)entscheidung machen.

Aufgrund der Analyse dürfte es naheliegen, zumindest eine Zweifelregelung im Sinne von Option 2 im Gesetz zu verankern, da ohne eine Gesetzesergänzung die Bedeutung des Fortführungswertes in der Vergleichsrechnung weiter gering bleiben dürfte. Die zwingende Vorgabe eines M&A-Prozesses scheint demgegenüber zu weitgehend.

b) Bestimmung des Liquidationswertes in der Insolvenz natürlicher Personen

Die Bestimmung der Befriedigungsaussichten der Planbeteiligten im Szenario einer Regelin solventz ist nicht nur bei Unternehmensinsolvenzen schwierig, sondern auch bei Insolvenzplänen zur Schuldenregulierung bei natürlichen Personen. Hier ergibt sich die Problematik in der Vergleichsrechnung allerdings nicht aus einer offenen Bewertungsfrage, sondern aus der Beschreibung des relevanten Liquidationsszenarios. Ist der Schuldner erwerbsfähig, so können die Insolvenzgläubiger im hypothetischen Liquidationsszenario ihre offen gebliebenen Insolvenzforderungen als nach § 201 Abs. 2 InsO titulierte Forderungen grundsätzlich dreißig Jahre lang verfolgen. Lediglich ein erfolgreiches Restschuldbefreiungsverfahren könnte dies hypothetisch verhindern und ggf. sofort bzw. nach drei oder fünf Jahren zu einer Restschuldbefreiung führen (vgl. § 300 Abs. 1 InsO). Die Befriedigungsaussichten im Liquidationsszenario unterscheiden sich also grundlegend in Abhängigkeit vom prognosti-

⁴⁴⁰ In diese Richtung geht der Vorschlag von DIE FAMILIENUNTERNEHMER e.V., Stellungnahme ESUG-Evaluation; Verbesserungsvorschläge zu Eigenverwaltung und Insolvenzplan vom 6.3.2018., Vorschlag 1 zum Insolvenzplan.

zierten Erfolg der Restschuldbefreiung. Zugleich hängt die Relevanz dieses Unterschiedes entscheidend davon ab, ob und in welcher Höhe der Schuldner im relevanten Zeitraum bis zur Verjährung oder Restschuldbefreiung Einkommen erzielen oder Vermögen erlangen würde. Insbesondere bei erwerbslosen Schuldnern im erwerbsfähigen Alter kann so ein Streit darüber entstehen, mit welchen pfändbaren Einkünften im Prognosezeitraum zu rechnen wäre. Enthält das Gesetz hierzu keine Zweifelsregelung, so werden die Gerichte diese Prüfung im freien Ermessen vornehmen.⁴⁴¹

Der InsO-Gesetzgeber hatte diese Problematik für Pläne bei natürlichen Personen tatsächlich erkannt und in § 309 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 letzter Hs. InsO eine gesetzliche Vermutung für die künftige Einkommens- und Vermögensentwicklung normiert, die der Schlechterstellungsprüfung bei Schuldenbereinigungsplänen zugrunde gelegt wird und diese erleichtern⁴⁴² soll: Einkommen und Vermögen bleiben im Prognosezeitraum im Zweifel konstant. Eine Regelung für Insolvenzpläne erübrigte sich zum damaligen Zeitpunkt, da diese für Privatinsolvenzen nicht vorgesehen waren (§ 312 a.F. InsO). Im Rahmen der Öffnung der Verbraucherinsolvenzverfahren für Insolvenzpläne im Jahr 2014 wurde es dann verpasst, eine gesetzliche Vermutung zur Erleichterung der Schlechterstellungsprüfung bei Insolvenzplänen zu schaffen, obwohl die Problemlage mit der bei Schuldenbereinigungsplänen identisch ist. Seither ist die Analogiefähigkeit der Regelung streitig.⁴⁴³ Eine gesetzgeberische Klarstellung könnte hier hilfreich sein, insbesondere wenn sie über den Bereich der Verbraucherinsolvenz hinaus für Insolvenzpläne von natürlichen Personen eine entsprechende Zweifelsregelung einführt. Widersprechenden Gläubigern würde so nicht verwehrt, die gesetzliche Vermutung gleichbleibender Einkommens- und Vermögensverhältnisse insbesondere in Fällen eines Missbrauchs zu widerlegen („geplante Erwerbslosigkeit zum Eröffnungszeitpunkt“⁴⁴⁴). Geschieht dies – wie in Privatinsolvenzen häufig – nicht, so ist das Gericht bei seiner Schlechterstellungsprüfung an die Vermutung gebunden und kann den mehrheitlich oder gar einstimmig gewollten Plan nicht zurückweisen oder ihm die Bestätigung versagen. Zugleich wird die Darlegungslast des Planerstellers in einem Bereich gemindert, der ohnehin weitgehend auf Vermutungen angewiesen wäre. Zur weiteren Erleichterung könnte der Gesetzgeber auch eine Regelung schaffen, nach der zum Zwecke der Vergleichsrechnung vermutet wird, dass bei bereits gestelltem Restschuldbefreiungsantrag eine Restschuldbefreiung zum Ab-

⁴⁴¹ Ein anschauliches Beispiel findet sich im Beschluss des AG Hamburg, 24.5.2017 – 67 c IN 164/15, NZI 2017, 567, 569.

⁴⁴² Diesen Regelungszweck betont der Gesetzgeber ausdrücklich in BT-Drucks. 12/7302, S. 192.

⁴⁴³ Dafür etwa schon *Laroche/Harder*, VIA 2014, 81, 84; auch *Martini/Horstkotte*, ZInsO 2017, 1913, 1920; *Madaus*, NZI 2017, 697, 699; dagegen aber explizit AG Hamburg, 24.5.2017 – 67 c IN 164/15, NZI 2017, 567, 569; *Frind*, NZI 2017, 842, 845.

⁴⁴⁴ *Frind*, NZI 2017, 842, 845.

lauf der Höchstfrist (derzeit fünf Jahre) eintritt. Auch diese Vermutung wäre widerleglich, so dass ein opponierender Beteiligter Tatsachen vortragen könnte, die einen Versagungsgrund ergeben.

Insgesamt ergeben sich damit folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er kann die §§ 245, 251, 253 InsO um eine Klarstellung erweitern, nach der bei Prüfung der Schlechterstellung im Zweifel die Einkommens- und Vermögensverhältnisse unverändert bleiben.

Option 3: Er kann die §§ 245, 251, 253 InsO um eine Klarstellung erweitern, nach der bei Prüfung der Schlechterstellung im Fall eines bereits gestellten Restschuldbefreiungsantrags im Zweifel anzunehmen ist, dass eine Restschuldbefreiung zum Ablauf der Höchstfrist (derzeit fünf Jahre) eintritt.

Da eine Gesetzesergänzung die Prüfung der Schlechterstellung bei Insolvenzplänen natürlicher Personen erheblich erleichtert, wäre eine Änderung im Sinne der Optionen 2 und 3 zu empfehlen.

V. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf bei Regelungen zum Planverfahren

Die durch das ESUG verstärkte Nutzung von Insolvenzplänen in der Praxis hat auch Schwächen in den Bestimmungen zum Planverfahren (§§ 231 bis 252 InsO) offengelegt, die zum Gegenstand gesetzgeberischen Handelns werden könnten. Die Regeln des Insolvenzplanverfahrens waren weder Gegenstand der Befragung noch existieren diesbezügliche Statistiken. Auch finden sich naturgemäß keine Erkenntnisse in den sonstigen ESUG-Studien. Anregungen folgen vielmehr aus der Literatur und Verbandsstellungen, insbes. aus der Richterschaft. Oft betreffen diese Anregungen die Bewältigung von Großverfahren.

1. Gerichtliche Vorprüfung

Der BAKinso e.V. macht darauf aufmerksam, dass sich die „Soll-Prüfungsfrist“ des § 231 Abs. 1 Satz 2 InsO von 14 Tagen in größeren Verfahren als nicht haltbar erwiesen habe.⁴⁴⁵ Der nachfolgende Lösungsvorschlag basiert auf einer Kritik der Regelungsreihenfolge der §§ 231 und 232 InsO, nach der nur in dem Fall, in dem der Plan nicht zurückgewiesen wird, eine Zuleitung desselben an die in § 232 InsO benannten Beteiligten erfolgen muss. Das Gesetz geht mithin davon aus, dass die Zurückweisungsprüfung kurzfristig und

⁴⁴⁵ Entschließung der BAKinso-Jahrestagung 2014, S. 4 unter 5.1.

ohne Einholung von Stellungnahmen erfolgt. In der Praxis wird dies allerdings – gerade in größeren Verfahren – oft anders gehandhabt, indem das Gericht wesentliche Planbeteiligte schon zur Vorbereitung der Zurückweisungsentscheidung anhört. Der BGH hat diese Praxis akzeptiert und die Zuleitung eines Plans zur Anhörung klar von der Zuleitung des nicht zurückgewiesenen Plans nach § 232 InsO unterschieden.⁴⁴⁶ Eine Einhaltung der Zweiwochenfrist des § 231 Abs. 1 Satz 2 InsO ist dann aber kaum noch realistisch.

Der BAKinso e.V. schlägt daher vor, die Stellungnahme-Zustellung nach § 232 InsO der Entscheidung nach § 231 InsO voran zu stellen. Auf diese Weise könne das Gericht eine längere Frist ausnutzen und die Stellungnahmen in seine Entscheidung mit einbeziehen. § 232 Abs. 3 Satz 2 InsO wäre in der Folge zu streichen.

Insgesamt ergeben sich damit folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er kann die in den §§ 231, 232 InsO normierte Reihenfolge aufweichen, indem er in § 231 Abs. 1 InsO in einem neuen Satz 3 erlaubt, die Stellungnahmen nach § 232 InsO zur Vorbereitung der Zurückweisungsentscheidung einzuholen, wodurch sich die Frist entsprechend erhöht (z.B. auf vier Wochen). Im ersten Satz des § 232 InsO wäre dann einzuschreiben, dass die Stellungnahmen nur einzuholen sind, „soweit nicht bereits geschehen“.

Die Zurückweisungsentscheidung hat sich in der Tat als entscheidendes Nadelöhr für eine Planlösung erwiesen. Das Insolvenzgericht hat den Planinhalt nicht nur summarisch, sondern eingehend „unter Berücksichtigung sämtlicher rechtlicher Gesichtspunkte“ zu prüfen und kann einen Plan aufgrund auch nur einer als unzulässig erachteten Klausel insgesamt zurückweisen.⁴⁴⁷ Lediglich Zweckmäßigkeitserwägungen sind ihm verwehrt. Es ist daher durchaus sinnvoll, eine Anhörung zumindest der in § 232 InsO benannten Beteiligten zu erlauben und in diesem Fall auf eine nochmalige Zuleitung mit erneuter Zweiwochenfrist zur Stellungnahme zu verzichten. Die Frist des § 231 Abs. 1 Satz 2 InsO wäre entsprechend anzupassen. Es sollte dem Gericht aber in einfacher gelagerten Fällen weiter möglich bleiben, wie bislang vorgesehen ohne Stellungnahmefrist über die Zurückweisung zu entscheiden.

2. Erörterungs- und Abstimmungstermin sowie Planbestätigung

Die gesetzlichen Regelungen zur Erörterung und Abstimmung über den vorgelegten Insolvenzplan sowie zu dessen Bestätigung durch das Insolvenzgericht erzeugen insbesondere

⁴⁴⁶ BGH, 20.07.2017 – IX ZB 13/16, NZI 2017, 751, Rn. 7.

⁴⁴⁷ BGH, 7.5.2015 – IX ZB 75/14, NZI 2015, 697, 698 Rn. 9.

re bei Großverfahren eine Reihe von Detailproblemen, mit denen die Rechtspraxis und Rechtsprechung allerdings in den meisten Fällen umgehen kann.⁴⁴⁸ Beispielhaft seien an dieser Stelle etwa der Umgang mit Planänderungen nach § 240 InsO (wann ist der „Plan-Kern“ betroffen?⁴⁴⁹), die Behandlung von Stimmrechtsvollmachten, insbesondere Sammelvollmachten bei Rechtsanwälten⁴⁵⁰, oder auch die Anforderungen an Ausgleichsmittel nach § 251 Abs. 3 InsO genannt.⁴⁵¹

Zu überlegen wäre allerdings, dem Gericht die Verfahrensabwicklung gerade in Großverfahren dadurch zu erleichtern, dass es sich für die Massenkommunikation mit den Gläubigern und anderen Verfahrensbeteiligten der Infrastruktur des Verwalters bzw. Sachwalters bedienen darf. Wie die Fallstudie Nr. 9 zeigt, geschieht dies heute ohnehin. Um diese Praxis abzusichern, könnte die Anwendbarkeit des § 8 Abs. 3 InsO insofern in § 235 Abs. 3 InsO⁴⁵² und in § 252 Abs. 2 InsO⁴⁵³ explizit bestimmt werden.

3. Verfahrensaufhebung

Die rechtskräftige Bestätigung des Insolvenzplans beendet nicht unmittelbar das Insolvenzverfahren. Eine solche Beendigung ist vielmehr erst möglich, nachdem der Insolvenzverwalter bestimmte Restaufgaben erledigt hat, die ihm nach der InsO obliegen und nur im noch eröffneten Verfahren erfüllbar sind. Hierzu gehört die Schlussrechnungslegung nach § 66 InsO, deren Notwendigkeit bzw. Plandispositivität bereits dargestellt und empfohlen wurde (siehe oben I.). Damit würde ein wesentlicher Verzögerungsfaktor entfallen.

a) Aufhebungsvoraussetzungen, § 258 Abs. 2 InsO

Das Gericht hat ferner die Vergütung der Verfahrensorgane nach §§ 63, 73 InsO (Insolvenzverwalter/Sachwalter und Gläubigerausschussmitglieder) festzusetzen. Der durch das ESUG neu gestaltete § 258 Abs. 2 InsO verlangt schließlich vom Insolvenzverwalter die Berichtigung unstreitiger fälliger Masseansprüche sowie Sicherheitsleistungen für streitige oder nicht fällige Sicherheiten, wobei für letztere die Vorlage eines schlüssigen Finanzplans ge-

⁴⁴⁸ Siehe etwa *Laroche/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender*, ZIP 2014, 2153, 2160: „Erörterungs- und Abstimmungstermine im Großen und Ganzen beanstandungsfrei.“

⁴⁴⁹ Zur „Plankerntheorie“ etwa *Hintzen*, in: MünchKommInsO, § 240 Rn. 8; *Spliedt*, in: Karsten Schmidt, § 240 Rn. 3; siehe auch BT-Drucks. 12/7302, S. 183.

⁴⁵⁰ Dazu zuletzt *Weßling*, ZInsO 2017, 1595.

⁴⁵¹ Siehe zu diesen Themenkreisen etwa *Martini/Horstkotte*, ZInsO 2017, 1913, 1921 ff.

⁴⁵² Hier ist die Anwendung des § 8 Abs. 3 InsO ohnehin anerkannt; vgl. *Thies*, in: HambKomm, § 235 Rn. 10.

⁴⁵³ Hier ist § 8 Abs. 3 InsO derzeit nicht anwendbar, was in der Praxis allerdings oft ignoriert wird; vgl. *Thies*, in: HambKomm, § 252 Rn. 5.

nügt. Massekredite sind mithin schon vor einer Verfahrensaufhebung zurückzuführen; entsprechendes gilt für laufend neu entstehende Masseverbindlichkeiten im fortgeführten Schuldnerunternehmen. Hieraus entsteht ein Liquiditätsbedarf, der vom Plangestalter bei der Finanzplanung zu berücksichtigen ist. Verschlechtert sich die Unternehmenssituation noch vor der Verfahrensaufhebung so erheblich, dass eine Liquiditätslücke entsteht, darf der Verwalter Schuldnervermögen verwerten, um Liquidität zu beschaffen, selbst wenn dies die Planerfüllung gefährdet oder gar vereitelt.⁴⁵⁴ Wird auf diese Weise die Verfahrensaufhebung ermöglicht, droht nicht selten sogleich das Scheitern der Planerfüllung und die Folgeinsolvenz. Tritt hingegen Masseunzulänglichkeit in dieser Verfahrensphase ein, so hat sich der bestätigte Insolvenzplan erledigt und das Verfahren bleibt eröffnet. Es kann als Regelverfahren fortgeführt werden, soweit nicht ein neuer Insolvenzplan nach Maßgabe des § 210a InsO vorgelegt wird. Die strikte Ausgestaltung der Pflicht zur Befriedigung aller bis zur Verfahrensaufhebung fällig werdenden unstreitigen Masseansprüche ist ein Sanierungsrisiko. Zugleich ist es dem Verwalter faktisch unmöglich, angesichts täglich neu fällig werdender Masseverbindlichkeiten deren Erfüllung nachzuweisen und eine Aufhebung des Verfahrens zu erreichen. In der Praxis wird der Umfang dieser Verbindlichkeiten zum geplanten Aufhebungszeitpunkt daher geschätzt oder aber individuell vereinbart (Abgrenzungsvereinbarung).⁴⁵⁵

Insgesamt ergeben sich damit folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er kann § 258 Abs. 2 InsO neufassen, indem er den Nachweis der Befriedigung auf die im Zeitpunkt der rechtskräftigen Planbestätigung fälligen unstreitigen Masseverbindlichkeiten beschränkt und für später fällig werdende oder streitige Masseverbindlichkeiten eine schlüssige Finanzplanung oder erfolgte Sicherheitsleistung ausreichen lässt.

Vor dem Hintergrund dieser Probleme wäre in der Tat zu empfehlen, die mit dem ESUG in § 258 Abs. 2 InsO geschaffene Regelung nochmals zu verändern. Die Pflicht zur Befriedigung von Masseverbindlichkeiten bliebe unangetastet. Zur Verfahrensaufhebung könnte aber der Nachweis genügen, dass die im Zeitpunkt der rechtskräftigen Planbestätigung fälligen unstreitigen Masseverbindlichkeiten erfüllt sind.⁴⁵⁶ Später fällig werdende oder streitige Masseschulden sollten in der Finanzplanung angemessen berücksichtigt sein, soweit sie nicht gesondert besichert werden. Die derzeit in § 258 Abs. 2 Satz 2 InsO verankerte Diffe-

⁴⁵⁴ Allg.A.; vgl. etwa *Lüer/Streit*, in: Uhlenbruck, § 258 Rn. 6.

⁴⁵⁵ Vgl. *Spliedt*, in: Karsten Schmidt, § 258 Rn. 10.

⁴⁵⁶ So unter Hinweis auf die Praxis vor dem ESUG der Vorschlag von *Thies*, in: HambKomm, § 258 Rn. 12 f.

renzung könnte entfallen,⁴⁵⁷ zumal sie verbreitet ohnehin als Redaktionsversehen verstanden wird.⁴⁵⁸

b) Bekanntmachung, § 258 Abs. 3 InsO

Schließlich ist anzuregen, die Bekanntmachungsregelung in § 258 Abs. 3 InsO zu vereinfachen. Nach dessen Satz 2 hat das Insolvenzgericht den Schuldner, den Insolvenzverwalter und die Mitglieder des Gläubigerausschusses „vorab über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Aufhebung (§ 9 Abs. 1 Satz 3) zu unterrichten.“ Wirksam wird der Aufhebungsbeschluss also erst durch dessen öffentliche Bekanntmachung. Erst in diesem Moment enden alle Verfahrenswirkungen. Der konkrete Zeitpunkt der Aufhebung ergibt sich dann aus § 9 InsO, dessen Abs. 1 Satz 3 hierfür den dritten Tag nach der Veröffentlichung des Aufhebungsbeschlusses im Internet (insolvenz bekanntmachungen.de) bestimmt. Da das Gericht die Beteiligten „vorab“ über diesen Zeitpunkt zu informieren hat, muss es den Tag der Veröffentlichung richtig prognostizieren und die Regelung des § 9 Abs. 1 Satz 3 InsO zutreffend anwenden. Angesichts der Fehleranfälligkeit dieser Gesetzeslage und der Bedeutung der Verfahrensaufhebung für alle Beteiligten ist anzuregen, das Wirksamwerden des Aufhebungsbeschlusses in Anlehnung an die Regelung zum Eröffnungsbeschluss in § 27 Abs. 2 Nr. 3 InsO unabhängig von § 9 Abs. 1 Satz 3 InsO im Beschluss selbst bestimmen.

VI. Sofortige Beschwerde und Freigabe

Der ESUG-Gesetzgeber hielt es für erforderlich, die Rechtsschutzmöglichkeiten der am Planverfahren Beteiligten „moderat zu beschränken“, um Verzögerungen in der Planumsetzung infolge der Beschwerdemöglichkeiten einzelner Beteiligter und hieraus folgendes Störpotenzial für Sanierungen zu vermeiden.⁴⁵⁹ Seither muss der Beschwerdeführer für eine zulässige sofortige Beschwerde nicht nur seine verfahrensrechtlichen Möglichkeiten gegen eine Planbestätigung ausgeschöpft haben (§ 253 Abs. 2 Nr. 1 und 2 InsO). Das ESUG führte in § 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO eine Erheblichkeitsschwelle ein, indem nun eine „wesentliche Schlechterstellung“ glaubhaft zu machen ist, die nicht durch Ausgleichsmittel nach § 251 Abs. 3 InsO ausgeglichen werden kann. Dem nicht oder nur unwesentlich schlechter gestellten Beteiligten ist damit ein Rechtsmittel verwehrt. Auch eine rechtswidrige, also entgegen den Anforderungen des § 250 InsO erfolgende Planbestätigung kann von solchen Beteiligten nicht angefochten werden.

⁴⁵⁷ Dies befürwortend etwa *Thies*, in: *HambKomm*, § 258 Rn. 13.

⁴⁵⁸ Siehe etwa *Braun/Heinrich*, NZI 2011, 505, 514; *Haas*, in: *Heidelberger Kommentar*, § 258 Rn. 7; *Spliedt*, in: *Karsten Schmidt*, § 258 Rn. 17.

⁴⁵⁹ BT-Drucks. 17/5712, S. 35.

Diese Beschränkungen eines effektiven Rechtsschutzes für opponierende Beteiligte wurden dann durch den Rechtsausschuss noch weiter verschärft, indem er das Freigabeverfahren in § 253 Abs. 4 InsO verankerte. Dieses erlaubt dem Beschwerdegericht „auf Antrag des Insolvenzverwalters“ die sofortige Beschwerde alsbald aus dem Grund zurückzuweisen, dass die Nachteile einer Verzögerung der Planumsetzung die Nachteile des Beschwerdeführers übertreffen, es sei denn, es findet einen besonders schweren Rechtsverstoß im Planverfahren. Dem Beschwerdeführer bleibt angesichts der (unanfechtbaren) Freigabe dann nur die Verfolgung eines Ausgleichsanspruchs vor dem Landgericht, das über die Beschwerde entschieden hat.

1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung

Die statischen Daten erlauben keine Aussage zur Häufigkeit von unzulässigen sofortigen Beschwerden und von Freigabebeschlüssen.

Die Befragung hat ergeben, dass die Praxis sehr zufrieden mit der Freigabemöglichkeit ist (Abb. 10: M = 3,11). Die Beschränkungen des Rechtsmittels der sofortigen Beschwerde werden also ganz überwiegend nicht als Mangel empfunden.

2. Sonstige ESUG-Studien

In den ESUG-Studien ist dieser Problembereich nicht thematisiert worden.

3. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich insbesondere im Rahmen des Suhrkamp-Verfahrens mit den ESUG-Reformen in § 253 InsO befasst.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich gleich zweimal im Rahmen einer beantragten einstweiligen Anordnung geäußert. Im ersten Beschluss hat es festgestellt, dass einem Planbeteiligten auch angesichts der eingeschränkten Rechtsmittelbefugnisse nicht schon ein irreversibler Nachteil durch Planeingriffe droht, der es rechtfertigen würde, den Abstimmungstermin zu untersagen, da die gerichtliche Planbestätigung hinreichenden fachgerichtlichen Rechtsschutz bieten kann.⁴⁶⁰ Im zweiten Beschluss aus Anlass der Planbestätigung vermisste das Gericht dann erneut die Glaubhaftmachung eines irreversiblen Nachteils, da der Beschwerdeführer nicht dargelegt habe, inwiefern er ohne den Planeingriff und damit ohne eine „nachhaltige Sanierung“ im Angesicht der Insolvenz des Unternehmens besser

⁴⁶⁰ BVerfG, 17.10. 2013 – 2 BvR 1978/13 (AG Charlottenburg), ZIP 2013, 2163, 2164 Rn. 12.

stünde.⁴⁶¹ Auch wenn hierin vielleicht keine Feststellung der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsmittelreformen des ESUG hineingelesen werden kann, da das Gericht im Rahmen der Nachteilsabwägung einer einstweiligen Anordnung solche Prüfungen nicht explizit vornimmt, deutet doch viel darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht beschränkte Rechtsmittelzugänge wie in § 253 InsO akzeptiert. Es folgt damit seiner restriktiven Auslegung des Justizgewährungsanspruchs aus Art. 19 Abs. 4 GG, wonach dieser nur den Zugang zum Gericht, nicht aber einen Instanzenzug garantiert.⁴⁶² Verfassungsrechtlich sind derart beschränkende Regelungen also weitgehend zulässig.⁴⁶³

Der Bundesgerichtshof hat in seiner ersten Suhrkamp-Entscheidung die ESUG-Neuerungen ebenfalls akzeptiert, sie zugleich aber eng ausgelegt. So sei für die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde nur das Vorliegen der in § 253 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 InsO benannten Anforderungen notwendig, nicht hingegen auch die Stellung eines zulässigen Minderheitenschutzanspruchs nach § 251 InsO.⁴⁶⁴ Zugleich stellte der Senat fest, dass ohne die Glaubhaftmachung einer (nicht ausgleichbaren) Schlechterstellung selbst dann keine zulässige sofortige Beschwerde vorliegen kann, wenn ein Gesetzesverstoß durch das bestätigende Insolvenzgericht (etwa gegen § 251 InsO) gerügt wird.⁴⁶⁵ Für die Begründetheitsprüfung bei einer zulässigen sofortigen Beschwerde hielt der Senat aber fest, dass sich insofern das Prüfungsprogramm nicht geändert habe und folglich jeder Rechtsverstoß zur Begründetheit führen kann, selbst wenn eine hieraus folgende Schlechterstellung ausgeglichen werden könnte.⁴⁶⁶ Schließlich machte der Senat deutlich, dass auch bei Gesellschaftern einer insolventen Gesellschaft eine wesentliche Schlechterstellung nicht von vornherein ausgeschlossen ist, wenn der Insolvenzplan vorsieht, alle Gläubiger voll zu befriedigen und sich auf Kapitalmaßnahmen zulasten der Gesellschafter beschränkt.⁴⁶⁷

Für die neue Freigabeentscheidung nach § 253 Abs. 4 InsO hat der BGH noch in seiner ersten Suhrkamp-Entscheidung festgehalten, dass eine Freigabe nicht mehr möglich ist, nachdem das Beschwerdegericht die sofortige Beschwerde bereits durch Beschluss als unzulässig verworfen hatte.⁴⁶⁸ In seiner zweiten Suhrkamp-Entscheidung hat der BGH dann primär erkannt, dass gegen eine Freigabe nach § 253 Abs. 4 InsO kein Rechtsmittel statthaft

⁴⁶¹ BVerfG, 18.12.2014 – 2 BvR 1978/13 (AG Charlottenburg), NJW 2015, 465, 468 Rn. 27 a.E.

⁴⁶² BVerfG, 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 402.

⁴⁶³ So auch schon BT-Drucks. 17/5712, S. 36.

⁴⁶⁴ BGH, 17.7.2014 – IX ZB 13/14, NZI 2014, 751, 752 Rn. 11.

⁴⁶⁵ BGH, 17.7.2014 – IX ZB 13/14, NZI 2014, 751, 754 Rn. 27.

⁴⁶⁶ BGH, 17.7.2014 – IX ZB 13/14, NZI 2014, 751, 755 Rn. 36-39.

⁴⁶⁷ BGH, 17.7.2014 – IX ZB 13/14, NZI 2014, 751, 755 f. Rn. 40-42.

⁴⁶⁸ BGH, 17.7.2014 – IX ZB 13/14, NZI 2014, 751, 754 Rn. 29-31.

ist.⁴⁶⁹ Interessant ist daneben aber auch die Feststellung, dass das Freigabeverfahren durch eine besondere Eilbedürftigkeit gekennzeichnet sei, sodass der Freigabeantrag bei einem überwiegenden Vollzugsinteresse nur in Fällen eines besonders schweren Rechtsverstoßes abzulehnen ist. Ein solcher Rechtsverstoß muss nach Auffassung des BGH evident sein, da er nur angenommen werden könne, wenn es hierfür gerade keiner Klärung durch den BGH bedarf.⁴⁷⁰

4. Literatur

In der Literatur wird die neue Rechtslage überwiegend begrüßt.⁴⁷¹ Nicht wenige kritisieren aber auch die Verwehrung effektiver Rechtsmittel bei Planeingriffen in Gesellschafterrechte.⁴⁷² Vereinzelt wird daher angeregt, die Schlechterstellung nicht nur vermögensrechtlich, also quantitativ, sondern auch normativ, also qualitativ zu bestimmen.⁴⁷³ Zur verfahrensrechtlichen Vereinfachung findet sich weiter der Vorschlag, die Beschleunigungseffekte der Freigabe direkt in die Regelungen zur sofortigen Beschwerde zu integrieren und so auf ein Nebeneinander zweier Beschlussmöglichkeiten im Beschwerdeverfahren zu verzichten.⁴⁷⁴

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Rechtspolitische Stellungnahmen der Verbände existieren zu diesem Fragenkreis kaum. Der Gravenbrucher Kreis hat sich in seinem Thesenpapier zum ESUG vom Oktober 2015 unter Punkt 8 d) nur ganz allgemein kritisch zu dem Umstand geäußert, dass derzeit „mangels eines Zugangs zum BGH eine einheitliche Rechtsprechung nicht zustande kommt“. Entsprechend äußerte sich der Verband DIE FAMILIENUNTERNEHMER e.V. in seiner Stellungnahme zum ESUG vom 6.3.2018,⁴⁷⁵ in der er die Einführung einer Nichtzulassungsbeschwerde anregt, die dem BGH nach eigener Einschätzung mehr Rechtsfortbildung erlaubt.

⁴⁶⁹ BGH, 17. 9. 2014 – IX ZB 261/14, ZIP 2014, 2040, 2041 Rn. 6.

⁴⁷⁰ BGH, 17. 9. 2014 – IX ZB 261/14, ZIP 2014, 2040, 2042 f. Rn. 18.

⁴⁷¹ Siehe etwa *Hölzle*, ZIP 2015, 83, 84 f.; *Möhlenkamp*, BB 2013, 2828, 2829 ff.; *Pleister/Tholen*, ZIP 2015, 414; *Skauradszun*, DZWIR 2014, 338.

⁴⁷² So etwa *Brünkmans/Uebele*, ZInsO 2014, 265, 274; *Fölsing*, ZInsO 2014, 1591, 1592 f.; *Leib/Rendels*, EWIR 2015, 23, 24; *Meyer*, DB 2015, 538, 541 f.; *Schäfer*, ZIP 2015, 1208, 1212.

⁴⁷³ So *Hölzle*, ZIP 2014, 1819, 1820; ähnlich *Westermann*, NZG 2015, 134, 142.

⁴⁷⁴ So schon *Madaus*, NZI 2010, 430, 434; *ders.*, NZI 2012, 597, 600.

⁴⁷⁵ DIE FAMILIENUNTERNEHMER e.V., Stellungnahme ESUG-Evaluation; Verbesserungsvorschläge zu Eigenverwaltung und Insolvenzplan vom 6.3.2018, Vorschlag 3 zum Insolvenzplan.

6. Fallstudien

Das Insolvenzverfahren in Fallstudie Nr. 8 illustriert eindringlich die einschneidende Wirkung der durch das ESUG geschaffenen Freigabeoption in § 253 Abs. 4 InsO. Berücksichtigt man wie das Landgericht bei den „Nachteilen einer Verzögerung des Plans“ durch ein Rechtsmittelverfahren die Nachteile einer scheiternden Sanierung im Sinne einer Zerschlagung und verlangt man für einen „schweren Rechtsverstoß“ einen unstreitig rechtswidrigen Plan, so ist bei Sanierungsplänen wohl kaum ein Fall denkbar, in dem ein Gericht einen Freigabeantrag ablehnen könnte. Ob demgegenüber schon ein in diesem Fall durchaus naheliegender Verstoß gegen § 226 Abs. 1 InsO oder eine – auch für den BGH eher offenkundige – Schlechterstellung bei einem Plan mit voller Gläubigerbefriedigung genügen sollten, um eine „schweren Rechtsverstoß“ anzunehmen und eine Freigabe zu verhindern, ist unklar.

Offen ist schließlich auch, inwieweit über § 253 Abs. 4 InsO ausgebremsste Minderheitsgesellschaftlicher Schadenersatzansprüche herleiten können und welche Rechtsfolgen solch ein Anspruch hätte. § 253 Abs. 4 Satz 3 InsO verbietet insofern die Rückgängigmachung des Planvollzugs als Schadenersatzfolge. Ob diese Anordnung auch für Ansprüche gilt, die nicht auf § 253 Abs. 4 InsO, sondern auf gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzungen beruhen, ist unklar.

Auch die Fallstudien Nr. 3 sowie Nr. 9 haben ergeben, dass die Freigabeoption in § 253 Abs. 4 InsO faktisch dazu führt, dass sofortige Beschwerden einzelner Gläubiger oder auch Aktionäre unabhängig von ihrer sachlichen Begründung zurückgewiesen werden. Die Schwelle des „schweren Rechtsverstoßes“ wirkt sich nicht aus.

7. Bewertung

Die Analyse muss mit der Feststellung beginnen, dass die insolvenzrechtliche Praxis mit den durch die ESUG-Anpassungen erreichten Ergebnissen weitgehend zufrieden ist. Verzögerungspotenzial geht von den Rechtsmittelbefugnissen eines Planopponenten nicht mehr aus, sei es, da dieser keine wesentliche Schlechterstellung glaubhaft machen kann oder aber selbst in diesem Fall in der Regel eine schnelle Freigabe zu erreichen ist. Im Regelfall wird auf diese Weise der Beschluss über die Bestätigung eines Insolvenzplans mit Ablauf der Zweiwochenfrist (§ 569 ZPO) oder aber kurz darauf aufgrund einer (unanfechtbaren) Freigabeentscheidung des Beschwerdegerichts rechtskräftig, sodass die Planwirkungen hinreichend zeitnah eintreten.

Problematisch ist dieser „Quasi-Automatismus“ nur in den Fällen, in denen die Bestätigungsentscheidung aus Sicht der Opponenten an rechtlichen Fehlern leidet. Eine Fehlerkorrektur der Entscheidungen des Insolvenzgerichts durch die Beschwerdekammern der Land-

gerichte oder den BGH findet so kaum noch statt. Verfassungsrechtlich scheint dies unbedenklich; unter fachlichen Gesichtspunkten kann man dies allerdings auch als unglücklich empfinden. Diskutiert wird daher auch eine Beschwerdebefugnis jenseits der Schlechterstellung bei erheblichen Rechtsfehlern, insbesondere bei einer Insolvenzzweckwidrigkeit des Plans, die auch Gesellschafter einer insolventen Schuldnerin effektiv nutzen könnten. Dabei ist zu beachten, dass derartige Rechtsbehelfe zwar einen Instanzenzug eröffnen, aber eben auch wieder ein Verzögerungspotenzial zurückbringen, das durch das ESUG gerade beseitigt zu sein scheint.

Überlegenswert erscheint insofern vielleicht eine Lösung, die die gegenwärtige Praxis der Gerichte abbildet, nach der bei nicht offensichtlich unzulässigen sofortigen Beschwerden das Beschwerdegericht (auf den stets eingehenden Antrag des Verwalters hin) in Abwägung der Nachteile und der Schwere der behaupteten rechtlichen Mängel entweder den Plan rechtskräftig werden lässt oder aber dessen Wirkungen bis zur Entscheidung über die Beschwerde suspendiert. Fokussiert man die Aufgabe der Verzögerungsvermeidung auf diese „Freigabeentscheidung“, so kann man die Anforderungen an die Zulässigkeit einer sofortigen Beschwerde wieder zurückfahren und diese ggf. auch Beteiligten wie den Gesellschaftern öffnen, die vielleicht nicht wesentlich schlechter gestellt werden, aber eben doch von einem rechtswidrigen Plan betroffen werden. Diese Lösung würde eingestehen, dass die im ESUG-Regierungsentwurf angelegten Mittel zum Abbau von Verzögerungsgefahren, die bei den Zulässigkeitsanforderungen ansetzten, durch die Installation des Freigabeverfahrens im parlamentarischen Verfahren überholt wurden. Setzt man diese Lösung rechtstechnisch um, so könnte man die Verschärfungen in § 253 Abs. 2 InsO streichen und die formelle Beschwerde allein an den Widerspruch im Abstimmungstermin sowie die Gegenstimme zum Plan koppeln (§ 253 Abs. 2 Nr. 1 und 2 InsO). Das Erfordernis der Schlechterstellung in Nr. 3 könnte entfallen und durch das allgemeine Erfordernis der materiellen Beschwerde berücksichtigt werden. Zugleich müsste man die Regelung in § 253 Abs. 4 InsO anpassen und dem Gericht grundsätzlich und von Amts wegen erlauben, die zulässige sofortige Beschwerde zu verwerfen, wenn die Nachteilsabwägung und die Betrachtung der behaupteten Rechtsverstöße dies rechtfertigen. Dies wäre im Regelfall sicher gegeben.

Noch weitergehend könnte man daher auch diesen faktischen Regelfall gesetzlich vermuten und in einem neuen § 253 Abs. 4 InsO verankern, dass auch der angefochtene Bestätigungsbeschluss nach Ablauf der Beschwerdefrist oder einer festen längeren Frist rechtskräftig wird, es sei denn, das Beschwerdegericht ordnet nach Abwägung der Nachteile und in Anbetracht der gerügten Rechtsverstöße die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde an. Diese Regelung ist für die sofortige Beschwerde keineswegs ungewöhnlich, sondern entspricht dem in § 570 Abs. 2 ZPO normierten Regelfall.

Insgesamt ergeben sich damit folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er kann das in § 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO vorgesehene Schlechterstellungserfordernis aufgeben und stattdessen dem Beschwerdegericht erlauben, trotz einer zulässigen sofortigen Beschwerde sofort die Freigabe unter den Voraussetzungen des § 253 Abs. 4 InsO zu beschließen.

Option 3: Er kann anstelle des Freigabeverfahrens eine feste Frist für den Eintritt der Rechtskraft bestimmen und im Fall einer (durch die Streichung des § 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO ggf. erleichtert zulässigen) sofortigen Beschwerde dem Beschwerdegericht die Anordnung der aufschiebenden Wirkung erlauben, wenn dies angesichts der Nachteile der Anordnung und der Schwere der gerügten Rechtsverstöße erforderlich erscheint.

8. Empfehlung

Das Nebeneinander von Zurückweisungsrecht und Freigabe sollte einer vereinheitlichten Lösung weichen, die sich an der entstandenen Praxis orientiert. Pläne sollten also im Zweifel schnell in Rechtskraft erwachsen können, soweit nicht ausnahmsweise ein behaupteter schwerer Rechtsverstoß eine Überprüfung in zweiter Instanz unter aufschiebender Wirkung rechtfertigt. Die Beschwerdebefugnis könnte angesichts einer regelmäßig schnellen Freigabe allein am behaupteten Rechtsverstoß anknüpfen. Insgesamt wäre damit eine Umsetzung von Option 3 zu empfehlen.

VII. Nachsorge für bestätigte Pläne

Regelungen zur Planumsetzung waren ebenfalls Gegenstand der ESUG-Reformen, wenngleich sie sicher nicht zum Kernanliegen der Reform gehörten. Soweit diese Neuerungen bereits den zulässigen Planinhalt begrenzten (§§ 259a, 259b InsO) oder Verfahrensfragen betrafen (§ 258 Abs. 2 InsO), sind sie bereits besprochen worden (siehe oben I.3.e) bzw. V.3.a)). An dieser Stelle soll daher nur noch die künftige Ausgestaltung von Verwalterermächtigungen im Plan erörtert werden.

Der ESUG-Gesetzgeber hat dem Planersteller in den §§ 221 Satz 2, 254a Abs. 2 Satz 3 und § 259 Abs. 3 InsO erlaubt, den Insolvenzverwalter zu ermächtigen, bestimmte Maßnahmen nach dem Inkrafttreten des Plans vorzunehmen. Im Gegensatz zur Planüberwachung wird der Insolvenzverwalter hier nicht nur beobachtend tätig. Ihm wird erlaubt, für die Masse tätig zu bleiben, indem er Anfechtungsprozesse fortführt, Registeranmeldungen tätigt oder sonstige Umsetzungsmaßnahmen ausführt. Diese Ermächtigungen sind in der Praxis nicht

selten und haben den Wunsch erzeugt, die Person des Insolvenzverwalters oder Sachwalters generell stärker in die Planumsetzung einzubeziehen, indem ihm etwa weiter die Liquidation des Schuldnervermögens obliegen oder aber er die Planleistungen auszahlen soll. Die mit dem ESUG geschaffene Rechtslage kann solche Wünsche nicht abdecken, da die Ermächtigungen entweder gegenständlich klar begrenzt sind (§§ 254a Abs. 2 Satz 3 und § 259 Abs. 3 InsO) oder aber mit der Verfahrensaufhebung enden (§ 221 Satz 2 InsO⁴⁷⁶).

1. Ergebnisse aus Statistik und Befragung sowie sonstigen ESUG-Studien

Statistiken existieren zu dieser Frage nicht. Auch war sie nicht Teil der Befragung bzw. sonstiger ESUG-Studien oder Verbandsstellungen.

2. Rechtsprechung, Literatur und Fallstudien

Der BGH hat inzwischen die Anforderungen an eine Ermächtigung zur Fortsetzung von Anfechtungsprozessen klargestellt.⁴⁷⁷ Höchststrichterliche Rechtsprechung zur Reichweite der mit dem ESUG geschaffenen Regelungen, insbesondere zu § 221 Satz 2 InsO, findet sich nicht. Das LG Hamburg hat immerhin entschieden, dass im Plan die Aufgabe der „Nachtragsverteilung zukünftiger Erlöse“ nicht einem Dritten als Treuhänder übertragen werden kann, wenn dieser zuvor als Verfahrensbevollmächtigter des Schuldners auftrat. Einer solchen Person fehle die im Interesse der Gläubiger notwendige Unabhängigkeit gegenüber dem Schuldner, die ähnlich wie bei einem Insolvenzverwalter oder Sachwalter außer Frage stehen müsse.⁴⁷⁸

Prominenter Fall der Umsetzung eines Liquidationsplans durch den ehemaligen Verwalter ist die Insolvenz der Prokon Regenerative Energien GmbH. Hier sah der Insolvenzplan vor, profitable Unternehmensteile auf die Prokon Regenerative Energien eG zu übertragen, während nicht benötigte und schwer zu verwertende Assets (insbes. Waldgrundstücke im Ausland) auf eine Zweckgesellschaft übertragen wurden. Zugleich wurde der Insolvenzverwalter zum Geschäftsführer der Zweckgesellschaft mbH bestimmt; Mitglieder des Gläubigerausschusses bildeten den Beirat der GmbH. Deren Aufgabe war es nun, die Erlöse aus der Verwertung an die Insolvenzgläubiger zu verteilen, die sich nicht an der Genossenschaft

⁴⁷⁶ So jedenfalls *Thies*, in: *HambKomm*, § 221 Rn. 11; a.A. wohl *Eidenmüller*, in: *MünchKommInsO*, § 221 Rn. 70. Oft bleibt diese Frage offen, vgl. etwa *Lüer/Streit*, in: *Uhlenbruck*, *InsO* § 221 Rn. 14.

⁴⁷⁷ BGH, 7.5.2015 – IX ZB 75/14, NZI 2015, 697, 701 Rn. 32 ff.

⁴⁷⁸ LG Hamburg, 18.8.2017 – 326 T 10/17, NZI 2017, 970, 971.

beteiligen wollten. Der Insolvenzplan sah dazu eine Kassenprüfung und Berichterstattung sowie eine Verteilung analog der Regeln im Insolvenzverfahren vor.⁴⁷⁹

In der Literatur wird eine weitreichende Verwalterermächtigung zur Planumsetzung durchaus begrüßt und § 221 Satz 2 InsO herangezogen.⁴⁸⁰

3. Bewertung

In der Analyse ist zunächst festzustellen, dass der ESUG-Gesetzgeber bewusst Aktiva geschaffen hat (Ausgleichsmitteltopf in § 251 Abs. 3 InsO; Anfechtungsansprüche in § 259 Abs. 3 InsO), deren Ausschüttung an die Insolvenzgläubiger im Fall des Ausbleibens von Nachzüglern bzw. der erfolgreichen Prozessführung im Plan zu regeln ist (Stichwort flexible Quoten; siehe oben IV.1.). Die Verteilungsfähigkeit dieser Mittel wird regelmäßig erst nach der Verfahrensaufhebung eintreten, sodass das Amt des Insolvenzverwalters/Sachwalters entweder nicht mehr existiert oder aber nur der Verwalter als Planüberwacher noch eine lediglich passive Rolle einnehmen kann. Die Möglichkeit einer Nachtragsverteilung durch einen Amtsträger besteht derzeit nicht. Die Ausschüttung ist also vom Schuldner zu leisten, der mit der Verfahrensaufhebung seine Verfügungsbefugnis zurückerhalten hat. Zahlungen aus bestimmten Konten können im Rahmen der Planüberwachung allenfalls an die Zustimmung des überwachenden Verwalters geknüpft werden (vgl. § 263 InsO).

Zur Behebung des Regelungsdefizits könnte man nun erwägen, dem Plangestalter im gestaltenden Teil des Insolvenzplans zu erlauben, die Kompetenzen des Insolvenzverwalters oder Sachwalters (§ 284 Abs. 2 InsO) in der Planüberwachung über die in § 263 InsO genannte Zustimmungspflicht hinaus auf alle im Plan vorgesehenen Umsetzungsmaßnahmen zu erweitern. Der Verwalter würde so als Amtsträger ermächtigt, die Planumsetzung im Rahmen der Vorgaben des Insolvenzplans nicht nur zu überwachen, sondern aktiv mit zu steuern. Eine derartige Ermächtigung des Verwalters als Plandritten ist dogmatisch zulässig.⁴⁸¹ Sie hat allerdings zwei Nachteile. Zum einen würde der Schuldner bei einer solchen Plangestaltung auch nach Verfahrensaufhebung nicht wieder umfassend verwaltungs- und verfügungsbefugt, sondern ggf. fortwährend weiter fremdverwaltet, weshalb er ihr wohl zumindest zustimmen muss (vgl. § 247 Abs. 2 InsO). Dies kann die Attraktivität einer frühzeitig initiierten Planlösung aus Gesellschafter- oder Schuldnersicht mindern. Zum anderen ist die ständige Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu beachten, die im Fall des Scheiterns

⁴⁷⁹ Siehe zum Verfahrensablauf auch den Bericht von *Penzlin/Marwedel*, *eurofenix* winter 2015/2016, 18.

⁴⁸⁰ *Eidenmüller*, in: *MünchKommInsO*, § 221 Rn. 70 und 74; *Jaffé*, in *FK-InsO*, § 221 Rn. 18.

⁴⁸¹ Eingehend schon *Madaus*, *ZIP* 2016, 1141, 1147.

der Plansanierung während einer andauernden Planüberwachung davon ausgeht, das mit der erneuten Insolvenz kein neues Insolvenzereignis eingetreten ist, sodass in der Folgeinsolvenz kein Insolvenzgeld zur Verfügung steht.⁴⁸² Eine Lösung im Wege der Verlängerung der Ämter des ersten Insolvenzverfahrens im Wege der Planüberwachung ist insofern riskant.

Alternativ bietet es sich an, die in § 221 Satz 2 InsO normierte Ermächtigung zu konkretisieren und danach dem Plan zu erlauben, nicht das Amt des Verwalters, wohl aber die Person des Verwalters/Sachwalters zu Umsetzungsmaßnahmen zu berechtigen. Eine Pauschalermächtigung wird dabei im Hinblick auf die Schuldnerinteressen an einer Rückerlangung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse weiter nicht genügen.⁴⁸³ Die Befugnis zur Zahlung der Planquote, zur Ausschüttung bestimmter künftig erst zur Verfügung stehender Mittel oder auch zur Übernahme der Geschäftsführerposition in einer Liquidationsgesellschaft wäre aber unproblematisch möglich. Die Planumsetzung unter Mitwirkung einer den Verfahrensbeteiligten bekannten Vertrauensperson würde so möglich, ohne dass diese Mitwirkung streng an eine formale Planüberwachung gekoppelt wäre. Die Problematik der Insolvenzgeldverweigerung im Fall einer Folgeinsolvenz ließe sich so umgehen.

Insgesamt ergeben sich damit folgende Handlungsoptionen für den Gesetzgeber:

Option 1: Er kann die Gesetzeslage unverändert lassen.

Option 2: Er kann die in § 263 InsO verankerten Kompetenzen des Planüberwachers erweitern und ihn zur Vornahme von Umsetzungsmaßnahmen ermächtigen.

Option 3: Er kann die in § 221 Satz 2 InsO normierte Ermächtigung konkretisieren und dem Plangestalter erlauben, einen Dritten, insbesondere den ehemaligen Insolvenzverwalter oder Sachwalter, nach Verfahrensaufhebung zur Vornahme von Umsetzungsmaßnahmen zu ermächtigen.

4. Empfehlung

Der Gesetzgeber sollte die Möglichkeiten klarstellen, im Insolvenzplan eine Nachsorge-regelung unter Einbindung des bisherigen Insolvenzverwalters oder Sachwalters zu treffen. Dabei scheint im Hinblick auf die Absicherungswünsche der Insolvenzgläubiger, das Interesse des Schuldners an der umfassenden Wiedererlangung seiner Handlungsmacht und die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts die Umsetzung von Option 3 vorzugswürdig.

⁴⁸² Ständige Rechtsprechung, siehe zuletzt BSG, 17. März 2015 – B 11 AL 9/14 R –, ZIP 2015, 1402, 1403, Rn. 14.

⁴⁸³ So schon *Eidenmüller*, in: MünchKommInsO, § 221 Rn. 74; *Madaus*, ZIP 2016, 1141, 1148.

D. Auswahl des Insolvenzverwalters

Die folgende Analyse zur Auswahl des Insolvenzverwalters unter der gestärkten Gläubigerbeteiligung basiert auf der Leitfrage 1. Diese lautet:

In welchem Umfang hat sich der stärkere Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters auf dessen Unabhängigkeit ausgewirkt? Ist es im nennenswerten Umfang vorgekommen, dass im Interesse einzelner Gläubiger Verwalter bestellt wurden, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben?

Damit ist insbesondere die Neuregelung der Gläubigerbeteiligung bei der Verwalterbestellung nach § 56a InsO in Verbindung mit § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO angesprochen. Diese Gläubigerbeteiligung setzt die Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses nach Maßgabe der ebenfalls neuen § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a, § 22a InsO voraus. Dem möglichen Zusammenspiel der Beteiligten trägt schließlich die neue Bestimmung in § 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 u. 2 InsO Rechnung, die Regelbeispiele für eine Vorbefassung enthält, die der Unabhängigkeit nicht entgegenstehen. Diese Neuerungen kommen freilich auch im Eigenverwaltungsverfahren insbesondere über die allgemeine Verweisung in § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO für die Bestellung des Sachwalters, aber auch die Besetzung des Gläubigerausschusses zur Anwendung. Die daraus folgenden spezifischen Fragestellungen, die sich auf die Eigenverwaltung beziehen, werden im Kontext der Eigenverwaltung gesondert behandelt (oben unter B.).

I. Akzeptanz der Neuregelung zur Bestellung des Verwalters

Zunächst soll ganz allgemein der Frage nachgegangen werden, wie die Neuregelungen zur Verwalterbestellung aufgenommen worden sind.

1. Ergebnis der Befragung

Nach den Erfahrungen der Befragten hat sich der stärkere Einfluss der Gläubiger auf die Verwalterauswahl erheblich auf das Verfahren ausgewirkt (Abb. 5: M = 2,8). Auch hat die Mehrzahl der Befragten intensive Erfahrungen sammeln können mit Verfahren, in denen ein Gläubigerausschuss gebildet wurde (Abb. 5: M = 3). Auffällig ist freilich, dass die Gruppe der Richter und Rechtspfleger relativ besonders selten zustimmt (Tab. 17: Gruppenmittelwert: 2,41).

Eine klare Mehrheit der Befragten bekundet, dass die Gerichte grundsätzlich das einstimmige Votum der Gläubiger nach § 56a Abs. 2 InsO akzeptieren (Abb. 5: M = 3,02). Dar-

über hinaus stellt die Mehrheit der Befragten fest, dass abseits des § 56a Abs. 2 InsO in stärkerem Maße Vorschläge der Gläubiger durch das Insolvenzgericht aufgegriffen wurden (Abb. 5: M = 2,82). Andererseits fiel das Echo geteilt auf die Frage aus, ob die Insolvenzgerichte doch noch die bei ihnen gelisteten Verwalter präferieren und daher die Eignung vorgeschlagener Verwalter infrage stellen (Abb. 5: M = 2,45).

Bei der Bewertung, inwieweit entweder diese gesetzgeberische Weichenstellung zurückgedreht oder im Gegenteil gar verstärkt werden soll, zeigt sich ein sehr gespaltenes Meinungsbild. Für eine umfassende Rückübertragung der Entscheidungsmacht auf die Richter spricht sich nur eine Minderheit aus (Abb. 11: M = 2,31). Die Meinung fällt aber in den einzelnen Gruppen sehr unterschiedlich aus. So würden die Richter und Rechtspfleger eine solche Rückübertragung deutlich begrüßen (Tab. 18: Gruppenmittelwert: 3,31). Besonders deutlich gegen eine solche Rückübertragung votieren die Banken (Tab. 18: Gruppenmittelwert: 1,41), während die öffentlich-rechtlichen Gläubiger kein so klares Votum abgeben (Tab. 18: Gruppenmittelwert: 2,44). Eine Mehrheit für oder gegen die Forderung, das verbindliche Auswahlrecht des Gläubigerausschusses zu stärken, lässt sich nicht feststellen (Abb. 11: M = 2,47). Dabei sprechen sich die Richter und Rechtspfleger deutlich dagegen aus (Tab. 18: Gruppenmittelwert: 1,62), während die Banken sich dafür aussprechen (Tab. 18: Gruppenmittelwert: 3,26).

Eine Freitextanmerkung kritisiert, dass viele Gerichte unterbreiteten Vorschlägen unkritisch folgten, ohne dass eine Qualitätskontrolle stattfinde.

2. Sonstige ESUG-Studien

Der aktuellen Studie von Roland Berger/HgGUR lassen sich ähnliche Erfahrungswerte entnehmen. So haben inzwischen 90% der Befragten mit dem vorläufigen Gläubigerausschuss und seinem Einfluss auf die Verwalterauswahl Erfahrung sammeln können.⁴⁸⁴ 47% der Befragten sehen eine Stärkung des Gläubigereinflusses, während 39% unentschlossen sind.⁴⁸⁵ Bei der Bewertung dieses Instruments zeigt sich aber kein einheitliches Bild, vielmehr halten sich die Befürworter und Gegner die Waage, wobei auch die Unentschlossenheit sehr hoch ist (29%; 41%; 30%).⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ Roland Berger/HgGUR, 5 Jahre ESUG – eine Bestandsaufnahme, Januar 2018, S. 14.

⁴⁸⁵ Roland Berger/HgGUR, 5 Jahre ESUG – eine Bestandsaufnahme, Januar 2018, S. 18.

⁴⁸⁶ Roland Berger/HgGUR, 5 Jahre ESUG – eine Bestandsaufnahme, Januar 2018, S. 20.

Nach der Studie von Noerr/McKinsey plädieren 62% der Befragten für einen Ausbau der Gläubigerkompetenzen.⁴⁸⁷

3. Rechtsprechung

Die Datenbank „juris - Das Rechtportal“ wies am 18.4.2018 auf die Suchanfrage „§ 56a InsO oder § 22a InsO“ lediglich 20 Gerichtsentscheidungen (5xBGH, 2xLG, 13xAG) aus. Diese Entscheidungen sind nicht einmal alle im Schwerpunkt zu den genannten Normen ergangen, sondern berühren diese bloß. So betreffen die BGH-Entscheidungen alleamt Vergütungsfragen aus dem Eigenverwaltungs-⁴⁸⁸ oder Planverfahren⁴⁸⁹ sowie zum alten Recht vor Inkrafttreten des ESUG⁴⁹⁰. Soweit die amts- und landgerichtlichen Entscheidungen Auslegungsfragen zu den neuen Bestimmungen berührten, werden diese in den jeweils einschlägigen folgenden Abschnitten II. - V. vorgestellt. Jedenfalls deutet der Befund an, wie wenig Auslegungsfragen zu den neuen Bestimmungen in gerichtlichen Entscheidungen in einer Weise problematisiert wurden, dass die Beteiligten die Entscheidungen für veröffentlichungswürdig hielten.

4. Literatur

In der Literatur werden selten Aussagen zur Akzeptanz der Regelungen in der Praxis getroffen. Es dominieren Untersuchungen, die die Auswirkungen der Neuregelung auf die Unabhängigkeitsprüfung ausloten.⁴⁹¹ Auf einzelne Aspekte der Unabhängigkeit ist unter II. sowie III. zurückzukommen.

Teilweise wird auch die Abstimmung des Auswahllistenverfahrens und die gläubigerbestimmte Verwalterbestellung angemahnt.⁴⁹² Dagegen lässt sich auf die Gesetzesmaterialien verweisen.⁴⁹³ Denn dort heißt es, dass die einstimmig vorgeschlagene Person nicht auf der Vorauswahlliste eines Insolvenzgerichts stehen muss, sondern allein den Anforderungen von

⁴⁸⁷ Noerr/McKinsey, InsO-Studie 2015, S. 12, 15.

⁴⁸⁸ BGH, 22.6.2017 – IX ZB 91/15, ZInsO 2017, 1813; BGH, 22.9.2016 – IX ZB 71/14, ZIP 2016, 1981; BGH, 21.7.2016 – IX ZB 70/14, BGHZ 211, 225 = ZIP 2016, 1592.

⁴⁸⁹ BGH, 16.2.2017 – IX ZB 103/15, ZIP 2017, 482.

⁴⁹⁰ BGH, 10.11.2011 – IX ZB 166/10, WM 2012, 141.

⁴⁹¹ Statt vieler *Frind*, ZInsO 2014, 119, 124 f.; *Westermann*, Die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters im Widerstreit der Interessen von Gläubiger und Schuldner, 2016, Rn. 68 ff., 85, 157; vgl. auch *Pape*, ZInsO 2016, 428, 431.

⁴⁹² *Pape*, ZInsO 2015, 1650, 1653 f.

⁴⁹³ *Bork*, in: *Bork/Thole*, Die Verwalterauswahl, 2018, Rn. 11.

§ 56 Abs. 1 InsO genügen muss.⁴⁹⁴ Der vorgeschlagene Verwalter muss also nicht grundsätzlich von der Vorauswahlliste kommen. Im Einzelfall kann es sich aber als ausgesprochen nützlich erweisen, wenn der Kandidat auf der Liste geführt wird. Denn eine Listung kann dem Gericht die auch vom Gesetzgeber geforderte Eignungsprüfung nach § 56 Abs. 1 InsO erheblich erleichtern.⁴⁹⁵ Jedenfalls stellt das Institut der Vorauswahlliste eine mögliche Stellschraube dar, die der Gesetzgeber nutzen könnte, worauf insbesondere unter E. III. zurückzukommen ist.

Zur Akzeptanz heben die Kölner Insolvenzrichter in ihrer Zwischenbilanz nach 30 Monaten ESUG die neue durch das ESUG ausgelöste Kultur der Gläubigerbeteiligung hervor.⁴⁹⁶ Sie halten allerdings die Regelung des verbindlichen Bestimmungsrechts in § 56a Abs. 2, § 22a InsO nicht für praxistauglich. Die neue Kultur werde durch Gespräche und die einvernehmliche Bestimmung des Verwalters geprägt.

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Der DAV macht insbesondere in professionell begleiteten Verfahren positive Auswirkungen des stärkeren Gläubigereinflusses aus.⁴⁹⁷ Er stellt allerdings auch fest, dass manche Insolvenzgerichte weder die Mitwirkungsbereitschaft qualifizierter Gläubiger berücksichtigen noch die von qualifiziert zusammengesetzten Gläubigerausschüssen getroffenen Entscheidungen.

Auch die AsJ macht ein differenziertes Bild aus.⁴⁹⁸ Nur manche Gerichte folgten dem eigentlich bindenden Vorschlag der Gläubiger, während andere Gerichte andere Personen bestellten.

Der BAKinso e.V. spricht sich in seiner Entschließung aus dem Jahre 2014 für eine Abschwächung des Bestimmungsrechts des Gläubigerausschusses aus.⁴⁹⁹ Der Gläubigerausschuss müsse einstimmig drei Kandidaten aus verschiedenen Kanzleien benennen, aus denen das Insolvenzgericht dann auszusuchen habe.

⁴⁹⁴ RegE, BT-Drucks. 17/5712, S. 26. – Im Ergebnis für die Irrelevanz der Liste etwa auch *Westermann*, Die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters im Widerstreit der Interessen von Gläubiger und Schuldner, 2016, Rn. 132.

⁴⁹⁵ *Frind*, in: HambKomm, § 21 Rn. 28, § 56a Rn. 23; vgl. auch *Ganter*, NZI 2018, 137, 142.

⁴⁹⁶ *Laroche/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender*, ZIP 2014, 2153, 2157.

⁴⁹⁷ DAV, Stellungnahme, S. 5.

⁴⁹⁸ Stellungnahme zur ESUG-Evaluation, Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen und Juristinnen (AsJ) – Arbeitskreis Insolvenzrecht, ZInsO 2017, 2536.

⁴⁹⁹ Entschließung der BAKinso-Jahrestagung 2014, S. 3.

6. Bewertung

Alle Erkenntnisquellen lassen den Befund erkennen, dass die Änderungen durch das ESUG die Praxis der Verwalterbestellung verändert haben. Inwieweit sich eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit feststellen lässt, ist in den nächsten Abschnitten auszuloten, in denen zum einen direkt unter II. u. III. auf die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters geblückt wird, zum anderen aber auch unter IV. u. V. auf den Gläubigerausschuss.

7. Empfehlung

Es hat sich kein Handlungsbedarf ergeben, die mit dem ESUG eingeführte Gläubigerbeteiligung insgesamt wieder zurückzudrehen.

II. Unabhängigkeit von spezifischen Gläubigerinteressen

Im Anschluss an die Forschungsleitfrage soll zunächst die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters von spezifischen Gläubigerinteressen hinterfragt werden.

1. Ergebnis der Befragung

Nach den überwiegenden Erfahrungen der Befragten hat die Neuregelung nicht dazu geführt, dass Zweifel an der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters deswegen bestehen, weil der Verwalter im Interesse einzelner Gläubiger bestellt wurde (Abb. 5: M = 2,1). Auch gaben nur wenige der Befragten an, dass Verwalter in Verfolgung von Sonderinteressen von der Geltendmachung von Ansprüchen Abstand genommen haben (Abb. 5: M = 2,03). Allerdings lässt sich eine breite Streuung unter den Antworten feststellen. Auffällig ist, dass gerade die Gruppe der Richter und Rechtspfleger von der Unabhängigkeit der Insolvenzverwalter besonders überzeugt ist (Tab. 17: Gruppenmittelwert: 1,68; 1,67). Allerdings bezeugen einige Befragte durchaus eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit.

2. Sonstige ESUG-Studien

Die sonstigen ESUG-Studien enthalten keine Aussagen explizit zur Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters. Nach der Studie von Noerr/McKinsey soll das Kriterium der Unabhängigkeit des Sachwalters im Eigenverwaltungsverfahren nur teilweise erfüllt sein.⁵⁰⁰

⁵⁰⁰ Noerr/McKinsey, InsO-Studie 2015, S. 7.

3. Rechtsprechung

Aus der veröffentlichten Rechtsprechung lassen sich keine Entscheidungen entnehmen, inwieweit sich die Regelungen des ESUG auf die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters ausgewirkt haben.

Die neuen Regelungen sind allerdings in dem Rahmen anzuwenden, den die Rechtsprechung allgemein zu Fragen der Unabhängigkeit geprägt hat. So hat ein Insolvenzverwalter Umstände, die Zweifel an seiner Unabhängigkeit begründen, von sich aus anzuzeigen.⁵⁰¹ Zuwiderhandlungen, aber auch allein das Fehlen der Unabhängigkeit können wichtige Gründe darstellen, den Insolvenzverwalter nach § 59 Abs. 1 InsO zu entlassen. Gleichzeitig droht dem Insolvenzverwalter eine Schadensersatzpflicht aus § 60 InsO und die Verwirkung seines Vergütungsanspruchs entsprechend § 654 BGB.⁵⁰² Pflichtverletzungen in einem Verfahren können auch dazu führen, dem Insolvenzverwalter für künftige Verfahren die Eignung generell abzusprechen.⁵⁰³ Der Aufnahme auf eine Vorauswahlliste kann es entgegenstehen, wenn den Kandidaten eine qualifizierte Nähe zu einem solchen Großgläubiger verbindet, der am betroffenen Insolvenzstandort typischerweise als Insolvenzgläubiger an den Verfahren beteiligt ist.⁵⁰⁴

Die von mehreren Insolvenzgerichten aufgestellten Leitlinien verhalten sich nur vereinzelt zu Fragen der Unabhängigkeit.⁵⁰⁵ Beispielsweise enthalten die Kölner Leitlinien auch den Punkt „Kollisionsprüfung/Anzeige von Inhabilitäten/Unabhängigkeit“, andere Aspekte der Zusammenarbeit stehen aber im Mittelpunkt.⁵⁰⁶ Eine Ausnahme machen die Hamburger Leitlinien, die sich speziell zum „Conflict Check“ verhalten.⁵⁰⁷ Viele Gerichte verlangen allerdings, dass der Insolvenzverwalter – worauf beispielsweise die Kölner Leitlinien ausdrücklich Bezug nehmen –⁵⁰⁸ den Fragebogen zur Unabhängigkeit von BAKinso e.V. und VID ausfüllt.⁵⁰⁹

⁵⁰¹ BGH, 24.1.1991 – IX ZR 250/89, BGHZ 113, 262 = ZIP 1991, 324; BGH, 26.4.2012 – IX ZB 31/11, ZIP 2012, 1187 Rn. 17; BGH, 19.1.2012 – IX ZB 25/11, ZInsO 2012, 269 Rn. 13.

⁵⁰² Vgl. zur Verwirkung des Vergütungsanspruchs BGH, 21.9.2017 – IX ZB 28/14, ZIP 2017, 2063; BGH, 14.7.2016 – IX ZB 52/15, ZIP 2016, 1648 Rn. 6.

⁵⁰³ Vgl. BGH, 14.7.2016 – IX ZB 52/15, ZIP 2016, 1648.

⁵⁰⁴ BGH, 13.10.2016 – IX AR (VZ) 7/1, ZIP 2016, 2127 Rn. 24.

⁵⁰⁵ Vgl. allgemein zu den Leitlinien Holzer, INDat Report 07_2017, 13 ff.

⁵⁰⁶ Kölner Leitlinien zur Zusammenarbeit mit dem Insolvenzgericht, ZInsO 2017, 637 - 642.

⁵⁰⁷ Hamburger Leitlinien zu Reichweite und Durchführung des "conflict check", ZInsO 2017, 375 - 376; dazu *Frind*, ZInsO 2017, 363 ff.

⁵⁰⁸ Kölner Leitlinien zur Zusammenarbeit mit dem Insolvenzgericht, ZInsO 2017, 637, 638.

⁵⁰⁹ Fragebogen zur Unabhängigkeit des Verwalters, ZInsO 2012, 2240 - 2242.

4. Literatur

In der Literatur wurde die Auffassung vertreten, dass in dem einstimmigen Votum des Gläubigerausschusses ein Verzicht auf die Unabhängigkeit liegen könne.⁵¹⁰ Ein solches Votum der Gläubiger würde das Gericht also entbinden, die Unabhängigkeit des vorgeschlagenen Verwalterkandidaten zu prüfen. Dem ist aber die ganz überwiegende Auffassung entgegen getreten.⁵¹¹ Nach § 56a Abs. 2 InsO habe das Gericht die Eignung des vorgeschlagenen Kandidaten zu prüfen. Diese Eignungsprüfung erfasse alle von § 56 Abs. 1 InsO genannten Kriterien und erstrecke sich daher auch auf die Unabhängigkeit. So ist heute recht einhellig anerkannt, dass sich die Unabhängigkeitsprüfung des gläubigerseits bestimmten Kandidaten nicht von der Prüfung im herkömmlichen Verfahren unterscheidet.

Insoweit ist ungeachtet der Neufassung des § 56 Abs. 1 Satz 3 InsO nicht abschließend geklärt, welche Art einer Vorbefassung der Unabhängigkeit des Verwalters entgegensteht.⁵¹² So stellen auch die Kölner Insolvenzrichter fest, dass die Neuregelung den Gerichten weder Einfluss- noch Kontrollmöglichkeiten genommen hat.⁵¹³

In der Literatur wurde allerdings zunächst die Diskussion aus dem Gesetzgebungsverfahren weitergeführt, ob manche Gläubigergruppen, genannt wurden insbesondere die Banken, ihre Stellung ausnutzen, um auf Sondervorteile abzielen.⁵¹⁴ So ist den Beteiligten die Gefahr durchaus gegenwärtig, dass institutionelle Gläubiger mit Verwaltern quasi dergestalt als Team agieren, dass sie in mehreren Verfahren zum einen im Gläubigerausschuss und zum anderen als Insolvenzverwalter agieren.⁵¹⁵ Eine solche Wiederholung („Repeat-Player-Effect“) kann Ergebnis guter Zusammenarbeit zur Sicherung abermals guter Ergebnisse sein, birgt indessen aber auch die Gefahr, dass der eine den anderen unangemessen schützt. Dem soll aber durch eine Prüfung entsprechender Interessenkonflikte im Zuge des Auswahlverfahrens („Conflict Check“) entgegengewirkt werden.⁵¹⁶ Unter dem Strich lassen sich daher keine Schilderungen über Praktiken von Gläubigern finden, die zur Parteinahme des Insolvenzverwalters zugunsten bestimmter Gläubiger geführt haben. Mehr soll sich die

⁵¹⁰ Schmidt/Hölzle, ZIP 2012, 2238 ff.

⁵¹¹ Bork, ZIP 2013, 145 ff.; Frind, ZInsO 2014, 119, 129; Ganter, NZI 2018, 137, 141 f.; Graf-Schlicker, in: Graf-Schlicker, §§ 56, 56a Rn. 52; Vallender/Zipperer, ZIP 2013, 149 ff.

⁵¹² Vgl. Graf-Schlicker, in: Graf-Schlicker, §§ 56, 56a Rn. 68 ff.; Westermann, Die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters im Widerstreit der Interessen von Gläubiger und Schuldner, 2016, Rn. 85 ff.

⁵¹³ Laroche/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender, ZIP 2014, 2153, 2156 f.

⁵¹⁴ Frind, ZInsO 2014, 119, 129; Ganter, ZIP 2013, 597, 598; Marotzke, KTS 2014, 113, 124.

⁵¹⁵ Vgl. Frind, in HambKomm, § 56 Rn. 17c; § 56a Rn. 23.

⁵¹⁶ Frind, ZInsO 2017, 363 ff.

Erkenntnis durchgesetzt haben, dass „durchdrückende“ Ausschüsse kontraproduktiv für das Verfahren sind und entsprechende Strategien daher nicht verfolgt werden.⁵¹⁷

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Die AsJ sieht keine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters.⁵¹⁸ Deutliche Gefahren dafür sieht sie aber. Diese erkennt sie allerdings weniger von Seiten der Gläubiger, sondern – worauf unter III. zurückzukommen ist – von der des Schuldners. Die Gläubiger indessen könnten mangels einer eigenen Organisationsstruktur die Gläubigerinteressen vielfach nicht hinreichend einbringen.

Der DAV hält in größeren, professionell begleiteten Verfahren eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit nicht für feststellbar.⁵¹⁹ Jedoch würden in Gläubigerausschüssen Sonderinteressen vertreten und davon beeinflusste Insolvenzverwalter bestellt, wenn Gläubigerausschüsse einseitig und ungeprüft zusammengesetzt werden. Die Neuerungen zur Stärkung des Gläubigereinflusses einschließlich der Neuregelung zur Unabhängigkeit in § 56 Abs. 1 InsO hätten teilweise bei Insolvenzgerichten dazu geführt, dass diese Vorschläge für einen Insolvenzverwalter ungeprüft übernehmen, ohne Zweifeln an der Unabhängigkeit hinreichend nachzugehen. Um dieser Fehlsteuerung entgegenzuwirken schlägt der DAV vor, die Antragstellung transparenter zu gestalten und eine Begründungspflicht im Hinblick auf Auswahl und Bestellung von Gläubigerausschussmitgliedern einzuführen.

Der BAKinso e.V. plädiert dafür, das einstimmige Bestimmungsrecht des Gläubigerausschusses darauf zu beschränken, drei Kandidaten aus verschiedenen Kanzleien zu benennen, aus denen das Insolvenzgericht dann auszusuchen habe.⁵²⁰ Auf diese Weise soll wohl gerade dem befürchteten Teambuilding entgegengewirkt werden, weil die Letztentscheidungskompetenz dem Gericht verbleibt.

6. Fallstudien

Fallstudie Nr. 2 veranschaulicht, dass im Widerstreit der Interessen der Insolvenzbeteiligten leicht einmal der Vorwurf des Teambuildings von Gläubiger und Insolvenzverwalter erhoben wird. In diesem Verfahren war dieser Vorwurf allerdings unhaltbar und wurde späterhin auch unter Entschuldigung zurückgenommen.

⁵¹⁷ Frind, in HambKomm, § 56a Rn. 10a.

⁵¹⁸ Stellungnahme zur ESUG-Evaluation, Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen und Juristinnen (AsJ) – Arbeitskreis Insolvenzrecht, ZInsO 2017, 2536.

⁵¹⁹ DAV, Stellungnahme, S. 5 f.

⁵²⁰ Entschließung der BAKinso-Jahrestagung 2014, S. 3.

7. Bewertung

Unter dem Strich ist die Befürchtung, dass der Insolvenzverwalter im Interesse einzelner Gläubiger tätig wird, noch nicht umfassend verstummt. Ganz überwiegend wird aber die Gefahr einer insolvenzwidrigen Einflussnahme von Gläubigerseite aufgrund der ESUG-Reformen als gering angesehen. Folglich ist eine Handlungsoption, auf jegliche Änderung zu verzichten.

Beim Insolvenzgericht liegt auch nach dem ESUG die maßgebliche Verantwortung, der Bestellung nicht unabhängiger Insolvenzverwalter entgegenzuwirken. Das Gericht hat zu kontrollieren, dass die Gläubiger von ihren Kompetenzen in angemessener Weise Gebrauch machen. Ein bloßes Durchwinken durch die Gerichte würde ein Kontrollversagen bedeuten. Das ESUG hat die Gerichte keinesfalls komplett entmachtet, sondern ihnen verstärkt Kontrollkompetenzen an Stelle der herkömmlichen Entscheidungsmacht zugewiesen. Um diese Verantwortung dem einzelnen Entscheidungsträger deutlich vor Augen zu führen, mag – wie von dem DAV vorgeschlagen – ein Begründungserfordernis dienlich sein. Es mögen aber auch andere Maßnahmen einschlägig sein, wie insbesondere die Spezialisierung und Professionalisierung der Richter und Rechtspfleger an den Insolvenzgerichten.

Eine typische Kontrollmaßnahme professioneller Insolvenzgerichte ist es auch, dem Insolvenzverwalter einen Fragebogen zur Unabhängigkeit vorzulegen. Die Bedeutung der Eigenklärung des Verwalters steht in Zusammenhang mit den erheblichen Sanktionen, die sich an die nachträgliche Aufdeckung der fehlenden Unabhängigkeit knüpfen. Der Insolvenzverwalter kann nach § 59 Abs. 1 InsO entlassen werden, er kann sich schadensersatzpflichtig machen, § 60 InsO, und entsprechend § 654 BGB seinen Vergütungsanspruch verwirken. Schließlich kann das Verhalten in einem Verfahren die generelle Eignung zur Verwaltertätigkeit insgesamt infrage stellen.

Eine teilweise Rücknahme der ESUG-Reformen würde es bedeuten, entsprechend dem Vorschlag des BAKinso e.V., das Bestimmungsrecht der Gläubiger einzuschränken. Die Notwendigkeit, die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters auf solche Weise sicherzustellen, konnte nicht nachgewiesen werden.

8. Empfehlung

Eine Empfehlung kann nur im Zusammenhang mit den sogleich unter III. zu behandelnden Aspekten erfolgen.

III. Unabhängigkeit von Schuldnerinteressen

Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters wird aber auch insoweit in Frage gestellt, als er Interessen des Schuldners verfolgen mag. Zwar kann der Schuldner außerhalb des Anwendungsbereichs des § 270b Abs. 2 Satz 2 InsO keine verbindlichen Vorschläge unterbreiten. Er besitzt eine Initiativbefugnis aber schon allein, weil er den Insolvenzantrag stellen kann, ferner kann er über § 22a Abs. 2 u. 4 InsO auf die Besetzung des Gläubigerausschusses Einfluss nehmen. Eine institutionelle Komponente tritt über die Berater des Schuldners hinzu, die diese Aufgabe in einer Vielzahl von Verfahren ausüben, so dass diese mit den typischen Insolvenzbeteiligten regelmäßig in Berührung kommen („Repeat-Player-Effect“). Gerade diese Problematik der Schuldnerinteressen wird in Eigenverwaltungsverfahren nicht nur angesichts des § 270b Abs. 2 Satz 2 InsO spezifisch diskutiert. Entsprechend wird diese Problematik auch unter B. berücksichtigt, hier sollen aber im Hinblick auf die Fremdverwaltung einige grundlegende Ergebnisse vorgestellt werden.

1. Ergebnis der Befragung

Aus der Befragung lässt sich zunächst auf das bereits gewürdigte Ergebnis verweisen, dass nur eine Minderheit der Befragten angab, nach ihren Erfahrungen hätten Verwalter in Verfolgung von Sonderinteressen von der Geltendmachung von Ansprüchen Abstand genommen (Abb. 5: M = 2,03). Ebenfalls zwar eine Minderheit, aber eine von nicht geringer Größe gibt an, dass häufig dem Schuldner nahe stehende Personen Mitglieder des Gläubigerausschusses wurden (Abb. 5: M = 2,08).

Eine knappe Mehrheit hat die Erfahrung gemacht, dass Gesellschafter und Geschäftsleiter zum Nachteil der Gläubiger egoistische Strategien verfolgt haben (Abb. 3: M = 2,55). Auffällig ist, dass die hohe Standardabweichung von 0,9 sich ausweislich Tab. 17 durch alle Gruppen der Befragten in ähnlicher Weise zieht.

Drei Freitextanmerkungen befassen sich insoweit mit der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters. So wird darauf hingewiesen, dass die nicht kontrollierte Auswahl der Ausschussmitglieder durch den Schuldner die Neigung in sich berge, die Gläubiger zu benachteiligen. Eine andere Stimme fordert, vor der Bestellung der Ausschussmitglieder eine formalisierte Befragung durchzuführen, die auch den Schuldnerinfluss ausleuchten müsse. Eine weitere Stimme fordert, „schwarze Schafe“ auf Verwalterseite konsequent auszusortieren. Schließlich wird beklagt, dass die „Entmündigung“ der Insolvenzrichter „family&friends“ „Tür und Tor“ geöffnet habe, was im Hinblick auf die Unabhängigkeit bedenklich sei.

2. Sonstige ESUG-Studien

Wie bereits erwähnt, enthalten die sonstigen ESUG-Studien keine expliziten Aussagen zur Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters.

3. Rechtsprechung

Auch finden sich in der veröffentlichten Rechtsprechung keine Entscheidungen, die sich damit befassen, inwieweit sich die Regelungen des ESUG auf die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters ausgewirkt haben. Zu erinnern ist allerdings an die unter II. 3. dargestellten allgemeinen Aussagen zur Unabhängigkeit sowie an die Leitlinien der Gerichte und an den Fragenbogen zur Unabhängigkeit.

Besondere Aufmerksamkeit verdient eine junge Entscheidung des BGH zur Bestellung eines Insolvenzverwalters auf Vorschlag des Schuldners.⁵²¹ Der Insolvenzverwalter hatte zwar offengelegt, dass seine Kanzlei an der Gründung der Schuldnerin beteiligt gewesen war. Mehr als zehn Jahre zurückliegende Tätigkeiten als Treuhänder von Geschäftsanteilen und Steuerberater des Geschäftsführers hatte er jedoch nicht erwähnt. Erst zwei Jahre nach Verfahrenseröffnung und Verkauf des schuldnerischen Unternehmens beantragte die Gläubigerversammlung nach Bekanntwerden dieser Vorbefassung die Entlassung des Insolvenzverwalters aus wichtigem Grund nach § 59 InsO. Im Unterschied zu Amts- und Landgericht wurde dieser vom BGH bejaht. Dieser Fall illustriert zunächst, dass die Entscheidungsgrundlage des Gerichts bei der Bestellung vielfach beschränkt ist. Das Gericht muss sich auf die Angaben der Beteiligten verlassen. Es zeigt aber auch, dass die Beteiligten fürchten müssen, dass die Fehlerhaftigkeit von Angaben späterhin noch entdeckt wird.

Eine Entscheidung des LG München II beleuchtet die Konkurrenzsituation von mehreren Insolvenzverwalterkandidaten.⁵²² Konkret betrifft sie die Eignung eines Insolvenzverwalters als Prüfer der Schlussrechnung eines anderen Insolvenzverwalters. Das Gericht verneint einen Ablehnungsgrund, wenn die Konkurrenzsituation zwischen beiden Verwaltern nur allgemein, aber nicht an dem konkreten Gericht besteht, das die Prüfung in Auftrag gegeben hat. Diese Entscheidung verdeutlicht jedenfalls, dass die einzelnen Berufsträger typischerweise in einem Verhältnis von Zusammenarbeit oder Konkurrenz zueinander stehen.

⁵²¹ BGH, 4.5.2017 – IX ZB 102/15, ZIP 2017, 1230.

⁵²² LG München II, 5.9.2013 – 7 T 3096/13, ZIP 2013, 2475.

4. Literatur

In der Literatur wird teilweise sehr deutlich die These vertreten, dass ein Vorschlagsrecht von Beteiligten notwendigerweise zu Befangenheiten führen müsse.⁵²³ Ein Beteiligter schlage vor, weil er sich Vorteile erhoffe. Allerdings wird dieser Befund mit der Feststellung verknüpft, dass ein erheblicher Freiraum für die Vorschlagenden bestehe, der nahezu jeder gerichtlichen Kontrolle entzogen sei. Indessen wurde bereits gerade unter II. als Aufgabe des Insolvenzgerichts erkannt, dass das Gericht außerhalb des Sonderfalls des § 270b Abs. 2 Satz 2 InsO die Eignung eines Kandidaten einschließlich seiner Unabhängigkeit prüfen müsse. So wird auch von anderen Stimmen in der Literatur etwa drohende Inkompatibilität oder die Gefahr von Teambuilding benannt, nicht aber ohne klarzustellen, dass dadurch ein erhöhter Prüfungsaufwand der Gerichte ausgelöst werde.⁵²⁴ Ähnlich benennen die Kölner Insolvenzrichter das Problem der „family&friends“-Ausschüsse und deren mutmaßlich beeinflusste Vorschläge als Prüfungsgegenstand der Gerichte, räumen aber auch ein, dass eine solche Sachlage nicht leicht zu erkennen sei.⁵²⁵

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Wie bereits ausgeführt, sieht die AsJ mangels organisierter Gläubigerschaft von dieser Seite keine Beeinflussungsgefahr. Das so entstehende Vakuum drohten aber die Schuldner mit ihren Schuldnerberatern zu nutzen, um über das Antrags- und Vorschlagsrecht aus § 22a Abs. 2 InsO den Gläubigerausschuss und so mittelbar die Auswahl des Insolvenzverwalters zu beeinflussen.⁵²⁶ Damit ist das Problem der sog. „family&friends“-Ausschüsse angesprochen, das ganz besonders im Rahmen der Eigenverwaltung diskutiert wird. Ungeachtet dieser Gefahr sieht die AsJ keine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters.⁵²⁷ Das beruhe auf der Professionalität aller Beteiligten.

Wie erwähnt, erkennt auch der DAV positive Wirkungen der Neuregelungen bei Verfahren, die auf Schuldner und Gläubigerseite professionell begleitet werden.⁵²⁸ Insoweit lasse sich eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit nicht feststellen. Es gebe aber Ausnahmen.

⁵²³ *Siemon*, ZInsO 2013, 1861, 1871.

⁵²⁴ *Hammes*, ZIP 2017, 1505, 1508; *Frind*, in HambKomm, § 56 Rn. 17c; § 56a Rn.23; *Ganter*, NZI 2018, 137, 142.

⁵²⁵ *Laroche/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender*, ZIP 2014, 2153, 2156 f.

⁵²⁶ Stellungnahme zur ESUG-Evaluation, Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen und Juristinnen (AsJ) – Arbeitskreis Insolvenzrecht, ZInsO 2017, 2536.

⁵²⁷ Stellungnahme zur ESUG-Evaluation, Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen und Juristinnen (AsJ) – Arbeitskreis Insolvenzrecht, ZInsO 2017, 2536.

⁵²⁸ DAV, Stellungnahme, S. 5.

Als Fall der unangemessenen Zusammensetzung der Gläubigerausschüsse, die zur Verfolgung von Sonderinteressen auch beim Insolvenzverwalter führen, nennt der DAV ausdrücklich die dem Schuldner nahe stehenden sog. „family&friends“-Ausschüsse.⁵²⁹ Auch dagegen richtet sich der bereits erwähnte Vorschlag des DAV, die Antragstellung transparenter zu gestalten und eine Begründungspflicht im Hinblick auf Auswahl und Bestellung von Gläubigerausschussmitgliedern einzuführen.

6. Fallstudie

In Fallstudie Nr. 3 unterstützt der Gläubigerausschuss den Schuldner (erfolgreich) bei der Vorlage seines Insolvenzplans, während der Sachwalter die Vermutung äußert, dass für die Gläubiger auf andere Weise (höhere Sanierungsbeiträge der Gesellschafter oder M&A-Prozess) eine vorteilhaftere Regelung zu erzielen wäre. Diese Unterstützung des Schuldnerplans durch den Gläubigerausschuss lässt sich nicht darauf stützen, dass es sich erkennbar um einen sog. „family&friends“-Ausschuss handelt. Umso mehr deutet dieses Verfahren an, dass durch die Schuldnerinitiative eine Stimmung entstehen kann, dass der Gläubigerausschuss angesichts einer passablen Lösung für die Gläubiger dem Schuldner folgt, ohne bessere Möglichkeiten ausloten zu wollen. In eine ähnliche Richtung weist auch Fallstudie Nr. 5, denn dort stimmen die Gläubiger Planlösungen zu, die für die Gesellschafter attraktiver erscheinen als für die Gläubiger.

In Fallstudie Nr. 4 ist ein offener Konflikt zwischen den Beteiligten über den Verfahrensgang entstanden. Der Sachverständige hat Mitgliedern des Gläubigerausschuss und dem Sachwalter vorgehalten, die Interessen der Gläubigergesamtheit zugunsten der des Schuldners nicht hinreichend im Blick zu haben.

7. Bewertung

In erster Linie bestätigt auch die Betrachtung der Unabhängigkeit im Hinblick auf Schuldnerinteressen, die schon zuvor angesichts der Gläubigerinteressen gewonnenen Ergebnisse. So lassen sich keine Beeinträchtigungen der Unabhängigkeit aufgrund der Verfolgung von Schuldnerinteressen feststellen, die einen unabweisbaren gesetzgeberischen Handlungsbedarf aufzeigen. Die insolvenzverfahrenen Beteiligten erscheinen als hinreichend sensibilisiert, so dass einerseits die Insolvenzgerichte durchaus Bedenken hinsichtlich der Unabhängigkeit nachgehen. Andererseits sind sich auch die Insolvenzverwalter den an sie gestellten Anforderungen bewusst. Die Betonung des Werts der Professionalität der Beteiligten ist dahin zu verstehen, wie wichtig Erfahrung, Kompetenz und Sachkunde aller Beteiligten ist. Die Insol-

⁵²⁹ DAV, Stellungnahme, S. 5.

venzgerichte müssen von Hilfsmitteln wie dem Fragebogen zur Unabhängigkeit Gebrauch machen, um Abhängigkeiten nachzugehen. Die Insolvenzverwalter sind sich der Gefahren bewusst, die die Aufdeckung einer Abhängigkeit im Einzelfall mit sich bringt. Die weitere Sensibilisierung der Beteiligten ist aber notwendig, denn in einzelnen Fällen werden durchaus Beeinträchtigungen der Unabhängigkeit behauptet.

8. Empfehlung

Es lässt sich keine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der Insolvenzverwalter feststellen, die es erforderlich macht, die ESUG-Reformen rückgängig zu machen. In professionell, mit Erfahrung und Sachkunde durchgeführten Verfahren lässt sich die Unabhängigkeit sicherstellen. Viel hängt dabei von der professionellen Begleitung der Verfahren durch die Insolvenzgerichte ab, weil diesen die Kontrolle der Unabhängigkeit des Verwalters, aber eben auch die Entscheidung über die Besetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses zugewiesen ist. Deswegen sind Erfahrung, Sachkunde und Kompetenz der Gerichte sicherzustellen.

Die Wahrung der Unabhängigkeit ist daher mit verschiedenen institutionellen Maßnahmen verknüpft, auf die unter E. zurückzukommen ist. Das betrifft zum einen Maßnahmen zur Organisation der Insolvenzgerichte wie deren Konzentration und zum anderen Überlegungen zur Ausgestaltung des Berufs der Insolvenzverwalter, namentlich Vorschläge, eine Kammer für Insolvenzverwalter zu schaffen oder zumindest eine bundesweite Vorauswahlliste zu führen.

IV. Bildung eines Gläubigerausschusses

Die nach den bisherigen Ergebnissen wünschenswerte Gläubigerbeteiligung erfolgt in maßgeblicher Weise über die Institution des Gläubigerausschusses. Die Entscheidung, in welchen Fällen eine Beteiligung über den Ausschuss geboten ist und wann ein solcher Ausschuss zum Zwecke der Einflussnahme auf die Verwalterauswahl gebildet wird, ist daher für die Möglichkeit der Gläubiger, auf das Verfahren und besonders auf die Bestellung des Insolvenzverwalters Einfluss zu nehmen, von immenser Bedeutung.

Die Anforderungen an einen obligatorischen Ausschuss bestimmen die Schwellenwerte des § 22a Abs. 1 InsO, solange kein Ausnahmetatbestand nach § 22a Abs. 3 InsO gegeben ist. Die Möglichkeiten für Schuldner und vorläufigen Verwalter, darüber hinaus einen Ausschuss zu beantragen, bestimmt § 22a Abs. 2 InsO.

Das ESUG hat erstmals den Gläubigerausschuss im Eröffnungsverfahren geregelt, während die Insolvenzordnung zuvor nur ausdrückliche Regelungen zum Gläubigerausschuss im eröffneten Verfahren enthielt. Um wirkungsvoll auf die Auswahl des vorläufigen Insolvenz-

verwalters Einfluss nehmen zu können, wird allerdings erörtert, ob der Ausschuss noch früher gebildet werden müsse. Dafür hat sich die Terminologie vor-vorläufiger Ausschuss eingebürgert. Empfehlungen zur Auswahl zu so einem frühen Zeitpunkt werden auch als präsumtive Voten bezeichnet, weil sie das Votum des vorläufigen Ausschusses mutmaßen. Anknüpfungspunkt für diese Diskussion ist heute § 22 Abs. 3 Fall 3 InsO. Dieser Ausschlussbestand lässt von der Bestellung eines Ausschusses absehen, soweit sofortiges Handeln notwendig ist. Ein Fall dafür kann sein, dass ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt werden muss, bevor ein vorläufiger Gläubigerausschuss konstituiert werden kann.

1. Ergebnis der Befragung

Die Befragung hat ein positives Statement zum Gläubigerausschuss als Institution ergeben. So hält die deutliche Mehrheit der Befragten nach ihren Erfahrungen diesen für ein wichtiges Organ (Abb. 5: M=2,95).

Eine Mehrheit spricht sich dafür aus, einen vor-vorläufigen Gläubigerausschuss zu bilden, um den vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestimmen (Abb. 11: M = 2,7). Allerdings fällt dieses Votum über die Gruppen hinweg keinesfalls eindeutig aus. So votieren die Gerichte deutlich dagegen (Tab. 18: Gruppenmittelwert: 1,88), während die Banken besonders stark dafür eintreten (Tab. 18: Gruppenmittelwert: 3,33). Das Bedürfnis für eine gesetzliche Regelung zur Bildung eines Gläubigerausschusses zu einem so frühen Zeitpunkt wird insgesamt von der gleichen Mehrheit gesehen (Abb. 11: M = 2,7). Insoweit lassen sich aber keine so deutlich unterschiedlichen Bewertungen zwischen den einzelnen Gruppen feststellen.

Die Abstimmung mit den Gerichten gelingt nach den Erfahrungen der Mehrheit der Befragten regelmäßig gut (Abb. 7: M = 3,02). Eine entsprechend große Mehrheit hat auch die Erfahrung gemacht, dass die Gerichte für Vorgespräche offen sind (Abb. 7: M = 3,07).

Die Kontroverse, wie früh die Gläubiger zu beteiligen sind, findet sich auch in den Freitextanmerkungen. So wird hervorgehoben, dass in der Praxis der vorläufige Gläubigerausschuss regelmäßig zu spät bestellt werde, um von ihm den Insolvenzverwalter bestellen zu lassen. Eine andere Stimme verlangt die Klarstellung durch den Gesetzgeber, dass die Richter dem Vorschlag eines vor-vorläufigen Gläubigerausschusses folgen müssten, um sonst praktizierten Vermeidungsstrategien der Richter entgegenzuwirken. Es findet sich aber auch die gegenteilige Stimme, dass die Unzulässigkeit des vor-vorläufigen Gläubigerausschusses gesetzlich festgeschrieben werden solle.

Die durch § 22a InsO angeordneten Schwellenwerte, bei deren Erreichen ein Gläubigerausschuss eingesetzt werden muss, werden von den Befragten überwiegend begrüßt (Abb. 11: M = 3,00).

2. Sonstige ESUG-Studien

In dem Expertengespräch auf dem ZIP-Kolloquium wurde einstimmig die Bedeutung des Vorgesprächs für die Auswahlentscheidung betont.⁵³⁰ In Übereinstimmung mit den Grenzen des § 22a Abs. 1 InsO sollte ein Anspruch des Schuldners auf ein solches Vorgespräch festgeschrieben werden. Falls diese Schwellenwerte nicht erreicht werden, sollte das Gericht ein solches Vorgespräch führen können. Die Befassung mit dem Vorgespräch soll auch die Zuständigkeit des Richters für einen später gestellten Insolvenzantrag begründen.

Weiter wurde diskutiert, inwieweit „präsumtive“ Voten eines vor-vorläufigen Gläubigerausschusses Bindungswirkung zukommen solle. Nach streitiger Diskussion sprach sich die Mehrheit dafür aus, dass der Richter im Eilfall diesem Votum folgen müsse.⁵³¹ Wolle der Richter abweichen, müsse er das Ergebnis der Beschlussfassung des konstituierten vorläufigen Gläubigerausschusses abwarten.

3. Rechtsprechung

Aus der Rechtsprechung der Insolvenzgerichte sind eine Reihe von Entscheidungen veröffentlicht worden, die sich mit den Voraussetzungen an einen Ausschuss aus § 22a InsO auseinandersetzen.

Das AG Essen hatte sich mit den Auswirkungen von § 22a InsO auf die Anforderungen an den Insolvenzantrag zu befassen.⁵³² Das Gericht benötigt die Angaben zu den dort geregelten Größenkriterien, um sein Verfahren auszurichten. Daher verlangt § 13 Abs. 1 Satz 5 InsO, im Antrag Angaben zu diesen Kennzahlen. Fehlen diese, so ist nach dem AG Essen der Eigenantrag bei einem nicht eingestellten Geschäftsbetrieb unzulässig. Das AG Ludwigshafen reduziert diese Anforderung aus teleologischen Erwägungen.⁵³³ Wenn zwei dieser Kennzahlen bereits die Schwellenwerte unterschritten, sei die Angabe der dritten mangels Relevanz entbehrlich.

Zu dem Ausnahmetatbestand der Einstellung des Geschäftsbetriebes nach § 22a Abs. 3 Fall 1 InsO verhält sich das AG Hamburg.⁵³⁴ Dieser Ausnahmetatbestand sei über den Wortlaut hinaus nicht nur erfüllt, wenn der Geschäftsbetrieb bereits eingestellt sei, sondern auch,

⁵³⁰ *Brinkmann/Denkhaus/Horstkotte/Schmidt/Westpfahl/Wierzbinski/Ziegenhagen*, Evaluierung des ESUG, ZIP 2017, 2430.

⁵³¹ *Brinkmann/Denkhaus/Horstkotte/Schmidt/Westpfahl/Wierzbinski/Ziegenhagen*, Evaluierung des ESUG, ZIP 2017, 2430, 2431.

⁵³² AG Essen, 25.3.2015 – 166 IN 22/15, ZIP 2015, 939.

⁵³³ AG Ludwigshafen, 2.10.2012 – 3a IN 186/12, ZInsO 2012, 2057.

⁵³⁴ AG Hamburg, 3.5.2013 – 67c IN 161/13, ZIP 2013, 1391.

wenn die Einstellung noch im Eröffnungsverfahren erfolge. Das AG Ludwigshafen hat zum Ausnahmetatbestand der unverhältnismäßigen Kosten aus § 22a Abs. 3 Fall 2 InsO Stellung genommen.⁵³⁵ Eine solche Unverhältnismäßigkeit sei jedenfalls dann gegeben, wenn die Kosten der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses einen Anteil von 7% der zu erwartenden Teilungsmasse übersteigen. Zu den Folgen, die es zeitigt, wenn ein Ausnahmetatbestand des § 22a Abs. 3 InsO erfüllt ist, hier nämlich die Einstellung des Geschäftsbetriebs, äußert sich das AG Hamburg in einer weiteren Entscheidung.⁵³⁶ Die Bestellung eines Pflichtausschusses nach § 22a Abs. 1 InsO komme auch bei Erreichen der Schwellenwerte nicht mehr in Betracht. Das Gericht könne aber einen Ausschuss als Sicherungsmaßnahme auf Grundlage von § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO anordnen, falls eine Notwendigkeit dafür gegeben ist.

Darüber hinaus hat das AG Hamburg noch zu den Voraussetzungen an einen Antrag auf Einsetzung eines Gläubigerausschusses Stellung bezogen.⁵³⁷ Dieser Antrag müsse das Gericht in die Lage versetzen, den Ausschuss einzusetzen. Der Antrag müsste daher eine Besetzung mit mindestens vier die Gläubigerschaft nach § 67 Abs. 2 InsO repräsentierenden Personen ermöglichen. Das setze auch Einverständniserklärungen der Vorgeschlagenen voraus.

4. Literatur

In der Literatur wird als Fallgruppe des § 22a Abs. 3 Fall 3 InsO gerade genannt, dass die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters sofort erfolgen muss, ohne dass die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses abgewartet werden kann.⁵³⁸

Die Kölner Insolvenzrichter halten die gesetzliche Ausgestaltung des Bestimmungsrechts des Gläubigerausschusses gar für praxisuntauglich.⁵³⁹ Zwar halten sie die frühzeitige Einbeziehung der Gläubiger durch den Schuldner für unerlässlich. Die formelle Konstituierung und Beschlussfassung durch einen vorläufigen Gläubigerausschuss komme aber zu spät. Stattdessen hätten sich die informellen Vorgespräche eingebürgert.

⁵³⁵ AG Ludwigshafen, 4.5.2012 – 3f IN 103/12, ZIP 2012, 2310.

⁵³⁶ AG Hamburg, 26.9.2013 – 67c IN 320/13, ZIP 2013, 2418.

⁵³⁷ AG Hamburg, 26.9.2013 – 67c IN 320/13, ZIP 2013, 2418.

⁵³⁸ *Frind*, in: *HambKomm*, § 22a Rn. 21; *Schmerbach*, in: *FK-InsO* § 22a Rn. 50.

⁵³⁹ *Laroche/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender*, ZIP 2014, 2153, 2155 ff.

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Der BAKinso e.V. fordert auf seiner Jahrestagung 2014 eine deutliche Erhöhung der „Pflichtausschuss-Grenzen“ des § 22a Abs. 1 InsO.⁵⁴⁰ Zur Begründung verweist der BAKinso e.V. allerdings allein auf die geringe Zahl an besetzungsbereiten Mitgliedern für einen Gläubigerausschuss.

Der DAV plädiert für eine Stärkung der Kontrollmöglichkeiten der einzelnen Ausschussmitglieder während des Verfahrens.⁵⁴¹ Jedem Mitglied sollte das Recht eingeräumt werden, die Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters beim Insolvenzgericht zu beantragen. Damit solle einhergehen, dass jedem Mitglied ausdrücklich im Gesetz die Pflicht auferlegt werden solle, Umstände anzuzeigen, die die mit Masseschmälerungen einhergehende Benachteiligung der Gläubigergesamtheit befürchten lassen.

6. Fallstudien

In Fallstudie Nr. 4 hatte sich der Schuldner bereits vor Insolvenzantrag mit den späteren Gläubigerausschussmitgliedern zu einer Sitzung zusammengefunden und sich auch auf eine Person als Sachwalter geeinigt. Der Versuch des Schuldners, sich vorab auch mit dem Gericht abzustimmen, scheiterte indessen. Im Verlaufe des Verfahrens kam es zu erheblichen Meinungsunterschieden zwischen dem Schuldner und seinem Berater einerseits und dem Gericht andererseits. Auch in weiteren Fällen haben sich die designierten Mitglieder eines Gläubigerausschusses bereits vor Antragstellung versammelt oder jedenfalls ihr Einverständnis mit der Bestellung eines bestimmten Amtswalters erklärt (vgl. Fallstudien Nr. 1, 5).

In Fallstudie Nr. 3 wurde der Pflichtausschuss nach § 22a InsO drei Wochen nach Verfahrensantrag gebildet. Der Antrag hatte keinen Vorschlag für mögliche Ausschussmitglieder enthalten.

7. Bewertung

Während die Untersuchung zur Akzeptanz der Neureglung unter I. ein überwiegend positives Echo ergab, zeigt sich bei Betrachtung der konkreten Möglichkeiten der Gläubiger, auf die Verwalterbestellung einzuwirken, ein kritischeres Bild. Vor diesem Hintergrund ergeben sich folgende Handlungsalternativen:

Option 1: Erstens kommt in Betracht, keine Änderungen vorzunehmen, um es bei den positiven Auswirkungen des ESUG zu belassen, auch wenn diese häufig nur ein Signal be-

⁵⁴⁰ Entschließung der BAKinso-Jahrestagung 2014, S. 2.

⁵⁴¹ DAV, Stellungnahme, S. 3, 11.

wirkt haben, die Gläubigerbeteiligung bei der Verwalterauswahl aber tatsächlich durch eine nicht gesetzlich geregelte Abstimmung von Gläubigern und Insolvenzgericht erfolgt.

Option 2: Zweitens ist in Erwägung zu ziehen, die Gläubigerbeteiligung bei Antragsstellung, sprich den vor-vorläufigen Gläubigerausschuss, zu regeln. Für eine solche Regelung spricht, dass allein in diesem Stadium tatsächlich eine Einwirkung auf die Verwalterbestellung möglich ist. Der Zielrichtung des ESUG würde es entsprechen, die Gläubigerkompetenzen weiter zu stärken. Damit würde einhergehen, auch die Einflussmöglichkeiten des Schuldners zu erhöhen, weil dieser regelmäßig die Hoheit über die Antragstellung innehat. Das Gericht müsste dann noch verantwortungsvoller seine Kontrollkompetenzen wahrnehmen. Dem trägt das vom DAV vorgeschlagene Begründungserfordernis Rechnung. Das Gericht könnte sich auch neben dem vorläufigen Insolvenzverwalter noch eines von ihm auszuwählenden Sachverständigen bedienen. Schließlich kann der Ex-post-Kontrolle hohe Bedeutung zukommen. Entsprechend dem Vorschlag des DAV lassen sich Antragsrechte dafür statuieren, einen zur Kontrolle berufenen Sonderinsolvenzverwalter zu bestellen.

Option 3: Eine dritte Möglichkeit bestände darin, die Gläubigerkompetenzen im vor-vorläufigen Gläubigerausschuss zwar zu regeln, dem Gericht aber unentziehbare Mitentscheidungskompetenzen zu belassen. So könnte die Wahl der Gläubiger auf beim zuständigen Gericht gelistete Bewerber beschränkt werden. Oder entsprechend dem unter II. 5. u. 7. erörterten Vorschlag des BAKinso e.V. zu § 56a InsO könnte das Bestimmungsrecht der Gläubiger gar auf eine bestimmte Anzahl an Kandidaten beschränkt werden, unter denen das Insolvenzgericht die Auswahl des Insolvenzverwalters zu treffen hätte.

Diese Vorschläge beziehen sich allesamt auf den Zeitpunkt der Beteiligung des Ausschusses. Entsprechenden Diskussionsbedarf haben die Größengrenzen des § 22a Abs. 1 InsO nicht ausgelöst, von denen die grundsätzliche Pflicht abhängt, einen vorläufigen Gläubigerausschuss zu bilden. Überwiegend werden diese Schwellenwerte für praktikabel gehalten. Allein der BAKinso e.V. formuliert Vorbehalte, die sich aber allein auf der Möglichkeit gründen, in hinreichender Zahl Ausschussmitglieder zu finden. Auf damit zusammenhängende Probleme ist sogleich unter V. zurückzukommen.

8. Empfehlung

Von den unter 7. skizzierten Möglichkeiten entwickelt die zweite die mit dem ESUG eingeschlagene rechtspolitische Richtung konsequent weiter. Einem erstmals vorzusehenden vor-vorläufigen Gläubigerausschuss ist die Kompetenz einzuräumen, den Insolvenzverwalter auszuwählen. Der Beeinträchtigung der Unabhängigkeit kann das Gericht in Wahrnehmung seiner Kontrollbefugnisse entgegenwirken. Diese Weichenstellung ist insbesondere auch

dann zu begrüßen, wenn man den unter B. empfohlenen Weg geht, die Voraussetzungen der Eigenverwaltung restriktiver zu regeln. Die Einflussmöglichkeiten, die dort verloren gehen, werden dann an dieser Stelle ausgeglichen.

V. Zusammensetzung des Ausschusses

Die Qualität der Arbeit des Gläubigerausschusses hängt maßgeblich auch von der Zusammensetzung dieses Ausschusses ab. Daher soll hier noch auf damit zusammenhängende Aspekte wie Auswahl, Unabhängigkeit, Professionalisierung, Haftung, Vergütung eingegangen werden.

1. Ergebnis der Befragung

Zur Ausgestaltung des Amtes der Gläubigerausschussmitglieder zeigen sich unterschiedliche Einschätzungen. Zwar spricht sich insgesamt die Mehrheit dafür aus, die Vergütung der Ausschussmitglieder zu erhöhen (Abb. 11: $M = 2,72$), während sich keine Mehrheit bei der Frage feststellen lässt, ob die Haftung der Mitglieder zu beschränken ist (Abb. 11: $M = 2,47$). Es zeigen sich aber wieder deutlich gruppenspezifische Unterschiede. So treten insbesondere die Richter und Rechtspfleger diesen Änderungen entgegen (Tab. 18: Gruppenmittelwert: 2,15/2,08), während die Banken sich dafür aussprechen (Tab. 18: Gruppenmittelwert: 3,06/3,33). Auffällig ist, dass den betroffenen typischen Gläubigervertretern wie Banken (siehe gerade) und öffentlich-rechtlichen Gläubigern (Tab. 18: Gruppenmittelwert 2,51/3,06) deutlich mehr an einer Haftungsprivilegierung als an einer Vergütungserhöhung gelegen ist.

In den Freitextanmerkungen zur Gläubigerbeteiligung fordern drei Befragte eine Professionalisierung der Ausschussmitglieder. Kleingläubiger seien überfordert. Von dem Erfordernis der Gläubigerstellung sollte entsprechend § 67 Abs. 3 InsO auch im vorläufigen Verfahren Abstand genommen werden. Das wird insbesondere auch für Arbeitnehmervertreter (Gewerkschaften) gefordert.

Eine Stimme fordert, vor der Bestellung eine formalisierte Befragung, um über Bereitschaft, Auswahl und Schuldnerinfluss Informationen zu erhalten. In eine ähnliche Richtung zielt die Feststellung, dass die nicht kontrollierte Auswahl der Ausschussmitglieder durch den Schuldner die Neigung in sich berge, die Gläubiger zu benachteiligen.

Zur Zusammensetzung des Gläubigerausschusses hat durchaus eine Reihe der Befragten angegeben, dass häufig dem Schuldner nahe stehende Personen Mitglieder wurden (Abb. 5: Gesamtmittelwert: 2,08).

2. Sonstige ESUG-Studien

Die Studie von Noerr/McKinsey kommt zu dem Ergebnis, dass 82% der Befragten die Mitglieder für zunehmend professioneller halten.⁵⁴²

In dem Expertengespräch auf dem ZIP-Kolloquium wurde erörtert, wie die Repräsentation der Gläubiger durch den Ausschuss sichergestellt werden kann.⁵⁴³ Einstimmig wurde zum einen für eine Ergänzung des § 22a Abs. 2 InsO votiert. Wenn der Schuldner von der dort geregelten Möglichkeit Gebrauch mache, im Rahmen der Insolvenzantragstellung Einverständniserklärungen von möglichen Mitgliedern eines vorläufigen Gläubigerausschusses vorzulegen, solle der Insolvenzantrag eine kurze Begründung beinhalten, welche Gesichtspunkte dafür sprechen, dass der vorgeschlagene Gläubigerausschuss die Gläubigerschaft repräsentiert. Zum anderen wurde einstimmig für eine Änderung von § 67 InsO votiert. Die derzeitige Formulierung ermögliche keine repräsentative Abbildung der Gläubigerinteressen. Kleingläubiger bräuchten in der Regel nicht beteiligt zu werden. Des Weiteren wurde einstimmig dafür plädiert, die Vergütung der Gläubigerausschussmitglieder zu erhöhen.

3. Rechtsprechung

Zu dem Verhältnis von Haftungsrisiko und Vergütung hat der BGH eine wichtige Weichenstellung getroffen.⁵⁴⁴ Jedenfalls in umfangreichen Insolvenzverfahren stehe den Mitgliedern des Gläubigerausschusses ein Anspruch darauf zu, dass die Prämien einer angemessenen Haftpflichtversicherung nach § 18 InsVV übernommen werden. Da § 4 Abs. 3 Satz 1 InsVV auf die Vergütung der Mitglieder des Gläubigerausschusses nicht entsprechend anwendbar sei, seien die Kosten der Haftpflichtversicherung anders als beim Insolvenzverwalter nicht mit der Vergütung abgegolten.

Das AG Konstanz hatte die derzeitige geltende Vergütungsregelung in § 17 InsVV ausulegen.⁵⁴⁵ Den Mitgliedern stehe neben der Pauschale in Höhe von 300 Euro eine zeitbezogene Vergütung nach den allgemeinen Regelungen des § 17 Abs. 1 InsVV zu. Von dem nachzuweisenden Aufwand würden hierbei alle Zeiten erfasst, die mit der Ausschusstätigkeit in Zusammenhang stünden, einschließlich Fahrtzeiten sowie Vor- und Nacharbeiten.

⁵⁴² Noerr/McKinsey, InsO-Studie 2015, S. 12, 15.

⁵⁴³ *Brinkmann/Denkhaus/Horstkotte/Schmidt/Westpfahl/Wierzbinski/Ziegenhagen*, Evaluierung des ESUG, ZIP 2017, 2430.

⁵⁴⁴ BGH, 29.3.2012 – IX ZB 310/11, ZIP 2012, 876 Rn. 9.

⁵⁴⁵ AG Konstanz, 11.8.2015 – 40 IN 408/14, ZIP 2015, 1841.

Das AG Ludwigshafen sprach sich dafür aus, dass im Fall einer Betriebsfortführung ein vorläufiger Gläubigerausschuss grundsätzlich über 5 Mitglieder verfügen müsse.⁵⁴⁶

Eine Entscheidung des LG Kleve hatte das Beschwerderecht des Schuldners aus § 21 Abs. 1 Satz 2 InsO zum Gegenstand.⁵⁴⁷ Davon werde nur das „Ob“ der Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses, nicht dagegen die Frage der Auswahl der Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses erfasst.

4. Literatur

Die Kölner Insolvenzrichter bekunden Schwierigkeiten bei der Besetzung der Ausschüsse.⁵⁴⁸ Seien die Schwellenwerte für Pflichtausschüsse nicht erreicht, unterließen Schuldner vielfach die Angabe von geeigneten Personen. Das habe in Eigenverwaltungsverfahren zuweilen taktische Gründe, beruhe sonst aber auch häufig darauf, dass schlicht nicht hinreichend geeignete Kandidaten zur Verfügung stünden. Nicht selten würden Gläubigervertreter, namentlich Banken, keine Bereitschaft zeigen zu amtieren. Für grundsätzlich angemessen halten die Kölner Insolvenzrichter eine Besetzung des Ausschusses mit fünf Mitgliedern, weil dies die kleinste ungerade Zahl sei, mit der die vier in § 67 Abs. 2 InsO genannten Gruppen repräsentiert werden könnten.⁵⁴⁹

Ein Streitpunkt ist auch in der Literatur der fehlende Verweis des § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO auf § 67 Abs. 3 InsO. Insbesondere für Arbeitnehmervertreter wird eine Klarstellung eingefordert, dass diese auch durch Gewerkschaftsvertreter repräsentiert werden dürfen.⁵⁵⁰

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Eine Reihe von Verbänden betont, dass die Professionalität der Ausschussmitglieder für das Gelingen ihrer Amtstätigkeit von überragender Bedeutung sei.⁵⁵¹ Der Deutsche Gläubigerkongress hebt ebenfalls das Erfordernis hohen Sachverständs der Ausschussmitglieder hervor.⁵⁵² Zu diesem Zwecke solle geregelt werden, dass entsprechend § 67 Abs. 3 InsO auch sachverständige Dritte in einen vorläufigen Gläubigerausschuss gewählt werden dürf-

⁵⁴⁶ AG Ludwigshafen, 4.5.2012 – 3f IN 103/12, ZIP 2012, 2310.

⁵⁴⁷ LG Kleve, 4.4.2013 – 4 T 32/13, ZIP 2013, 992.

⁵⁴⁸ *Laroche/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender*, ZIP 2014, 2153, 2155.

⁵⁴⁹ *Laroche/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender*, ZIP 2014, 2153, 2156.

⁵⁵⁰ *Marotzke*, KTS 2014, 113, 124; *Wroblewski*, ZInsO 2014, 115 ff.

⁵⁵¹ ESUG 2.0, Deutschland als Sanierungsstandort weiter ausbauen, Positionspapier BV ESUG, S. 4 f.; Forum 270, Grundsätze, S. 6 f.

⁵⁵² Entschließung Deutscher Gläubigerkongress 2015, S. 2.

ten. Auch die Möglichkeit, dass Ausschussmitglieder sich durch sachverständige Personen begleiten oder vertreten lassen können, müsse geregelt werden. Schließlich seien die schon seit langer Zeit nicht mehr angemessenen Stundensätze deutlich zu erhöhen.

Die AsJ weist auf die fehlende Organisationsstruktur für Gläubiger hin.⁵⁵³ Dieses Defizit, so lässt sich ergänzen, macht die Vertretung der Kleingläubiger besonders schwierig. Während in Österreich beispielweise eine starke Gläubigervertretung besteht, fehlt diese in Deutschland.

Der DAV fordert, dass das Insolvenzgericht seine Entscheidung über die Auswahl der Ausschussmitglieder begründen müsse.⁵⁵⁴ Im Rahmen der Entscheidung solle das Gericht auch andere Gläubiger der in § 67 Abs. 2 InsO genannten Gläubigergruppen hören.

Der BAKinso e.V. hat zunächst auf seiner Jahrestagung 2013 einige Thesen zur Auslegung des Gesetzes entwickelt.⁵⁵⁵ So habe das Insolvenzgericht unabhängig von jeglicher Einflussnahme Dritter oder Beteiligter die Auswahlentscheidung zu treffen, damit die Gläubiger nach Maßgabe von § 67 Abs. 2 InsO repräsentiert werden. Diese Entscheidung stelle eine nicht rechtsmittelbewehrte Ermessensentscheidung dar. Der vorläufige Gläubigerausschuss solle mit dem Wohl der gesamten Gläubigerschaft verpflichteten und entweder mit den Besonderheiten des Unternehmens vertrauten oder insolvenzrechtlich kündigen Personen besetzt sein. Zu diesem Zweck fordert der BAKinso e.V. die Klarstellung in § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO, dass für den Arbeitnehmervertreter § 67 Abs. 3 InsO entsprechend gelte, so dass Gewerkschaftsvertreter der jeweiligen zuständigen Gewerkschaften in den vorläufigen Gläubigerausschuss berufen werden könnten. Schließlich sei entsprechend klarzustellen, dass der gemeinsame Vertreter nach dem Schuldverschreibungsgesetz in den Ausschuss berufen werden könne.

6. Fallstudien

In dem Fallstudie Nr. 3 zugrunde liegenden Verfahren wurde intensiv unter den Beteiligten die Möglichkeit diskutiert, solche Personen zu Ausschussmitgliedern zu bestellen, die selbst keine Gläubiger sind, wie es § 67 Abs. 3 InsO für das eröffnete Verfahren zulässt. Konkret wurde es für Gewerkschaftsvertreter erörtert.

⁵⁵³ Stellungnahme zur ESUG-Evaluation, Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen und Juristinnen (AsJ) – Arbeitskreis Insolvenzrecht, ZInsO 2017, 2536.

⁵⁵⁴ DAV, Stellungnahme, S. 10.

⁵⁵⁵ Entschließung der BAKinso-Jahrestagung 2014 unter Bezugnahme auf BAKinso Jahrestagung 2013, S. 2.

Bei Fallstudie Nr. 4 hat sich der Verdacht ergeben, dass es dem Kleingläubigervertreter an der erforderlichen Unabhängigkeit fehlte. Bei diesem handelte es sich um den Wirtschaftsprüfer der Schuldnerin, der dieser und deren Gesellschaftern sehr nahe gestanden haben mag („family&friends“). Fallstudie Nr. 5 offenbart nicht ebenso deutliche Zweifel der Beteiligten an der Unabhängigkeit der Ausschussmitglieder. Es lassen sich aber angesichts der Ergebnisse des bestätigten Plans Zweifel äußern, ob alle Ausschussmitglieder unabhängig und kompetent die Gläubigerinteressen in den Fokus ihrer Erwägungen gestellt haben.

7. Bewertung

Die Untersuchung zeigt, dass einerseits Besetzungsprobleme auszumachen sind, andererseits der Professionalität der Ausschussmitglieder hohe Bedeutung beigemessen wird. Das legt folgende Möglichkeiten nahe:

Erstens gilt es den für den vorläufigen Gläubigerausschuss fehlenden Verweis auf § 67 Abs. 3 InsO zu überdenken. Die Öffnung der Mitgliedschaft für Nichtbeteiligte würde ermöglichen, auf einen deutlich größeren Kreis an Experten zuzugreifen. Für Arbeitnehmervertreter erscheint die Öffnung besonders geboten. Gleichzeitig ist die zwingende Einbeziehung der Kleingläubiger in den Kreis der Mitglieder in § 67 Abs. 2 InsO insbesondere eines vor-vorläufigen Gläubigerausschusses zu überdenken. Mangels hinreichender Organisation sind sie nicht erreichbar. Eine kompetente Vertretung durch den im Einzelfall erreichten Kleingläubiger ist selten gegeben.

Zweitens wird die Vergütung zu überdenken sein. Professioneller Sachverstand kostet Geld. Wo das zu aufwendig erscheint, sorgt § 22a Abs. 3 Fall 2 InsO vor. Die Details bleiben einer Reform der InsVV vorbehalten, die hier schon mehrfach angeregt wurde.

Eher auf Bedenken stößt hingegen die von vielen potentiellen Ausschussmitgliedern erwünschte Haftungserleichterung. Es bedeutete doch einen Bruch, gerade die Gläubigerausschussmitglieder von einer Haftung für Pflichtverletzung auszunehmen. Im Zuge der Überlegungen zu einer Vergütungsanpassung ist freilich zu berücksichtigen, dass die Erstattung der Prämie einer Haftpflichtversicherung nach der Rechtsprechung des BGH neben die Vergütung tritt.

Drittens ist an eine Begründung der Auswahl der Ausschussmitglieder zu denken. Auf dem ZIP-Kolloquium wurde das für den Schuldnerorschlag gefordert, der DAV verlangt das für die gerichtliche Entscheidung.

8. Empfehlung

Zur Besetzung des (vor-)vorläufigen Gläubigerausschusses ist der Verweis des § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a InsO auf § 67 InsO so auszuweiten, dass er sich auch auf § 67 Abs. 3 InsO erstreckt. Von der Beteiligung von Kleingläubigern sollte indessen abgesehen werden können. Die Vergütung der Ausschussmitglieder ist im Rahmen einer Vergütungsreform neu zu regeln und sollte sich für professionelle Mitglieder tendenziell erhöhen.

E. Gerichtsorganisation

Die Analyse zur Gerichtsorganisation basiert auf der Leitfrage 4. Diese lautet:

Ist die Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger angemessen oder sollte im Interesse einer effektiven Verfahrensabwicklung die funktionelle Zuständigkeit neu austariert werden?

Entsprechend dieser Leitfrage geht die Untersuchung im Folgenden zunächst auf die Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger ein. Anschließend ist noch die Sachkunde der Gerichtspersonen im Hinblick auf den durch das ESUG eingeführten § 22 Abs. 6 GVG in den Blick zu nehmen. Schließlich sind die Tendenzen zur Zuständigkeitskonzentration bei den Gerichten sowie zu sonstiger einheitlicher Handhabung von Verfahrensfragen zu würdigen.

I. Angemessenheit der Aufgabenverteilung (funktionelle Zuständigkeit)

Durch die Neuregelung in § 18 Abs. 1 Nr. 2 RPfIG hat das ESUG bestimmt, dass das Insolvenzplanverfahren dem Richter vorbehalten bleibt. Eine weitergehende Kompetenzverlagerung hat das ESUG im Übrigen nicht vorgesehen, so dass es insoweit bei dem Grundsatz des § 18 Abs. 1 Nr. 1 RPfIG bleibt, dass dem Richter das Verfahren nur bis zur Eröffnungsentscheidung vorbehalten ist.

1. Ergebnis der Befragung

Die Mehrheit der Befragten bekundet, dass nach ihren Erfahrungen die Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger sich als angemessen erwiesen hat (Abb. 7: M = 2,7). Insoweit lassen sich keine erheblichen Abweichungen zwischen den befragten Gruppen feststellen (Abb. 6).

Nur eine knappe Mehrheit der Befragten hält es für wichtig, dass die Verfahrensdurchführung in Eigenverwaltungsverfahren noch stärker vom Richter statt vom Rechtspfleger übernommen wird (Abb. 12: M = 2,61). Gerade in der Gruppe der Richter und Rechtspfleger ist die Zustimmung zu dieser These deutlich am geringsten (Tab. 18: Gruppenmittelwert: 2,10).

Auch aus den Angaben zur Verfahrensdauer lässt sich keine Kritik an der Aufgabenverteilung zwischen Rechtspfleger und Richter ablesen. Denn nur nach den Erfahrungen einer Minderheit der Befragten hat sich die Dauer von ESUG-Verfahren häufiger als Sanierungshemmnis erwiesen (Abb. 7: M = 2,07).

In den Freitextanmerkungen nehmen fünf Befragte kritisch zur Regelung der funktionellen Zuständigkeit in Planverfahren Stellung. Die Zuständigkeit solle zurück auf den Rechtspfleger übertragen werden. Dieser sei der Aufgabe vollauf gewachsen. Die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Richter und Rechtspfleger verkompliziere das Verfahren indessen. Die gesetzliche Regelung sehe auch keine hinreichend klare Abgrenzung der Kompetenzen vor. Ein Befragter kritisiert die Aufgabenverteilung: wenn der Richter das gesamte Verfahren an sich ziehe, müsse er auch die Schlussrechnung prüfen und die Vergütung festsetzen, womit er sonst der Art der Aufgabe nach nicht befasst und folglich unerfahren sei. Belasse der Richter diese Tätigkeiten beim Rechtspfleger, sei diesem die Entscheidung über Zuschläge erschwert, weil er das Verfahren nicht betreut habe.

2. Sonstige ESUG-Studien

Die sonstigen ESUG-Studien befassen sich nicht mit der Aufgabenverteilung von Richter und Rechtspfleger.

3. Rechtsprechung

Das AG Ludwigshafen hatte zur Frage Stellung zu nehmen, wer für die Schlussrechnungsprüfung im Planverfahren zuständig ist.⁵⁵⁶ Das Gericht lehnt eine Zuständigkeit des Richters ab. Der Vorbehalt des § 18 Abs. 1 Nr. 2 RPfIG greife nicht, weil es sich bei der Schlussrechnung nicht um einen planspezifischen Verfahrensteil handele.

4. Literatur

In der Literatur wird die durch das ESUG in § 18 Abs. 1 Nr. 2 RPfIG eingeführte Zuständigkeitsverlagerung vom Rechtspfleger auf den Richter teilweise als nicht notwendig kritisiert.⁵⁵⁷ Die Rechtspfleger seien seit jeher in der Lage, Planverfahren abzuwickeln. Parallel wird eine Diskussion darüber geführt, die Verbraucherinsolvenzverfahren vollständig auf den Rechtspfleger zu übertragen.⁵⁵⁸

Umstritten ist die Reichweite des Richtervorbehalts in § 18 Abs. 1 Nr. 2 RPfIG. Teilweise wird eine Aufspaltung der Betreuung des Verfahrens angenommen.⁵⁵⁹ Der Richter sei – wie auch das AG Ludwigshafen argumentiert⁵⁶⁰ – allein für die planspezifischen Regelungen

⁵⁵⁶ AG Ludwigshafen, 10.4.2015 – 3f IN 27/14 Lu, ZIP 2015, 991.

⁵⁵⁷ *Lissner*, ZInsO 2016, 377, 380 f.; *Thies*, in: HambKomm, Vor §§ 217 ff. Rn. 14a.

⁵⁵⁸ Zuletzt *Lissner*, ZInsO 2016, 377 ff.

⁵⁵⁹ *Thies*, in: HambKomm, Vor §§ 217 ff. Rn. 14d.

⁵⁶⁰ AG Ludwigshafen, 10.4.2015 – 3f IN 27/14 Lu, ZIP 2015, 991.

zuständig, die übrige Verfahrensabwicklung wie eben die Vergütungsfestsetzung und Schlussrechnungsprüfung liege beim Rechtspfleger. Nach der Gegenauffassung obliegt dem Richter die gesamte Verfahrensabwicklung.⁵⁶¹

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Der BAKinso e.V. fordert in seiner EntschlieÙung von 2014 die Streichung von § 18 Abs. 1 Nr. 2 RPfIG⁵⁶², um die innergerichtliche Arbeitsteilung wieder zu verbessern und Verfahrensverzögerungen zu vermeiden. Hilfsweise müssten klare Zuständigkeitsabgrenzungen vorgenommen werden, für welche Verrichtungen, welche Gerichtsperson zuständig ist. Mit dieser EntschlieÙung fasste der BAKinso e.V. seine EntschlieÙung aus 2013 zusammen.⁵⁶³

Andere Verbände enthalten sich zu dieser Frage einer Stellungnahme. Die AsJ sah beispielsweise ausdrücklich von einer Stellungnahme zur vierten Evaluationsfrage ab.⁵⁶⁴

6. Bewertung

Das Meinungsbild zur Aufgabenverteilung von Richtern und Rechtspflegern ist kontrovers. Es lassen sich insgesamt drei Richtungen ausmachen, in die man rechtspolitisch gehen könnte.

Erstens bietet es sich an, es bei der durch das ESUG vorgenommenen Aufgabenübertragung nach § 18 Abs. 1 Nr. 2 RPfIG zu belassen. Zwar gibt es gerade von Seiten der Richter und Rechtspfleger eine gewisse Unzufriedenheit mit der Reform. Es lässt sich aber nicht nachweisen, dass sich die Neuregelung nicht bewährt habe. Als Variation dieser Option kommt in Betracht, die aufgetretenen Auslegungsprobleme zum Umfang des Richtervorbehalts im Gesetz zu klären. Aber auch dafür wird kein unabweisbares Bedürfnis artikuliert.

Zweitens kommt in Betracht, den Richtervorbehalt für das Planverfahren wieder aufzuheben oder auf bestimmte besonders einschneidende Maßnahmen wie den Zwangseingriff in Gesellschafterrechte zu beschränken. Dieses Vorgehen entspräche den Forderungen, die kurz nach Inkrafttreten des ESUG der Verband erhoben hat, der die Richter und Rechtspfle-

⁵⁶¹ Frege/Keller/Riedel, Insolvenzrecht, Rn. 221.

⁵⁶² EntschlieÙung der BAKinso-Jahrestagung 2014, S. 4.

⁵⁶³ BAKinso Jahrestagung 2013, S. 1 f.

⁵⁶⁴ Stellungnahme zur ESUG-Evaluation, Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen und Juristinnen (AsJ) – Arbeitskreis Insolvenzrecht, ZInsO 2017, 2536, 2537. – Vgl. auch DAV, Stellungnahme, der nur auf die Forschungsleitfragen 1 bis 3 eingeht.

ger repräsentiert. Jedoch zeigen die Ergebnisse der Befragung nicht, dass in der Breite ein entsprechendes Bedürfnis gesehen wird.

Drittens könnten die Aufgaben auch in Eigenverwaltungsverfahren dem Richter in weite-rem Umfang vorbehalten werden. Eine Handlungsnotwendigkeit lässt sich auch insoweit kaum feststellen.

7. Empfehlung

Unter dem Strich lässt sich im Hinblick auf die Aufgabenverteilung von Richter und Rechtspfleger ein dringlicher rechtspolitischer Handlungsbedarf nicht feststellen. Vielmehr hat die Neuregelung durch das ESUG in § 18 Abs. 1 Nr. 2 RPfIG demonstriert, dass mit jeder Zuständigkeitsveränderung neue Auslegungsprobleme entstehen, die die Verfahrensabwicklung belasten. Vor diesem Hintergrund und angesichts der bei der Befragung ermittelten Zufriedenheit der Beteiligten sprechen gute Gründe dafür, die Regelungen zur funktionellen Zuständigkeit in § 18 RPfIG nicht zu ändern.

II. Kompetenz, Sachkunde und Erfahrung der beteiligten Gerichtspersonen

Der durch das ESUG eingefügte § 22 Abs. 6 Satz 2 GVG lautet: „Richter in Insolvenzsa-chen sollen über belegbare Kenntnisse auf den Gebieten des Insolvenzrechts, des Handels- und Gesellschaftsrechts sowie über Grundkenntnisse der für das Insolvenzverfahren not-wendigen Teile des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts und des Rechnungswesens verfügen.“ Auf europäischer Ebene formuliert Art. 24 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags über präventive Restrukturierungsrahmen Anforderungen an die Aus- und Weiterbildung von Richtern und Rechtspfleger.⁵⁶⁵ Recht allgemein wird ein Niveau verlangt, das den Verantwortlichkeiten entspricht.

Die Qualität der Verfahrensbearbeitung durch die Insolvenzgerichte hängt aber nicht nur von der Aus- und Weiterbildung, sondern auch den Erfahrungen ab, die Richter oder Rechtspfleger am Insolvenzgericht sammeln. Daher steht die Diskussion über die Konzentra-tion der Insolvenzgerichte in einem engen Zusammenhang mit dem Streben nach Qualität der bei Gericht tätigen Personen. So sieht es auch der Gesetzgeber selbst. Durch das Ge-setz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen wurde § 2 Abs. 3 InsO ge-schaffen, der zum 21.4.2018 in Kraft getreten ist.⁵⁶⁶ Danach sollen die Länder je Bezirk eines Oberlandesgerichts ein Insolvenzgericht bestimmen, das für Anträge von konzernverbunde-

⁵⁶⁵ Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission vom 22.11.2016, COM (2016) 723 final.

⁵⁶⁶ Gesetz vom 13.3.2017 (BGBl. I, S. 866).

nen Schuldnern zuständig ist. Ziel dieser Regelung ist laut Regierungsentwurf, dass „Richter und Rechtspfleger an den Insolvenzgerichten durch wiederholte Behandlung ähnlicher Fälle besondere Erfahrung und Sachkunde in Insolvenzsachen erwerben“.⁵⁶⁷ Das führt zum Regierungsentwurf für das ESUG zurück. Dieser sah vor, durch eine Neuregelung in § 2 Abs. 2 InsO auszuschließen, dass abweichend von § 2 Abs. 1 InsO in einem Ladgerichtsbezirk mehr als nur ein Amtsgericht für Insolvenzsachen zuständig ist.⁵⁶⁸ Dieser Vorschlag wurde jedoch vom Rechtsausschuss gestrichen.⁵⁶⁹

Im Folgenden soll daher der Qualifikation des einzelnen beim Insolvenzgericht tätigen Rechtspflegers oder Richters nachgegangen werden, bevor dann unter III. darüber hinausgehend weitere Konzentrationstendenzen in den Blick genommen werden, die die Qualität der Insolvenz- und Restrukturierungsabwicklung verbessern sollen.

1. Ergebnis der Befragung sowie Statistik

Aufgrund ihrer Erfahrungen bekundeten die Befragten mehrheitlich, dass die Gerichte im Großen und Ganzen mit den ESUG-Verfahren kompetent umgegangen sind (Abb. 7: M = 2,88). Allerdings gibt es durchaus Ausnahmen, was sich daran ablesen lässt, dass das Echo auf die Frage, ob es zuweilen zu Beeinträchtigungen wegen fehlender Erfahrungen der Gerichtspersonen kam, geteilt ausfällt (Abb. 7: M = 2,53). Nach den Erfahrungen nur einer knappen Minderheit der Befragten sind die Richter und Rechtspfleger der wirtschaftlichen Komplexität des Sanierungsprozesses regelmäßig gut gewachsen (Abb. 7: M = 2,34). Eine deutliche Mehrheit der Befragten ist der Auffassung, dass die Qualifikationsanforderungen an die Richter der Insolvenzgerichte erhöht werden sollten (Abb. 7: M = 3,16).

Nach den Erfahrungen der Mehrheit der Befragten hat die unterschiedliche Behandlung von ESUG-Verfahren durch die einzelnen Gerichte die Planbarkeit des Sanierungsprozesses erschwert (Abb. 7: M = 2,87). Eine knappere Mehrheit der Befragten gab an, dass diese unterschiedliche Behandlung zu Ausweichstrategien wie Sitzverlegungen geführt habe (Abb. 7: M = 2,61). Diese Erfahrungen zeigen, dass die bundeseinheitliche Abwicklung von Insolvenzsachen durch die Insolvenzgerichte institutionell nicht gewährleistet wird.

Die Auswertung der statistischen Daten über Eigenverwaltungsverfahren ergibt, dass die fehlende Gerichtskonzentration dazu führt, dass eine Reihe von Gerichten mit solchen Verfahren ausgesprochen selten befasst ist. Entsprechend Tab. 9 wurden nur an 46 der 192 Gerichtsstandorte zehn oder mehr solcher Eigenverwaltungsverfahren durchgeführt. Zwan-

⁵⁶⁷ BT-Drucks. 18/407, S. 25 f.

⁵⁶⁸ BT-Drucks. 17/5712, S. 22.

⁵⁶⁹ BT-Drucks. 17/7511, S. 33.

zig Standorte decken etwa 45 % aller Eigenverwaltungsverfahren ab. Das soll veranschaulichen, dass an einer Reihe von Gerichten Eigenverwaltungsverfahren durchgeführt wurden, ohne dass die ausreichende Erfahrung bestand, um Routinen zur Bearbeitung dieser Verfahren aufzubauen. Misst man den Verfahrensablauf anhand des von § 270b InsO in Bezug genommenen Verfahrensziels einer Aufhebung des Verfahrens nach Planbestätigung gem. § 258a InsO, lässt sich ausweislich Tab. 10 aber nicht feststellen, dass dieses Ergebnis bei den Gerichten relativ häufiger erzielt wurde, bei denen mehr Verfahren durchgeführt wurden.

Von den Befragten plädiert eine klare Mehrheit dafür, zentralisierte Zuständigkeiten für ESUG-Verfahren zu errichten (Abb. 12: M = 2,90). Sehr knapp fällt die Mehrheit allerdings in der Gruppe der Richter und Rechtspfleger aus (Tab. 18: Gruppenmittelwert: 2,54), während die Bankenvertreter (Tab. 18: Gruppenmittelwert: 3,32) sowie die Gruppe der Steuerberater und Betriebswirte (Tab. 18: Gruppenmittelwert: 3,22) am deutlichsten für diese Zentralisierung votieren. Die Unterschiede zwischen den einzelnen Gruppen veranschaulicht Abb. 13.

In drei Freitextanmerkungen wird eine stärkere wirtschaftliche Schulung der Richter eingefordert. Zwei Stimmen vergleichen mit dem Ausland. So werden als Beispiel für entsprechende Kompetenzen die Richter in den USA genannt. Auch wird eine solche Verbesserung angemahnt, um den Insolvenzstandort Deutschland zu stärken. Die dritte Stimme sieht einen Missstand insbesondere darin, dass der Richter für die Prüfung der Eröffnungsvoraussetzungen auf einen Sachverständigen angewiesen sei, der als typischer Kandidat auf das Amt des Insolvenzverwalters aber ein eigenes Interesse an der Eröffnung des Verfahrens habe.

2. Sonstige ESUG-Studien

Nach der aktuellen Studie von Roland Berger/HgGUR ist nach Angaben von nur 28% der Befragten die Professionalität der Richter gestiegen⁵⁷⁰, während in der Vorgängerstudie noch 76 % der Befragten angaben, dass deren fachliche Qualität gestiegen sei.⁵⁷¹ In der aktuellen Studie gaben ferner 8% der befragten Richter an, in 2017 an 10 oder mehr ESUG-Verfahren beteiligt gewesen zu sein.⁵⁷²

In dem Expertengespräch auf dem ZIP-Kolloquium wurde einstimmig eine Konzentration der Insolvenzgerichte bundesweit als ein Desiderat bezeichnet.⁵⁷³

⁵⁷⁰ Roland Berger/HgGUR, 5 Jahre ESUG – eine Bestandsaufnahme, Januar 2018, S. 22.

⁵⁷¹ Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2016, August 2016, S. 24.

⁵⁷² Roland Berger/HgGUR, 5 Jahre ESUG – eine Bestandsaufnahme, Januar 2018, S. 13.

⁵⁷³ Brinkmann/Denkhaus/Horstkotte/Schmidt/Westpfahl/Wierzbinski/Ziegenhagen, Evaluierung des ESUG, ZIP 2017, 2430.

3. Rechtsprechung

Der Rechtsprechung lassen sich keine Aussagen entnehmen.

4. Literatur

In der Literatur wird eingeräumt, dass eine Bewertung des gegenwärtigen Zustands der Insolvenzgerichte schon deswegen schwer fällt, weil es so viele Insolvenzgerichte gibt.⁵⁷⁴ Entsprechend wird eine Konzentration für sinnvoll erachtet.⁵⁷⁵

Was die fachlichen Kompetenzen betrifft, so findet sich die Betonung, dass der Richter eine juristische Ausbildung durchlaufen hat. Ökonomisches Wissen könne grundsätzlich von ihm nicht verlangt werden.⁵⁷⁶ Das stimmt mit § 22 Abs. 6 GVG überein. Von den dort aufgezählten Anforderungen zählt allein das Rechnungswesen auch zu ökonomischen Kompetenzen.

5. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Von Verbandsseite wird in vielen Stellungnahmen Professionalität der Insolvenzgerichte eingefordert, wofür insbesondere eine Konzentration der Insolvenzgerichte dienlich sei. So schlägt der Deutsche Gläubigerkongress als Größenordnung für ein spezialisiertes Gericht für Unternehmensinsolvenzen vor, dass dieses mindestens 100 eröffnete Unternehmensinsolvenzen pro Jahr bearbeite.⁵⁷⁷ DIE FAMILIENUNTERNEHMER e.V. legen ihr besonderes Augenmerk auf die kaufmännische Professionalisierung an den Insolvenzgerichten - und den Prozess- und Rechtsmittelgerichten, die für Insolvenzpläne zuständig sind.⁵⁷⁸ Der BV ESUG e.V. beklagt die unterschiedliche Handhabung der Verfahren. Manche Anträge würden fast kontrollfrei zugelassen, für andere würden zu hohe Hürden aufgebaut. Notwendig sei eine Konzentration bei besonders für Sanierungsverfahren qualifizierten Gerichten.⁵⁷⁹

Der Gravenbrucher Kreis hat sich im Hinblick auf vorinsolvenzliche Restrukturierungsverfahren für die Schaffung spezieller Restrukturierungsgerichte ausgesprochen.⁵⁸⁰ Wie nach

⁵⁷⁴ Beth, ZInsO 2017, 152, 153.

⁵⁷⁵ Schmerbach, in: FK-InsO, § 2 Rn. 63.

⁵⁷⁶ Beth, ZInsO 2017, 152, 155.

⁵⁷⁷ Entschließung Deutscher Gläubigerkongress 2015, S. 2.

⁵⁷⁸ DIE FAMILIENUNTERNEHMER e.V., Stellungnahme ESUG-Evaluation; Verbesserungsvorschläge zu Eigenverwaltung und Insolvenzplan vom 6.3.2018, Vorschlag zu „Gerichtsorganisation: Konzentration und kaufmännische Professionalisierung“.

⁵⁷⁹ ESUG 2.0, Deutschland als Sanierungsstandort weiter ausbauen, Positionspapier BV ESUG, S. 2.

⁵⁸⁰ Gravenbrucher Kreis, ZIP 2016, 1208, 1210.

dem Modell des § 2 Abs. 3 InsO sollte je Oberlandesgerichtsbezirk ein solches Gericht bestimmt werden.

6. Bewertung

Die Stellungnahmen und Erhebungen offenbaren vornehmlich zwei Diskussionspunkte, nämlich zum einen, ob die ökonomischen Kompetenzen der Insolvenzgerichte auszubauen sind, und zum anderen, ob die Verfahren auf spezialisierte Insolvenzgerichte zu konzentrieren sind.

Zwar lässt sich nicht nachweisen, dass die fehlende Konzentration in bestimmten Verfahren sich nachteilig ausgewirkt hat. Ungeachtet dessen offenbart die Untersuchung aber ein deutliches Bedürfnis, Insolvenzverfahren zu konzentrieren. Dringend geboten ist eine deutlich starke örtliche Konzentration, um Expertise und Professionalität an mit ESUG-Verfahren befassten Insolvenzgerichten vorzuhalten.

Was die ökonomischen Kompetenzen der Richter und Rechtspfleger betrifft, lässt sich feststellen, dass diese als ausgesprochen erstrebenswert angesehen werden. Auf welche Weise sich diese aber von den juristisch ausgebildeten Richtern und Rechtspflegern erlangen lassen können, kann diese Untersuchung nicht klären. Im folgenden Abschnitt wird ohnehin noch auf Vorschläge für institutionelle Änderungen der Insolvenzrechtspflege eingegangen.

7. Empfehlung

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die ESUG-Verfahren – im Unterschied zu den bisherigen Konzentrationsvorgaben in § 2 InsO für die Landesjustizverwaltungen verpflichtend – möglichst nach dem Vorbild des § 2 Abs. 3 InsO bei einem Gericht je Bezirk eines Oberlandesgerichts, jedenfalls aber bei maximal einem Gericht je Landgerichtsbezirk zu konzentrieren sind, um dort spezifische Expertise aufzubauen. Zu dieser Expertise zählen auch ökonomische Fertigkeiten.

III. Institutionelle Verbesserungen der Verfahrensbetreuung

Die Diskussion über die bestmögliche Erfüllung der insolvenzgerichtlichen Aufgaben wird sehr breit geführt. Dabei werden nicht nur gerichtsinterne Maßnahmen wie die Koordinierung von Zuständigkeiten erwogen, sondern auch die Frage, ob Aufgaben auf zusätzlich zu schaffende Einrichtungen wie Kammern oder Ämter zu übertragen sind. Da Vorschläge zur Zuständigkeitskonzentration, aber auch zur Gewährleistung der Unabhängigkeit der Funktions-

träger vielfach im Kontext mit diesen grundsätzlichen Vorschlägen stehen, sollen diese hier kurz skizziert werden.

1. Ergebnis der Befragung

Eine deutliche Mehrheit der Befragten tritt dafür ein, mehr zentralisierte Spruchkörper für Insolvenzsachen und insolvenzbezogene Rechtsstreitigkeiten einzurichten (Abb. 12: M = 3,17). Knapp fällt die Mehrheit allerdings in der Gruppe der Richter und Rechtspfleger aus (Tab. 18: Gruppenmittelwert: 2,66), während die Bankenvertreter (Tab. 18: Gruppenmittelwert: 3,46) besonders deutlich für diese Zentralisierung eintreten.

Eine Freitextanmerkung plädiert für eine Aufwertung der Stellung des Insolvenzrichters gleich einem Vorsitzenden einer Kammer für Handelssachen.

2. Sonstige ESUG-Studien und Rechtsprechung

Es liegen zu diesen Fragen weder Ergebnisse aus anderen ESUG-Studien noch Stellungnahmen der Rechtsprechung vor.

3. Literatur

In der Literatur wird eine Reihe von gerichtswirtschaftlichen, aber auch externen Maßnahmen kontrovers diskutiert:

Ein viel diskutierter Vorschlag ist der des „großen Insolvenzgerichts“. Der Vorschlag geht dahin, bei dieser Stelle alle gerichtlichen Verfahren mit Insolvenzbezug zu bündeln, mithin also neben den klassischen insolvenzgerichtlichen Verrichtungen auch die Entscheidung streitiger Verfahren mit Insolvenzbezug einschließlich Anfechtungsverfahren.⁵⁸¹ So soll die insolvenzrechtliche Befassung des Insolvenzrichters befördert und so seine Expertise erhöht werden.

Mit diesem Vorschlag geht auch die Frage einher, ob das Insolvenzgericht weiterhin beim Amts- oder besser beim Landgericht anzuordnen ist. Für das Landgericht wird angeführt, die Stellung des Insolvenzrichters zu verbessern, wenn man ihn gleich einem Vorsitzenden einer Kammer für Handelssachen als Vorsitzenden Richter am Landgericht einstuft.⁵⁸² Die Verortung bei der Kammer für Handelssachen würde nach deren Vorbild auch die Einbeziehung

⁵⁸¹ Grundlegend *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 2 Rn. 67; zustimmend *Beth*, ZInsO 2017, 152, 155; *Büttner*, ZInsO 2017, 13, 20.

⁵⁸² Dafür *Büttner*, ZInsO 2017, 13, 18 f.; vgl. auch (aber im Ergebnis ablehnend) *Beth*, ZInsO 2017, 152, 154.

nicht juristischen Sachverstands ermöglichen.⁵⁸³ Gegen die Zuweisung zu den Landgerichten wird insbesondere ins Feld geführt, dass das die bewährte Einzelrichterzuständigkeit aufgabe, die insbesondere auch die zügige Abwicklung des Verfahrens gewährleiste.⁵⁸⁴

Als Verlagerung von Aufgaben auf externe Stellen wird insbesondere die Führung der Vorauswahlliste genannt.⁵⁸⁵ Mit der Führung einer solchen Bundes-Liste soll eine Stelle betraut werden, die zugleich umfänglich Daten über Kandidaten als Insolvenz- und Sachwalter sammelt. Gerade gegen ein solches „Daten-Monstrum“ wurden jüngst freilich Vorbehalte erhoben.⁵⁸⁶ Zugleich wurde infrage gestellt, ob im Einzelfall nicht doch ganz andere Kriterien den Ausschlag geben sollen, was dann am angemessenen Verhältnis von Aufwand und Nutzen zweifeln lasse.

Zugleich hat sich eine breite Diskussion entwickelt, ein Berufsrecht für Insolvenzverwalter zu schaffen.⁵⁸⁷ Teilweise wird leidenschaftlich dafür gekämpft und auch für die Schaffung einer entsprechenden Kammer eingetreten, um den erkannten Strukturdefiziten bei der Vorauswahl und bei der Bestellung von Insolvenzverwaltern Herr zu werden.⁵⁸⁸ Teilweise wird auch für die Schaffung einer Verwaltungsbehörde, sog. Bundesinsolvenzverwalter, zwecks Datenerhebung und Überwachung gestritten.⁵⁸⁹ Andere lehnen solche Vorstöße ab.⁵⁹⁰ Die Einwände gehen so weit, dass sogar angesichts der durch das ESUG eingeleiteten Veränderungen der Sanierungskultur die Existenz des Berufs des Insolvenzverwalters infrage gestellt wird.

4. Rechtspolitische Vorschläge der Verbände

Zu dem angesprochenen Themenkreis hat der BAKinso e.V. auf der Jahrestagung 2017 eine Entschließung verabschiedet.⁵⁹¹ Danach soll eine Bundesvorauswahl-Liste errichtet werden, auf der gelistet sein müsse, wer in Deutschland von einem Gericht bestellt werden wolle. Die Liste soll durch das Bundesamt für Justiz geführt werden. Neben den formellen

⁵⁸³ Vgl. auch dazu *Beth*, ZInsO 2017, 152, 155.

⁵⁸⁴ *Beth*, ZInsO 2017, 152, 154 f., unter Hinweis auf den Gesetzgeber der InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 109.

⁵⁸⁵ *Frind*, ZInsO 2017, 2146 ff.; vgl. auch *Pollmächer/Siemon*, NZI 2017, 93, 98; *Vallender*, NZI 2017, 641, 646.

⁵⁸⁶ *Ganter*, NZI 2018, 137, 142 f.

⁵⁸⁷ *Prütting*, in: Festschrift Vallender, 2015, 455.

⁵⁸⁸ *Vallender*, NZI 2017, 777 ff.; *ders.*, NZI 2017, 641 ff.

⁵⁸⁹ *Pollmächer/Siemon*, NZI 2017, 93 ff.

⁵⁹⁰ *Frind*, ZInsO 2017, 2146, 2151 f.; *Pape*, ZInsO 2016, 428, 430.

⁵⁹¹ Entschließungen der Jahrestagung des BAKinso e.V. v. 20.11.2017, ZInsO 2017, 2692.

Angaben zur Person müssten auch materielle Qualitätskriterien Voraussetzung der Listung sein. Diese seien regelmäßig zu überprüfen. Die Schaffung einer Berufsordnung für Insolvenzverwalter hält der BAKinso e.V. indessen nicht für notwendig.

5. Bewertung

Die hier vorgestellten Vorschläge machen – freilich mit Abstufungen – erhebliche Veränderungen erforderlich. Dafür mögen viele gute Gründe sprechen. Die im Rahmen dieser Evaluation erzielten Ergebnisse allein haben einen solchen Handlungsbedarf allerdings nicht ausmachen können. Es gilt, diese Möglichkeiten einzubeziehen, falls man an anderer Stelle, namentlich der Unabhängigkeit der Amtswalter und der Qualifikation der Insolvenzrichter Handlungsbedarf erkennt.

6. Empfehlung

Im Rahmen der unter II. befürworteten Konzentration der Insolvenzgerichte wird zu prüfen sein, inwieweit eine solche auch für Streitsachen geboten ist, ob also der Einrichtung eines „großen Insolvenzgerichts“ näher getreten werden sollte. Damit einhergehende Konzentrationswirkungen hätten sicher positive Effekte auf die Kompetenz und den Erfahrungsschatz der dort versammelten Richter und Rechtspfleger. Inwieweit parallel dazu auch eine Konzentration des Marktes auf Verwalterseite in Form einer Bundesliste bzw. eine kammerartigen Berufszugangsregelung vorangetrieben werden sollte, lässt sich anhand der Datenerhebung unserer Befragung nicht einschätzen. Die Diskussion scheint hier noch in der Entwicklung und sollte weiter verfolgt werden.

Vierter Teil – Qualitative Untersuchung von ESUG-Verfahren

Im vierten Teil erfolgt die qualitative Untersuchung von fünfzehn Einzelfällen anhand einer anonymisierten Auswertung von Gerichtsakten. Die untersuchten ESUG-Verfahren waren bewusst nicht repräsentativ ausgesucht, sondern sie sollen die quantitativen Ergebnisse der Erhebung sowie die Erkenntnisse aus der Literatur- und Rechtsprechungsanalyse validieren helfen.

A. Fallstudie Nr. 1

Es handelt sich um ein Insolvenzverfahren vor einem Gericht in einer deutschen Groß- und Landeshauptstadt.

I. Sachverhalt

Die Insolvenzschuldnerin ist eine GmbH mit einer in den letzten Jahren stark rückläufigen Bilanzsumme von zuletzt vor Verfahrens Antrag gut 30 Mio. Euro, einem ebenfalls rückläufigen Umsatz von nahezu 90 Mio. Euro und über 700 Arbeitnehmern. Krisenursache war, dass die Schuldnerin ganz überwiegend in einem schrumpfenden Markt tätig war. Kennzeichnend war ferner die Abhängigkeit von einem Großkunden, auf den 80 % des Umsatzes entfielen.

Bei Antragstellung waren keine Rückstände bei Finanzverwaltung und Sozialversicherungsträgern aufgelaufen. Die Hauptverbindlichkeiten bestanden aus Darlehen und aus aktuellen Lieferungen und Leistungen.

Bei der Antragstellung wurde der Schuldner durch einen Sanierungsberater aus einer Kanzlei unterstützt, deren Angehörige neben der Beratung auch als Insolvenz- und Sachwalter tätig sind. Als Eröffnungsgrund wurde Überschuldung angegeben. Es wurde ein Antrag nach § 270b InsO gestellt. Eine Person wurde als (vorläufiger) Sachwalter vorgeschlagen, fünf Personen wurden als Mitglieder des Gläubigerausschusses vorgeschlagen, nämlich jeweils ein Vertreter des PSV, und der Agentur für Arbeit, der Betriebsratsvorsitzende sowie zwei im Insolvenz- und Restrukturierungsrecht tätige Rechtsanwälte, von denen einer als Vertreter eines Großgläubigers fungierte. Alle vorgeschlagenen Ausschussmitglieder hatten ihrer Einverständniserklärung auch das Einverständnis mit der Bestellung des vorgeschlagenen Sachwalters hinzugefügt. Anträge auf den sog. Schutzschirm (§ 270 Abs. 2 Satz 3

Halbs. 2 in Verbindung mit § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 InsO) und auf die Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten (§ 270b Abs. 3 InsO) wurden gestellt.

Entsprechend § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO wurde eine Bescheinigung einer großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft vorgelegt, die unter Beachtung des IDW Standard, Bescheinigung nach § 270b (IDW S 9), erstellt worden war. Der Bescheiniger gab an, seine Einschätzung auf Grundlage einer von der Schuldnerin vorgelegten Liquiditätsplanung (Liquiditätsbestand von 1.981 TEUR bei 3.721 TEUR verfügbaren Mitteln und fälligen Verbindlichkeiten von 1.741 TEUR) gewonnen zu haben. Ferner wurde ein Grobkonzept für die Sanierung vorgelegt. Das Sanierungskonzept sah strategische und operative Maßnahmen sowie finanzielle Maßnahmen vor.

Das Gericht erließ alle Anordnungen antragsgemäß.

Der Sachwalter hat die Kassenführungsbefugnis an sich gezogen. Es wurde ein Insolvenzsonderkonto eingerichtet, über das der gesamte Zahlungsverkehr abgewickelt wurde.

Kurz nach Anordnung der Sicherungsmaßnahmen wurde eine Umbesetzung des Gläubigerausschusses vorgenommen, um einem Kreditversicherer auf dessen Betreiben ein Mandat zu ermöglichen. Der Mitarbeiter des Kreditversicherers ersetze mit dessen Einverständnis den Rechtsanwalt, der nicht Vertreter des Großgläubigers war.

Der Sachwalter füllte auf Bitte des Gerichts den Fragebogen des VID zur Unabhängigkeit aus, offenbarte ergänzend Berührungspunkte mit dem Schuldnerberater in anderen Verfahren.

Nachträglich ordnete das Gericht als weitere Sicherungsmaßnahme nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO die Einziehungsbefugnis des Schuldners im Hinblick auf sicherungszedierete Forderungen an.

Kurz nach Antragstellung wurde der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit angezeigt. Das beruhte darauf, dass die Darlehensgeber ihre Darlehen fällig gestellt hatten.

Die weitere Liquiditätsplanung wurde vom Bescheiniger durchgeführt.

Ein M&A-Prozess wurde in Abstimmung mit dem Gläubigerausschuss angestoßen, Insolvenzgeldvorfinanzierung war erfolgt.

Ein Plan konnte nicht vorgelegt werden, da kein Planinvestor gefunden wurde.

Die Eröffnung erfolgte unter Bestätigung von Eigenverwaltung, Sachwalter und Ausschussmitgliedern. Entsprechende Bestätigungen beschloss die Gläubiger im Berichtstermin.

Die Investorensuche im M&A-Prozess verlief im eröffneten Verfahren erfolglos. Der Hauptabnehmer beendete die Vertragsbeziehung. Der Betrieb der Schuldnerin musste eingestellt und abgewickelt werden. Die Liquidation erfolgt weiterhin in Eigenverwaltung. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

II. Rechtliche Probleme

Es handelt sich um ein professionell vorbereitetes und im Einvernehmen aller Beteiligten durchgeführten Eigenverwaltungsverfahren. Es wurde von allen Anordnungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht, die § 270b InsO eröffnet. Es wurden sämtliche Schwellenwerte des § 22a InsO überschritten, so dass der Gläubigerausschuss ein sog. Pflichtausschuss war.

Der professionell beratende Schuldner hat Sachwalter nach § 270b Abs. 2 Satz 2 InsO und Mitglieder des Pflicht-Gläubigerausschusses nach § 22a InsO vorgeschlagen. Anzeichen für einen „family&friends“-Ausschuss bestehen ungeachtet dessen nicht. Der Sachwalter mag mit dem Schuldnerberater vielfach als Team in wechselnder Besetzung kooperiert haben, darauf hat der Sachwalter allerdings bei Bestellung hingewiesen. Für eine sonstige Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der Beteiligten gibt es keine Anzeichen.

Die angestrebte Sanierung konnte nicht ansatzweise in Angriff genommen werden. Ein von § 270b InsO als Verfahrensziel vorgesehener Insolvenzplan wurde niemals vorgelegt. Im M&A-Prozess fand sich kein Kaufinteressent. Die Schwachstellen des Unternehmens konnten nicht behoben werden, so dass die Liquidation notwendig wurde. Diese wird nunmehr in Eigenverwaltung durchgeführt, so dass sich insgesamt die Frage stellen lässt, ob diese Verfahrensart einschlägig war. Der Fall ist ein Beispiel für die geringen Hürden von § 270 InsO, aber auch die Voraussetzung des § 270b InsO, dass die angestrebte Sanierung „nicht offensichtlich aussichtslos“ sein darf.

Inwieweit sich das Verfahren im Regelverfahren hätte günstiger gestalten können, lässt sich nicht abschätzen, weil der Akte keine Kostenberechnungen zu entnehmen sind.

B. Fallstudie Nr. 2

Es handelt sich um ein Insolvenzverfahren vor einem Gericht in einer deutschen Stadt, die im Speckgürtel einer Großstadt liegt.

I. Sachverhalt

Die Insolvenzsuldnerin ist eine GmbH & Co. KG. Es handelt sich um eine sog. Ein-Schiff-KG. Denn maßgeblicher Vermögensgegenstand der Schuldnerin war ein Schiff. Der Jahresumsatz lag bei ca. 800.000 EUR angesichts der Auswirkungen der Finanzkrise war der Betrieb des Schiffes defizitär.

Rückstände bei Finanzverwaltung und Sozialversicherungsträgern bestanden nicht. Hauptgläubiger waren zum einen ein Kreditinstitut mit einem Anspruch aus Darlehen, das der Finanzierung des Schiffes gedient hatte und durch eine Schiffshypothek abgesichert war, zum anderen eine Crewing-Gesellschaft, die die Besatzung des Schiffes bezahlt hatte. Der Gesellschafter dieser Gesellschaft war als Kommanditist an der Insolvenzsuldnerin beteiligt und Sohn des Geschäftsführers der Insolvenzsuldnerin.

Im Vorfeld der Antragstellung fanden Gespräche des beratenden Schuldners mit dem anwaltlich vertretenen Kreditinstitut als Hauptgläubiger statt. Diese Gespräche zielten freilich auf eine Gesamtlösung, die die weiteren Verhältnisse zwischen der Bank und der die Insolvenzsuldnerin maßgeblich tragenden Familie umfassen sollte. Die Bank kündigte die Darlehen, die Schuldnerin wies das als Kündigung zur Unzeit zurück. Gegenstand der Gespräche war auch, in welcher Verfahrensart das Insolvenzverfahren durchgeführt und wer als Verwalter bzw. Sachwalter bestellt werden sollte. Schuldner und Gläubiger präferierten unterschiedliche Personen.

Ebenfalls noch vor Insolvenzantrag wendete sich das Kreditinstitut mit einer „Schutzschrift“ an das zuständige Amtsgericht, dass sie einer etwaigen Eigenverwaltung entgegenetrete, weil Nachteile für die Gläubiger zu befürchten seien. Gleichzeitig schlug die Gläubigerin zwei Personen als (vorläufige) Insolvenzverwalter vor.

Am nächsten Tag stellte die Insolvenzsuldnerin, anwaltlich vertreten, einen Insolvenzantrag, verbunden mit einem Antrag auf vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a InsO wegen drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) und schlug auch eine Person als Sachwalter vor.

Daraufhin ordnete das Insolvenzgericht noch am gleichen Tag an, dass der Schuldner nur noch mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters über sein Vermögen verfügen

dürfe und bestellte eine der beiden vom Gläubiger vorgeschlagenen Personen zum vorläufigen Insolvenzverwalter.

Ebenfalls noch am gleichen Tag wendete sich das Kreditinstitut erneut an das Gericht, die Schuldnerin halte sich nicht an getroffene Vereinbarungen zur geplanten Verwertung, das Kreditinstitut regte daher eine „starke“ vorläufige Verwaltung an. Etwas später an diesem Tage stellte die Gläubigerin selbst Insolvenzantrag wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung. Dieser Antrag erfolgte vor dem Hintergrund, dass die Gläubigerin gehört hatte, die Schuldnerin wolle ihren Antrag zurücknehmen. Das Insolvenzgericht ordnete an, beide Verfahren zu verbinden.

Am gleichen Tag nahm die Insolvenzschuldnerin ihren Insolvenzantrag zurück. Das Gericht lasse sich vom Gläubiger instrumentalisieren, zu dessen Gunsten zum Nachteil der anderen Gläubiger ein „Schnellverfahren“ durchgeführt werden solle. Unter Verletzung von § 270a Abs. 2 InsO sei die Schuldnerin vor Abweisung des Eigenverwaltungsantrags nicht gehört worden. Die Sicherungsanordnung sei der Gläubigerin vor der Schuldnerin mitgeteilt worden.

In einem weiteren Schriftsatz warf der Schuldnervertreter Gläubiger und Insolvenzverwalter masseschädliches Verhalten vor sowie Teambuilding des Gläubigervertreters und des Insolvenzverwalters in rund 60 Verfahren. Zahlungsunfähigkeit wurde bestritten, da die Ansprüche der Gläubigerin nicht wirksam fällig gestellt seien.

Der Gläubigervertreter trat dem entgegen. Es sei von entscheidender Bedeutung zu verhindern, dass das Schiff einen Hafen anlaufe, an dem die Arrestierung des Schiffs zugunsten eines Gläubigers zu befürchten sei. Eine Geschäftsbeziehung zum Insolvenzverwalter habe nie bestanden. Nicht er oder seine Kanzlei hätten mit dem Insolvenzverwalter in 50-60 Verfahren kooperiert, sondern der Insolvenzverwalter habe Expertise auf dem Gebiet der Verwaltung von Ein-Schiff-KG, die sich auf die Begleitung von 50-60 Verfahren stütze.

Obwohl der vorläufige Insolvenzverwalter es untersagt hatte, setzte das Schiff seine Route fort. Im Zielhafen erwirkte die Crewing-Gesellschaft den Arrest des Schiffes.

Derweil fanden Gespräche zwischen Kreditinstitut und Schuldner sowie vorläufigem Insolvenzverwalter statt. In dessen Rahmen wurden nicht nur mögliche Verkaufsoptionen für das Schiff erörtert, sondern auch das Verhältnis zwischen Gläubigervertreter und Insolvenzverwalter geklärt. Danach nahm der Schuldnervertreter seinen Vorwurf einer Verbindung zwischen diesen beiden zurück und entschuldigte sich für den von ihm erhobenen Vorwurf. Er gab auch sämtliche Vorbehalte gegen die Person des vorläufigen Verwalters auf.

Im Weiteren gelang die Veräußerung des Schiffes. Die Massebeteiligung am Erlös genügt allerdings gerade, um das Verfahren zu eröffnen. Die Verfahrenskosten lassen sich daraus mit Mühe decken, eine Quote entfällt.

II. Rechtliche Probleme

Das Verfahren zeigt an einem freilich wenig komplexen Geschäftsbetrieb die Verfolgung entgegengesetzter Interessen von Gläubiger und Schuldner.

Der Schuldner scheint der Meinung zu sein, seine Interessen im Eigenverwaltungsverfahren besser durchsetzen zu können. Dieses Interesse wird wohl darin bestehen, das Schiff so weiter fahren zu lassen, damit die dem Schuldner nahestehende Crewing-Gesellschaft den Arrest ausbringen kann. Zur Stützung seines Begehrens behauptet der Schuldner bloß drohende Zahlungsunfähigkeit, obwohl die von ihm nicht zu bedienende Großverbindlichkeit des Kreditinstituts bereits gekündigt war. So illustriert dieser kleine Fall die Macht, die der Schuldner hat, wenn er mit seinem Antrag die Information an das Gericht in seiner Hand hat und die Hürden für Eigenverwaltung recht niedrig sind.

Die Anordnung der Eigenverwaltung unterbleibt insbesondere, weil die Gläubigerin sich mit einer Schutzschrift gegen die Anordnung gewendet hatte. Aus der Akte ergibt sich auch, dass in Parallelverfahren der Beteiligten die Verfahren zunächst als Eigenverwaltung beantragt und entsprechende Sicherungsanordnungen bloß nach § 270a InsO unter Bestellung eines Sachwalters angeordnet wurden, dieser dann aber zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt wurde. Die Schutzschrift ist ein untypisches Mittel der frühen Gläubigerbeteiligung. Den Wert einer solchen frühen Beteiligung illustriert der Fall durchaus. Gleichzeitig bezeugt er aber die Gefahr, dass im eiligen Insolvenzeröffnungsverfahren Verfahrensrechte auch des Schuldners, wie sie ihm § 270a Abs. 2 InsO einräumen, nicht hinreichend berücksichtigt werden.

Schließlich zeigt sich, dass als Argument gegen die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters leicht das Teambuilding (Repeat-Player-Effect) behauptet wird, obwohl das in diesem Fall unhaltbar war, wie sich hier im Nachhinein herausgestellt hat. So mag insgesamt der Vorwurf deutlich häufiger erhoben werden, als dass er sich im Nachhinein als berechtigt erweisen kann.

C. Fallstudie Nr. 3

Es handelt sich um ein Insolvenzverfahren vor einem Gericht in einer kleinen deutschen Stadt.

I. Sachverhalt

Die Insolvenzschuldnerin ist eine GmbH & Co. KG mit einer Bilanzsumme von knapp 60 Mio. Euro, einem Umsatz von gut 60 Mio. Euro und bei Antragstellung knapp 500 Arbeitnehmern. Es bestanden hohe Finanzverbindlichkeiten insbesondere bei Banken, aber keine Rückstände bei Finanzverwaltung und Sozialversicherungsträgern. Es handelt sich um ein Traditionsunternehmen, das im Anlagenbau tätig ist. Krisenursache ist insbesondere ein durch die Finanzkrise im September 2008 ausgelöster Auftragsrückgang.

Der auf drohende Zahlungsunfähigkeit gestützte Insolvenzantrag zielte auf Eröffnung als Eigenverwaltung. Es wurde ein Antrag nach § 270b InsO gestellt. Eine Person wurde als (vorläufiger) Sachwalter vorgeschlagen. Die nach § 270b InsO erforderliche Bescheinigung wurde von einer regionalen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erstellt. Der Antrag wurde von einem sog. Sanierungsgeschäftsführer gestellt, der sonst als Rechtsanwalt auf dem Insolvenz- und Restrukturierungsrecht tätig ist und auch als Insolvenzverwalter bestellt wird. Das Gericht erließ alle Anordnungen sowie weitere Sicherungsanordnungen antragsgemäß.

Eine Sicherungsanordnung untersagte Kreditinstituten, etwaige für sie bestehende Pfandrechte geltend zu machen. Gegen diese Anordnung wendeten sich Kreditinstitute mit der sofortigen Beschwerde und hilfsweise der Gegenvorstellung unter Hinweis auf eine fehlende Rechtsgrundlage. In ihren Stellungnahmen trat die Geschäftsführung der Schuldnerin dieser Sichtweise entgegen, während der Sachwalter sich der Bewertung der Kreditinstitute anschloss. Das Insolvenzgericht hob auf die Gegenvorstellung diese Sicherungsanordnung mangels hinreichender Rechtsgrundlage auf. Eine sofortige Beschwerde hielt das Gericht nicht für statthaft.

Erst drei Wochen nach Erlass der Sicherungsanordnungen wurde auf Anregung der Schuldnerin ein vorläufiger Gläubigerausschuss eingesetzt (Bank, zwei Unternehmen unterschiedlicher Art, Bundesagentur für Arbeit sowie PSV). Von der Beteiligung eines Arbeitnehmervertreters (Betriebsrats) wurde abgesehen. Das Gericht begründet diese Entscheidung damit, dass bereits die Arbeitsverwaltung beteiligt sei und eine ungerade Mitgliederanzahl angestrebt werde. Am Verfahren Beteiligte hatten vorher zudem dahin argumentiert, dass angesichts der anstehenden Verhandlungen über einen erheblichen Arbeitsplatzabbau eine unabhängige Interessenvertretung durch Betriebsratsmitglieder im Gläubigerausschuss

nicht sichergestellt sei. Die Aufnahme eines Gewerkschaftsvertreters in den Ausschuss lehnte das Gericht unter Hinweis auf § 67 Abs. 3 InsO ab.

Nach rund drei Monaten wurde das Insolvenzverfahren wegen Zahlungsunfähigkeit in Eigenverwaltung eröffnet. Ein Insolvenzplan konnte zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorgelegt werden. Das dauerte dann noch nahezu weitere zwei Monate. Der Sanierungsgeschäftsführer hatte während des Eröffnungsverfahrens das Unternehmen fortgeführt und beschrieb seine Tätigkeit im Wesentlichen als die eines „vorläufigen Insolvenzverwalters“. Der Sachwalter hat in seinem Eröffnungsgutachten die Eröffnung in Eigenverwaltung empfohlen, die Geschäftsführung allerdings durchaus kritisiert, insbesondere weil der Insolvenzplan noch nicht vorbereitet sei und weil wichtige Zusagen von Kreditinstituten zu Avalen noch nicht eingeholt werden konnten. Die Geschäftsführung ist der Sichtweise des Sachverständigen in wesentlichen Punkten scharf entgegengetreten.

Im Berichtstermin wurden alle Anordnungen bestätigt. Der Gläubigerausschuss wurde noch um einen Arbeitnehmervertreter ergänzt. Der Antrag eines Gläubigers auf Aufhebung der Eigenverwaltung scheiterte.

Parallel wurden Verhandlungen über einen Insolvenzplan geführt. Der Insolvenzplan knüpfte an verschiedene Restrukturierungsmaßnahmen zum Umbau des Unternehmens sowie des Kostenabbaus an. So waren die Gesellschafter aus der Geschäftsführung ausgeschieden, die Belegschaft um rund ein Drittel abgebaut worden. Der von der Geschäftsführung ausgearbeitete und vorgelegte Plan zielte darauf, was auch später umgesetzt wurde, das Unternehmen, Unternehmerstruktur, Gesellschafterstruktur sowie Konzernstrukturen vollständig zu erhalten. Der Planentwurf behauptet Sanierungsbeiträge der Gesellschafter, insbesondere die Einbringung von Betriebsvermögen zur Stärkung des Eigenkapitals. Die Gläubiger sollten eine Quote von mindestens 60 % erhalten. Die Zahlungen sollten sich aber in Gestalt von jährlichen Raten von ca. 4 Mio. Euro bis 2019 hinziehen.

Im Zuge der Verhandlungen zeigte sich eine deutliche Unterstützung des Plans durch den Gläubigerausschuss, während der Sachwalter erhebliche Kritik übte. Zum einen hatte der Sachwalter Zweifel an der gesellschaftsrechtlichen Umsetzbarkeit des Plans und sah darauf beruhend erhebliche steuerliche Risiken. Zum anderen zweifelte der Sachwalter die Vergleichsrechnung an. Die Akte vermittelt den Eindruck, dass der Sachwalter die Durchführung eines M&A-Prozesses für geboten gehalten hätte. Die Vergleichsrechnung beruhte indessen nur auf einem Gutachten einer Wirtschaftsprüfung. Der Sachwalter kritisierte weiter, dass der Plan immer wieder nachgebessert werden musste, auch recht spät erst weitere gesellschaftsrechtliche Expertise in Anspruch genommen wurde. Gericht und Geschäftsleitung sahen dann das Erfordernis, den Termin zur Erörterung und Abstimmung des Insol-

venzplans zu verschieben. Daraufhin zeigte der Sachwalter Gericht wie Gläubigerausschuss an, dass er Umstände festgestellt habe, die erwarten ließen, dass die Fortsetzung der Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger im Sinne von § 274 Abs. 3 Satz 1 InsO führen werde. Es liege kein rechtssicherer Insolvenzplanentwurf vor, die Geschäftsführung hätte ohne Zustimmung von Sachwalter und Gläubigerausschuss Verfügungen über wesentliche Gegenstände vorgenommen, es fehle an einem hinreichenden Investorenprozess, der Aufschluss über den Unternehmenswert leisten könnte und einer möglichen Haftung der Kommanditisten werde nicht hinreichend nachgegangen. Die Geschäftsführung verwahrte sich deutlich gegen diese Vorwürfe. Der Gläubigerausschuss sprach sich gegen die Aufhebung der Eigenverwaltung aus.

Rund zwei Wochen nach dem ursprünglich geplanten Termin fand die Gläubigerversammlung zur Abstimmung über den Plan statt. Über alle Gläubigergruppen hinweg stimmte nur ein Gläubiger gegen den Insolvenzplan. Der Sachwalter wurde auf eigenen Wunsch aus seinem Amt entlassen. Zur Planüberwachung wurde ein anderer Sachwalter ernannt. Das Insolvenzgericht bestätigte den Insolvenzplan noch am Tage der Abstimmung. Der widersprechende Gläubiger legte gegen die Planbestätigung sofortige Beschwerde ein. Die Schuldnerin verteidigte sich dagegen zum einen damit, dass die Beschwerde unzulässig sei. Zum anderen wurde ein Freigabeantrag nach § 253 Abs. 4 InsO gestellt. Entsprechend wies das Landgericht die Beschwerde nach Maßgabe des § 253 Abs. 4 InsO unverzüglich zurück. Für den etwaigen Ersatzanspruch der Gläubigerin war im Insolvenzplan eine Rückstellung gebildet worden. Die Gläubigerin hat später Klage eingereicht, das Verfahren wurde dann aber ruhend gestellt.

Die Aufhebung des Verfahrens verzögerte sich noch, weil es dem Sachwalter nicht gelang, eine Anfechtungsklage an den Beklagten zustellen zu lassen, um „Anhängigkeit“ im Sinne von § 259 Abs. 3 InsO herbeizuführen. Diese Verzögerung soll das Vertrauen der Geschäftspartner der Schuldnerin belastet haben.

Das Unternehmen ist heute weiterhin unternehmerisch tätig, ohne dass es zu einem Folgeinsolvenzantrag gekommen ist. Die im Insolvenzplan vereinbarten Zahlungen wurden an die Gläubiger bis einschließlich 2017 vereinbarungsgemäß erbracht.

II. Rechtliche Probleme

Dieses Verfahren illustriert eine Reihe von Wertungsproblemen von Eigenverwaltungsverfahren. Auffällig ist, dass die Gesellschafter ihre Stellung vollständig erhalten haben, während die Gläubiger auf rund 40 % ihrer Forderungen verzichten mussten. Der Sanierungsgeschäftsführer hat dieses Ergebnis mit Unterstützung des Gläubigerausschusses gegen Wi-

derstände von Seiten des Sachwalters durchgesetzt. Anhaltspunkte für einen „family&friends“-Ausschuss bestanden nicht. In welchem Umfang die Gesellschafter Sanierungsbeiträge erbracht haben, lässt sich allein anhand der Akte ebenso wenig beurteilen wie die Frage, zu welchem Ergebnis ein frühzeitig angestoßener M&A-Prozess geführt hätte. Jedenfalls ist die Sanierung durch Insolvenzplan geglückt, worauf § 270b InsO abzielt.

Nach den der Akte zu entnehmenden Angaben ist davon auszugehen, dass die Eigenverwaltung dadurch zu Mehrkosten geführt hat, dass der Sanierungsgeschäftsführer sich wie ein (vorläufiger) Insolvenzverwalter hat vergüten lassen. Dazu kommt die Vergütung des Sachwalters.

Die Schwellenwerte für einen Pflichtausschuss nach § 22a InsO waren erfüllt. Ungeachtet dessen schlug die Schuldnerin bei Antragstellung keine Ausschussmitglieder vor. Der Ausschuss wurde erst später gebildet. Bei der Besetzung stand § 67 Abs. 3 InsO dem entgegen, ein Gewerkschaftsmitglied in den Ausschuss zu berufen.

Die „Freigaberegelerung“ in § 253 Abs. 4 InsO hat sich als probates Mittel erwiesen, um die Interessen an einer Bestandskraft des Plans mit denen eines widersprechenden Gläubigers in Einklang zu bringen.

Die Anforderungen an die Anhängigkeit im Sinne des § 259 Abs. 3 InsO, wie der BGH es als Rechtshängigkeit versteht, können im Einzelfall einen Konflikt zwischen Aufhebung des Verfahrens und Erhalt des Anfechtungsanspruchs bewirken.

D. Fallstudie Nr. 4

Es handelt sich um ein Insolvenzverfahren vor einem Gericht in einer kleinen deutschen Stadt.

I. Sachverhalt

Die Insolvenzschuldnerin ist eine GmbH & Co. KG, die einen Großfachhandel mit einem Umsatz von zuletzt rund 16 Mio. Euro bei ca. 80 Arbeitnehmern betrieb. Krisenursache waren Schwächen in der Unternehmensstruktur, aufgrund derer das Unternehmen weder dem Preiskampf noch dem Wandel am Markt gewachsen war. Die höchsten Verbindlichkeiten bestanden bei Kreditinstituten und Zulieferern. Es waren auch Rückstände bei der Finanzverwaltung aufgelaufen.

Der Insolvenzantrag wurde von der Schuldnerin wegen Zahlungsunfähigkeit gestellt. Die Schuldnerin begehrte die Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung nach § 270a InsO. Bei der Antragstellung wurde die Schuldnerin durch mehrere Sanierungsberater aus derselben Kanzlei unterstützt. Ein Mitglied dieser Kanzlei war jüngst zum Geschäftsführer bestellt worden. Als Eröffnungsgrund wurde Zahlungsunfähigkeit angegeben. Dem Antrag waren umfangreiche Informationen beigefügt, namentlich ein Liquiditätsstatus sowie ein Sanierungskonzept. Die Einsetzung eines Gläubigerausschusses wurde angeregt. Entsprechende Vorschläge (Kreditinstitut, Bundesagentur für Arbeit, Wirtschaftsprüfer der Schuldnerin als Kleingläubigervertreter, Lieferant, Betriebsrat) samt Einverständniserklärungen enthielt der Antrag. Der Antrag zielte auch auf Einzelermächtigungen, bei denen der Schuldner durch bestimmte Verträge (Lieferungen, Leistungen, Darlehen) jeweils in bestimmtem Umfang und im Verhältnis zu bestimmten Vertragspartnern Massenverbindlichkeiten begründen könne, sowie auf weitere Regelanordnungen nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 u. 5 InsO zur Sicherung der Insolvenzmasse.

Vor Antragstellung hatte bereits eine Sitzung der vorgeschlagenen Gläubigerausschussmitglieder mit der Schuldnerin und ihren Beratern stattgefunden. In dieser Sitzung hatte man sich bereits auf eine Person als Sachwalter verständigt. Diese Person ist Mitglied einer großen Kanzlei, deren Mitglieder ständig als Insolvenzverwalter und Sachwalter fungieren. Eine Verbindung zu der Beraterkanzlei ist nicht ersichtlich. Die Schuldnerin hatte mit ihren Beratern auch bei Gericht um ein Vorgespräch gebeten, zu dem es nicht gekommen war.

Auf den Antrag hin bestellte das Gericht die vorgeschlagenen Kandidaten zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses. Ferner wurde eine von den sonstigen Beteiligten unabhängige Person, die sonst vielfach als Insolvenz- und Sachwalter tätig ist, beauftragt, ein Eröffnungs-

gutachten zu erstellen. Dabei sollte der Sachverständige insbesondere auch kurzfristig dazu Stellung nehmen, welche Sicherungsanordnungen zu erlassen seien und ob Umstände der Eigenverwaltung entgegenstünden.

Nach wenigen Tagen erstattete der Sachverständige einen Zwischenbericht. Er schloss sich dem Antrag an, dass bestimmte Sicherungsanordnungen und die Sicherstellung der Insolvenzzgeldvorfinanzierung notwendig seien, um den Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten. Die erbetenen Einzelermächtigungen zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten hielt er nicht durchweg für schlüssig begründet. Vor allem aber wies der Sachverständige darauf hin, dass die Schuldnerin erst unlängst gegründet worden sei und den Geschäftsbetrieb im Wege einer Ausgliederung übernommen habe. Die Vermögenssphären der Schuldnerin und ihrer teilweisen Rechtsvorgängerin seien aber nicht getrennt worden. Es sei nicht auszuschließen, dass die Geschäftsführung vor Insolvenzantrag Vermögensverschiebungen zum Nachteil der Gläubigergesamtheit veranlasst hätte.

Nach Eingang dieser Stellungnahme bestellte das Gericht den Sachverständigen zum vorläufigen Insolvenzverwalter und ordnete an, dass Verfügungen der Schuldnerin der Zustimmung des vorläufigen Verwalters bedürfen.

Einen Tag später konstituierte sich der Gläubigerausschuss. Dieser sprach sich ungeachtet der Anhörung des vorläufigen Insolvenzverwalters einstimmig dafür aus, das Eröffnungsverfahren antragsgemäß nach § 270a InsO und die ursprünglich bereits vorgeschlagene Person zum Sachwalter zu bestellen.

Entsprechend entließ das Gericht den vorläufigen Insolvenzverwalter und bestellte die andere Person zum Sachwalter, hielt aber den Gutachtenauftrag wie ursprünglich erteilt für den entlassenen vorläufigen Insolvenzverwalter aufrecht.

Gut einen Monat später erstatte der vorläufige Sachwalter einen Bericht, in dem er sich für die Beibehaltung der Eigenverwaltung aussprach. Die Eigenverwaltung werde von den Beteiligten gewünscht, die Kassenprüfung hätte keine Beanstandungen erbracht. Nachteile für die Gläubiger seien nicht erkennbar, insbesondere auch weil die Eigenverwaltung in den Händen eines erfahrenen Sanierers als Interim-Geschäftsführer liege.

Kurz danach wurde der Gläubigerausschuss um einen weiteren Großlieferanten ergänzt. Dieser Gläubiger war in der mit dem Antrag eingereichten Aufstellung über die Gläubiger nur mit einer kleinen Forderung gelistet gewesen. Im Vorfeld hatten wohl auch Gespräche stattgefunden, ob dieser Gläubiger das Unternehmen der Schuldnerin erwerbe. Dieses Gläubigerausschussmitglied sprach sich gegen die Eigenverwaltung aus.

Der Sachverständige empfahl in seinem Eröffnungsgutachten, das Insolvenzverfahren wegen Zahlungsunfähigkeit bei hinreichender Deckung der Massekosten zu eröffnen. Er stellte Umstände fest, die Nachteile für die Gläubiger erwarten ließen und der Anordnung der Eigenverwaltung entgegenständen. So hätte die Geschäftsführung gesetzliche Pflichten verletzt, Absonderungsrechte seien gefährdet, zwischen den verbundenen Gesellschaften sei es zu Vermögensvermischungen gekommen, die Schuldnerin hätte versucht auf den Sachverständigen und die Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses Einfluss zu nehmen, die Organisationsstruktur der Schuldnerin sei mangelhaft, insbesondere funktioniere das Rechnungswesen nicht. Schließlich formulierte der Sachverständige Bedenken gegen die Unabhängigkeit eines Gläubigerausschussmitglieds, nämlich des Wirtschaftsprüfers der Schuldnerin, der als Kleingläubigervertreter Mitglied war und auch den Vorsitz übernommen hatte.

Das Insolvenzgericht eröffnete daraufhin das Insolvenzverfahren, ohne Eigenverwaltung anzuordnen, weil die Eigenverwaltung offensichtlich nachteilig für die Gläubiger sei. Zum Insolvenzverwalter bestellte das Gericht eine bisher nicht mit dem Verfahren befasste Person. Damit wich das Gericht vom einstimmigen Vorschlag aller sechs Gläubigerausschussmitglieder ab, den vorläufigen Sachwalter zum Insolvenzverwalter zu bestellen. Dieser sei offensichtlich ungeeignet, weil er dem Gericht Tatsachen verschwiegen habe.

Im Laufe des Insolvenzverfahrens stellte der Insolvenzverwalter das Unternehmen ein und liquidierte die Schuldnerin. Der Insolvenzverwalter nahm die Geschäftsführer einschließlich des Sanierungsgeschäftsführers aus der Beraterkanzlei gerichtlich wegen verbotener Zahlungen in Anspruch. Der Prozess ist nicht abgeschlossen.

II. Rechtliche Probleme

Das Verfahren illustriert die möglichen Meinungsunterschiede, die über die Angemessenheit der Eigenverwaltung entstehen können. Auf Grundlage der vorhandenen Akte sind verschiedene Deutungen des Sachverhalts möglich.

In Betracht kommt, dass die Schuldnerin das Eigenverwaltungsverfahren zur Durchsetzung egoistischer Zwecke nutzen wollte. So könnte die Schuldnerin für den Gläubigerausschuss Mitglieder ausgesucht haben, die ohnehin auf ihrer Seite standen (family&friends), die wegen eigener Sicherung keine Beeinträchtigung zu befürchten hatten oder aus anderem Grund, sich der Schuldnerin nicht entgegenstellen wollten. Auch der Sachwalter mag in der Hoffnung auf eine gute Zusammenarbeit mit der Beraterkanzlei, von einem Eingreifen abgesehen haben (Repeat-Player-Effect). Diese Einschätzung entspricht wohl derjenigen des Gerichts sowie derjenigen des vom Gericht bestellten Sachverständigen. Schließlich lässt

sich damit in Einklang bringen, dass der Insolvenzverwalter das schuldnerische Unternehmen nicht sanieren konnte.

Unterstellt man einmal, dass diese Einschätzung richtig ist, so offenbart dieses Verfahren die Gefahren der Eigenverwaltung. Diese beruhen auf der starken Stellung des Schuldners, der mit dem Verfahrens Antrag die Initiative in den Händen hält und Vorschläge für Gläubigerausschussmitglieder und Sachwalter machen kann. Unter den Gläubigerausschussmitgliedern lässt sich hinterfragen, welche Interessen sie verfolgen. Ein Kreditinstitut, das vielfach Gläubiger einer umfangreichen Forderung sein wird, kann gesichert sein und mehr Furcht vor Anfechtung als Interesse an einer hohen Quote besitzen. Arbeitnehmervertretern ist typischerweise an der mit dem Erhalt des Unternehmens verbundenen Sicherung der Arbeitsplätze gelegen. Schließlich lässt sich von außen vielfach schlecht abschätzen, ob es sich bei einzelnen Ausschussmitgliedern um Personen handelt, die dem Schuldner oder einem Gesellschafter persönlich nahe stehen. Insbesondere der Wirtschaftsprüfer der Schuldnerin, der die Kleingläubiger repräsentieren sollte, mag ein „friend“ gewesen sein.

Freilich lässt sich dieser Fall auch anders deuten. Das Misstrauen von Gericht und Sachverständigem hätte das Sanierungskonzept blockiert. Das nachbestellte Gläubigerausschussmitglied habe selbst zu Nutzen seines eigenen Erwerbsinteresses handeln wollen. Aufgrund dieser Lesart deutet das Verfahren an, dass die Bestellung eines unabhängigen Sachverständigen als Gutachter Unruhe in ein Verfahren hineinbringen kann. Es ist dann schwer zu ermessen, ob eine solche Unruhe angesichts einer drohenden Gläubigergefährdung geboten ist oder aber wohl erwogene Sanierungsschritte behindert.

E. Fallstudie Nr. 5

Es handelt sich um zwei Insolvenzverfahren, die über die gleiche Schuldnerin mit Sitz in einer kleinen deutschen Stadt im Abstand von knapp fünf Jahren durchgeführt wurden und beide mit einer Plansanierung endeten.

I. Sachverhalt

Die Insolvenzschuldnerin ist eine GmbH, die Teile für den Maschinenbau herstellt und vertreibt. Sie hatte bei Beantragung des ersten Insolvenzverfahrens einen Umsatz von rund 9 Mio. Euro und eine Bilanzsumme von gut 2 Mio. Euro bei über 50 Arbeitnehmern. Krisenursache waren Schwächen in der Unternehmensstruktur. Die höchsten Verbindlichkeiten bestanden bei Kreditinstituten und Zulieferern.

Die Schuldnerin wurde bei ihrem Antrag von einer auf die Sanierungsberatung spezialisierten Kanzlei beraten und vertreten. Ein Mitglied dieser Kanzlei war kurz vor Antragstellung zum Sanierungsgeschäftsführer bestellt worden. Der Antrag stützte sich auf Zahlungsunfähigkeit. Es wurde vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a InsO beantragt sowie Sicherungsanordnungen nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 u. 5 InsO, schließlich Einzelermächtigungen an den Schuldner, bestimmte Masseverbindlichkeiten zu begründen. Es wurde angeregt, eine bestimmte, sonst vielfach als Insolvenzverwalter tätige Person zum Sachwalter zu bestellen, ferner vier näher bestimmte Personen (Kreditinstitut, Betriebsrat, Vertreter eines absonderungsberechtigten Gläubigers und Wirtschaftsprüfer für Kleingläubiger) zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses zu bestellen.

Diese späteren Mitglieder des Gläubigerausschusses hatten sich vor Antragstellung getroffen. Es lagen ihre Zustimmungen zu eigener Bestellung sowie zu der des vorgeschlagenen Sachwalters vor. Dem Gericht war der Antrag telefonisch angekündigt worden. Es erließ alle Anordnungen antragsgemäß.

Da die Arbeitnehmer im Monat vor Insolvenzantrag keinen Lohn erhalten hatten, dauerte das Eröffnungsverfahren keine zwei Monate. Nach weiteren zwei Monaten wurde ein Plan erstmals vorgelegt, der weitere knapp zwei Monate später einstimmig beschlossen und gerichtlich bestätigt wurde. Noch im gleichen Monat erfolgte die Aufhebung des Verfahrens.

Zur Sanierung der Schuldnerin sollten verschiedene Umstrukturierungsmaßnahmen ergriffen werden. Der Plan sah keine Eingriffe in Gesellschafterrechte oder sonstige Sanierungsbeiträge der Gesellschafter vor. Die nicht gesicherten und nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger erhielten nach dem Plan eine Quote von 10 % auf ihre Forderungen. Sämtli-

che Planforderungen wurden erfüllt. Die sanierte Schuldnerin führte ihren Betrieb fort. Sie gibt auf ihrer Homepage zur Firmenhistorie auch die erfolgreiche Überwindung der Krise im Wege der ESUG-Sanierung an. Externe Investoren oder Interessenten für eine übertragende Sanierung waren nicht gefunden worden.

Gut viereinhalb Jahre später stellte die Schuldnerin erneut Insolvenzantrag. Zu diesem Zeitpunkt hatte sie einen Umsatz von 7 Mio. Euro und eine Bilanzsumme von knapp 3 Mio. Euro bei gut 60 Mitarbeitern. Insolvenzauslöser waren verschiedene Fehlinvestitionen nach der Bewältigung der Vorinsolvenz, insbesondere der ausgesprochen verlustreiche Erwerb einer anderen Gesellschaft.

Den neuen Antrag ebenfalls wegen Zahlungsunfähigkeit stellte als Generalbevollmächtigter der Schuldnerin dieselbe Person, die während des ersten Insolvenzverfahrens als Sanierungsgeschäftsführer fungiert hatte. Das Verfahren war ähnlich vorbereitet worden. Insbesondere waren drei Mitglieder für einen Gläubigerausschuss (Kreditinstitut, Betriebsrat und Kleingläubiger) gefunden, die der Bestellung des ausgewählten Sachwalters, einer anderen Person als im ersten Verfahren, zugestimmt hatten. Einzelermächtigungen zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten durch den Schuldner wurden ebenfalls beantragt.

Das Gericht erließ alle Anordnungen antragsgemäß. Nach zweieinhalb Monaten wurde das Verfahren eröffnet. Im Berichtstermin wurden gut einen Monat später alle Anordnungen bestätigt. Nach weiteren drei Monaten wurde das Verfahren erneut nach Zustimmung aller anwesenden Gläubiger durch Insolvenzplan beendet. Dieser Plan sah ebenfalls keine Eingriffe in Gesellschafterrechte vor. Die ungesicherten, nicht nachrangigen Gläubiger sollten 4 % Quote erhalten. Ein M&A-Prozess hatte keinen Kaufinteressenten erbracht.

II. Rechtliche Probleme

In beiden Verfahren haben die Beteiligten keine rechtlichen Fragestellungen problematisiert. Es lässt sich auch ausschließen, dass die Folgeinsolvenz auf falschen Weichenstellungen des ersten Verfahrens beruht. Vielmehr sind Fehler der Geschäftsleitung bei Folgeentscheidungen verantwortlich.

Auffällig sind aber die Ergebnisse beider Insolvenzpläne. Die ungesicherten Insolvenzgläubiger mussten erhebliche Abschläge auf ihre Forderungen hinnehmen, während die Position der Gesellschafter nicht angetastet wurde. Für dieses Ergebnis sprach zwar, dass die Investorensuche in beiden Verfahren zu keinen Ergebnissen führte. Ungeachtet dessen ist allerdings die Verzichtsbereitschaft der Gläubiger hervorzuheben, wenn man sie mit der Rechtsstellung der Gesellschafter vergleicht. Ein Debt-Equity-Swap oder eine Beteiligung der Gläubiger an künftigen Gewinnen wurden nicht erwogen. Das lässt die Frage aufkom-

men, ob die Interessen der Gläubiger tatsächlich durch Gläubigerausschuss und Sachwalter hinreichend repräsentiert werden. So mag der Sachwalter jeweils auf die Unterstützung des Schuldners durch das Votum des Gläubigerausschusses verweisen. Bei den Gläubigerausschussmitgliedern lässt sich hinterfragen, inwieweit diese das Gesamtinteresse der Gläubiger repräsentieren. Kreditinstitute sind vielfach gesichert. Arbeitnehmer mag an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gelegen sein. Bei weiteren Gläubigern wie Lieferanten ist ebenfalls wahrscheinlich, dass sie auch über eine Sicherung verfügen. Bei den Kleingläubigern, die häufig ungesichert sein mögen, ist die Wahrscheinlichkeit am größten, dass ihnen an Schuldner und Gesellschaftern gelegen ist oder sie auch andere Interesse wie die Fortsetzung einer Geschäftsbeziehung verfolgen. Zu allen diesen Aspekten lässt sich freilich allein anhand des Akteninhalts keine verlässliche Aussage treffen.

F. Fallstudie Nr. 6

Die Fallstudie schildert ein Verfahren an einem kleineren Insolvenzgericht.

I. Sachverhalt

Das Schuldnerunternehmen produzierte selbst sowie mit zwei Tochtergesellschaften solarteknische Produkte. Sie ging mit ca. 150 eigenen Mitarbeitern in die Insolvenz – gemeinsam mit einer Tochtergesellschaft. Der Antrag war Teil eines „Sanierungskonzepts“, das auf einen Verkauf des Unternehmens an einen noch zu findenden Investor abzielte und über den zuvor bestellten Sanierungsgeschäftsführer (CRO) umgesetzt werden sollte, und wurde wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt; zugleich wurde die vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a InsO beantragt. Das Gericht folgte letzterem Antrag, ernannte einen vorläufigen Sachwalter sowie einen personenverschiedenen Sachverständigen für das Eröffnungsgutachten und bestellte einen vorläufigen Gläubigerausschuss aus den drei vorgeschlagenen Mitgliedern.

Sechs Wochen später beantragte die Schuldnerin gerichtliche Einzelermächtigungen zur Begründung von Masseverbindlichkeiten, die sich insbesondere auch auf die Kosten für die Beratung durch den CRO erstrecken sollten. Dabei wurde dem Gericht bekannt, dass sich diese Beratungskosten auf 65.000 Euro netto bzw. 77.350 Euro brutto im Monat belaufen. Diese Angaben der Schuldnerin wurden dem Gericht vom Sachverständigen wie auch vom vorläufigen Sachwalter bestätigt. Es war zudem vorgesehen, die Position des CRO und damit dessen Vergütung auch im eröffneten Verfahren beizubehalten. Der vom Gericht eingesetzte Sachverständige stellte in seinem Eröffnungsgutachten fest, dass aktuell noch kein Investor für die Schuldnerin gefunden sei. Nach Einschätzung des Sachverständigen und Sachwalters würde ohne Investor binnen weiterer sechs Wochen die Zahlungsunfähigkeit eintreten.

Das Gericht nahm diese Sachlage zum Anlass, den Antrag auf Eigenverwaltung kritisch zu betrachten, und erwog, das Verfahren als Regelverfahren zu eröffnen. Hierzu gewährte es dem vorläufigen Gläubigerausschuss und der Schuldnerin die Möglichkeit der Stellungnahme. Nach Ablauf der gesetzten Frist erlaubte das Gericht dem vorläufigen Gläubigerausschuss, eine in der für den gleichen Tag anberaumten Sitzung erarbeitete Stellungnahme nachzureichen. Abends erreichte das Gericht dann die E-Mail eines Ausschussmitglieds, in der dieses mitteilte, dass der vorläufige Gläubigerausschuss sich einstimmig für ein Beibehalten der Eigenverwaltung ausgesprochen habe.

Am Folgetag eröffnete das Gericht das Verfahren dennoch unter Ablehnung des Antrags auf Eigenverwaltung als Regelinsolvenzverfahren und bestellte den vorläufigen Sachwalter zum Insolvenzverwalter. Dies wurde damit begründet, dass es zum einen keinen bindenden Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 270 Abs. 3 InsO feststellen könne und zugleich ein Nachteil nach § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO gegeben sei. Letzteres begründete das Gericht mit den signifikant über den Kosten eines Regelverfahrens liegenden Kosten der Eigenverwaltung. Hierzu verglich es die prognostizierten Kosten des Regelinsolvenzverfahrens (durch Zuschläge um 100% erhöhten Regelvergütungsbetrag des Insolvenzverwalters bei einer veranschlagten freien Masse von 8.159.000 Euro) von 381.860 Euro mit den vorsichtig prognostizierten Gesamtmehrkosten einer nur sechsmonatigen Eigenverwaltung (Sachwaltervergütung ohne Zuschläge von 114.558 Euro zzgl. Beraterkosten für den CRO) von 504.558 Euro. Diese Mehrkosten von 32,13% würden sich bei einer Verfahrensdauer von 12 Monaten auf Mehrkosten von 134,26% erhöhen. Schließlich seien schon im Eröffnungsverfahren Mehrkosten von 84.606,50 Euro (53,65%) angefallen. Eine Kompensation dieser Mehrkosten durch einen nur in Eigenverwaltung erzielbaren Mehrerlös in der Veräußerung der Unternehmensteile konnte das Gericht nicht feststellen.

Die fristgerecht eingereichte und gegen die Ablehnung der Eigenverwaltung gerichtete sofortige Beschwerde der Schuldnerin stützte sich in ihrer Begründung allein auf die Bindungswirkung der Beschlussfassung des vorläufigen Gläubigerausschusses. Hierzu wurden dem Gericht die Stellungnahmen aller Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses nachgereicht, aus denen sich ergibt, dass alle der Eröffnung in Eigenverwaltung zustimmen. Der Kostenvergleich des Gerichts wurde nicht angegriffen. Das Gericht akzeptierte nun das Vorliegen einer Beschlusslage nach § 270 Abs. 3 Satz 2 InsO und ordnete infolgedessen die Eröffnung in Eigenverwaltung an. Der Insolvenzverwalter wurde zum Sachwalter bestellt.

Die Investorensuche gestaltete sich weiter schwierig, sodass es bald zur Entlassung von 65 Mitarbeitern bei der Schuldnerin kam und nachfolgend beschlossen wurde, den Betrieb gänzlich einzustellen. Wenig später folgte der Beschluss über die Betriebseinstellung bei der insolventen Tochtergesellschaft. Erst im November gelang der Verkauf der nicht insolventen Tochter.

II. Rechtliche Probleme

1. Der Fall demonstriert zum einen die Strukturprobleme des Nachteilsbegriffs als Steuerungsinstrument des Zugangs zur Eigenverwaltung.

Definiert man die „Nachteile für die Gläubiger“ in § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO naturgemäß dahingehend, dass eine infolge der Eigenverwaltung im Vergleich zum Regelverfahren ein-

tretende Verringerung der verteilungsfähigen Insolvenzmasse und damit der zu erwartenden Befriedigungsquote der ungesicherten Gläubiger für diese nachteilig ist, so muss die Eigenverwaltung stets abgelehnt werden, wenn diese solche Mehrkosten verursacht. Diese Folge ist aber problematisch, da zugleich eine beantragte Eigenverwaltung auch dann als nachteilig für die Gläubiger anzusehen und folglich abzulehnen ist, wenn der Schuldner bzw. dessen Geschäftsleitung die mit der Eigenverwaltung verbundenen insolvenzspezifischen Aufgaben mangels entsprechender Sachkenntnis nicht erfüllen können. Da eine Übertragung dieser Aufgaben auf den Sachwalter nicht zulässig ist, sind Schuldner praktisch gezwungen, sich diesen Sachverstand am Markt einzukaufen. Dies wiederum führt in der Konsequenz dazu, dass die Eigenverwaltung in der Regel sowohl Beratungskosten als auch Sachwalterkosten verursacht, während im Regelverfahren nur der Insolvenzverwalter zu vergüten ist, der alle Aufgaben in Personalunion vereint. Die Eigenverwaltung erzeugt insofern typischerweise Mehrkosten und diese – angesichts der marktüblichen Vergütungssätze für die risiko- und haftungsträchtige Sanierungsberatung – in nicht unerheblichem Umfang. Zugleich werden diese Mehrkosten nur selten, was auch dieser Fall anschaulich darlegt, durch einen nachweisbaren Mehrerlös kompensiert.

Letzteres gilt umso mehr in Fällen, in denen die Eigenverwaltung nicht dazu dient, einen gefundenen Investor zu binden, sondern in denen von vornherein noch eine offene Investorensuche stattfinden soll. Scheitert diese, wie in diesem Fall, so sind erhebliche Quoteneinbußen die Folge.

2. Deutlich wird zum anderen auch, welche Funktion daher dem Votum des vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 270 Abs. 3 Satz 2 InsO zukommt. Befürwortet er, wie in diesem Fall, die Eigenverwaltung einstimmig, so legitimiert er die Einbußen für die Gläubiger-gesamtheit als deren Repräsentationsorgan. Ob diese Legimitationswirkung einem Ausschuss mit drei Mitgliedern zukommen sollte, ist ebenso diskussionswürdig wie die Frage, inwieweit derartige Entscheidungen trotz erheblicher Mehrkosten der Eigenverwaltung im Fall einer offenen Investorensuche für die Ausschussmitglieder haftungsrelevant sind.

3. Insgesamt zeigt der Fall, dass aufgrund eines einstimmigen Gläubigerausschussvotums derzeit jedes Verfahren in Eigenverwaltung zu eröffnen ist. Gläubigernachteile sind dann ebenso irrelevant wie das verfolgte Konzept zur Insolvenzbewältigung. Eine inhaltliche Steuerung des Zugangs zur Eigenverwaltung, etwa durch Mindestanforderungen, fehlt. Ebenso fehlen konkrete Mindestvorgaben an die Besetzung und die Beschlussfassung des Ausschusses.

G. Fallstudie Nr. 7

Die Fallstudie schildert ein Verfahren an einem mittelgroßen Insolvenzgericht mit lokaler Öffentlichkeitswirkung.

I. Sachverhalt

Die als AG verfasste Schuldnerin betrieb die Herstellung und den Vertrieb von Fahrrädern und E-Bikes für den Fach- und Einzelhandel sowie für Industrieunternehmen mit zuletzt ca. 600 Arbeitnehmern. Angesichts einer schwierigen Unternehmenslage wurde bereits im Frühjahr 2014 ein Sanierungsexperte in den Vorstand berufen; Gespräche mit potenziellen Investoren über eine Beteiligung wurden aufgenommen. Im Sommer 2014 waren Verhandlungen mit einem Investor weit fortgeschritten; das Unternehmen plante, die Wareneinkäufe im Herbst 2014 für die Produktion der Saison 2015 durch den Investor zu finanzieren. Als sich der Investor im August 2014 zurückzog, verweigerten die finanzierenden Kreditinstitute eine Verlängerung der Kontokorrentkreditlinie über den 30.9.2014 hinaus.

Daraufhin fand eine Sitzung von voraussichtlichen Mitgliedern eines vorläufigen Gläubigerausschusses statt, in der der Sanierungs-Vorstand darüber informierte, dass die Schuldnerin beabsichtige, einen Insolvenzantrag zu stellen und die vorläufige Eigenverwaltung zu beantragen. Zudem sollte ein neuer, derzeit noch unbekannter Vorstandsvorsitzender bestellt werden. Die anwesenden Gläubiger äußerten Bedenken, insbesondere hinsichtlich der Unabhängigkeit des Sanierungsvorstands vom Aufsichtsrat (im Hinblick auf umfangreiche Zustimmungsvorbehalte in der Geschäftsordnung), und waren allenfalls unter bestimmten Umständen bereit, eine Eigenverwaltung zu unterstützen. Im Anschluss an eine Aufsichtsratssitzung stellte die Schuldnerin Ende September 2014 ohne Änderungen in der Struktur der Geschäftsleitung die angekündigten Anträge wegen Zahlungsunfähigkeit, woraufhin das Insolvenzgericht noch am gleichen Tag die vorläufige Eigenverwaltung zuließ und einen vorläufigen Sachwalter bestellte. Am Folgetag bestellte der Aufsichtsrat einen neuen Vorstandsvorsitzenden. Das Gericht beschloss am Tag der Antragstellung die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses, dem auch Gläubiger des „vor-vorläufigen Gläubigerausschusses“ angehörten. In seiner ersten Sitzung beschloss der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig, nicht mit der vorläufigen Eigenverwaltung einverstanden zu sein; stattdessen wurde dem Insolvenzgericht nahegelegt, den vorläufigen Sachwalter zum starken vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen. Der Aufsichtsrat trat dem entgegen und verwies seinerseits auf Eigeninteressen einzelner Ausschussmitglieder im Hinblick auf ein Regelin-

solvenzverfahren. Beide Vorstände der AG wiesen zudem auf die fatale Außenwirkung eines Wechsels der Verfahrensart hin.

Daraufhin änderte das Insolvenzgericht seinen Beschluss vom Tag der Antragstellung dahingehend ab, dass es der Schuldnerin ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegte und den bisherigen vorläufigen Sachwalter als vorläufigen Insolvenzverwalter einsetzte. Zur Begründung verwies es zum einen darauf, dass die zunächst angeordnete Eigenverwaltung keine hinreichende Gewähr mehr dafür biete, dass die Vorfinanzierung notwendiger Wareneinkäufe gelingen könne, zumal einer der Hauptlieferanten der Schuldnerin erklärt habe, er sei nur bei Bestellung durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter bereit, zu den üblichen Konditionen zu liefern. Zum anderen sei das Vertrauensverhältnis zwischen Gläubigerausschuss und Unternehmensleitung nicht mehr uneingeschränkt gegeben.

Hierauf reagierte der Aufsichtsrat mit der Abberufung des ursprünglichen Sanierungsvorstands und einem (erfolglosen) Antrag auf Entlassung des vorläufigen Insolvenzverwalters. Der verbliebene Vorstandsvorsitzende der Schuldnerin legte sofortige Beschwerde gegen den Beschluss des Insolvenzgerichts ein; sie hatte vor dem Landgericht keinen Erfolg, wobei sich das Gericht in einer überaus ausführlichen Würdigung aller tatsächlichen Umstände dafür aussprach, Nachteile in einer Wiederanordnung der Eigenverwaltung zu erkennen. Vor allem aber stellte das Gericht primär auf das Votum des vorläufigen Gläubigerausschusses ab. Es führte zudem an, dass der Vorteil der Kontinuität der Eigenverwaltung bereits verloren und das notwendige Vertrauensverhältnis zwischen Sachwalter und Unternehmensleitung zerrüttet sei.

Die zugelassene Rechtsbeschwerde wurde durch die Schuldnerin ebenfalls erfolglos eingelegt. Insbesondere machten die Verfahrensbevollmächtigten der Schuldnerin beim Bundesgerichtshof die Fertigung der Rechtsbeschwerdebegründung angesichts der zwischenzeitlich erfolgten Eröffnung des Insolvenzverfahrens von der Zahlung eines Vorschusses abhängig, den die Schuldnerin nicht bezahlen konnte und der Insolvenzverwalter nicht bezahlen wollte. Eine hierauf gerichtete einstweilige Verfügung blieb in zwei Instanzen erfolglos. Die von der Schuldnerin daraufhin beantragte Prozesskostenhilfe für die Begründung der Rechtsbeschwerde wurde vom BGH abgelehnt. Der Senat sah kein allgemeines Interesse an der Rechtsverfolgung, „wenn nach Prüfung der Umstände des Einzelfalls in einem abändernden Beschluss auf Vorschlag des vorläufigen Sachwalters und entsprechend dem einstimmigen Votum des vorläufigen Gläubigerausschusses doch ein starker vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wird. Dies gilt vor allem, wenn die vorgenommene Bestellung des vorläufigen starken Insolvenzverwalters nach mehreren Monaten wieder rückgängig gemacht werden müsste, weil die Wirkungen von Rechtshandlungen, die von ihm oder ihm gegenüber vorgenommen worden sind, unberührt bleiben müssten (§ 34 Abs. 3 Satz 3 InsO entspre-

chend).⁵⁹² Auch sei infolge der zwischenzeitlichen Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Bestellung eines vorläufigen starken Insolvenzverwalters verfahrensrechtlich überholt.

Im Insolvenzverfahren gelang noch 2014 die Veräußerung des Unternehmens an einen Investor im Wege der übertragenden Sanierung. Allerdings musste auch dieser schon 2017 erneut Insolvenz anmelden. Auch in diesem Verfahren fand sich dann ein Käufer, der seit dem Sommer 2017 die Produktion mit ca. 500 Mitarbeitern fortführt.

II. Rechtliche Probleme

Der Fall demonstriert exemplarisch Konflikte, die zu einem Scheitern einer Eigenverwaltung führen.

1. Eine (vorläufige) Eigenverwaltung, die von der Unternehmensleitung ohne oder gar gegen die Unterstützung wesentlicher Gläubiger beantragt wird, hat es von Anfang an schwer, Vertrauen in die Geschäftsleitung zu schaffen oder zu erhalten. Dabei spielt es weniger eine Rolle, ob Nachteilsbefürchtungen konkret belegbar sind. Es sind eben jene Befürchtungen, die das Verfahren belasten. Dabei wird man es als selbstverständlich voraussetzen dürfen, dass die handelnden Personen auf der Schuldnerseite (Geschäftsleitung, Aufsichtsrat, Gesellschafter) wie auch auf den Seiten der anderen Stakeholder (Anleihegläubiger und ihr gemeinsamer Vertreter, Lieferanten, Banken, Versicherer, PSV, Arbeitnehmer und Gewerkschaften, Vertreter der Kommunen, etc.) stets primär im Interesse der bestmöglichen Durchsetzung der eigenen Interessen handeln werden. Diese sind auch aus Rechtsgründen erst zurückzustellen, wenn dies im Interesse einer bestmöglichen Befriedigung erforderlich wird.⁵⁹³ Vertrauen zwischen den Beteiligten, das nicht schon zu Beginn des Verfahrens etabliert war, wird sich insofern kaum noch in einem Insolvenz(eröffnungs)verfahren aufbauen lassen, in dem sich Konflikte zwischen persönlichen Interessen eher verschärfen.

2. Vorabsprachen mit Gläubigervertretern sollten aus diesen Gründen zu einer vorbehaltlosen Unterstützung des Sanierungskonzepts inklusive der Governance-Strukturen bei der Schuldnerin geführt haben, bevor ein Insolvenzantrag mit Antrag nach § 270a InsO gestellt wird.

3. Der (vorläufige) Gläubigerausschuss ist befugt, der Eigenverwaltung jederzeit seine Unterstützung zu entziehen. Der Gesetzgeber hat die Folgen eines entsprechenden Beschlusses leider nur für das Schutzschirmverfahren (Aufhebungsgrund) und die Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren (irrelevant) eindeutig und jeweils anders geregelt. Unklar ist

⁵⁹² BGH NZI 2015, 413 Rn. 11.

⁵⁹³ BGH NZI 2007, 346, 347 Rn. 22.

daher, ob bei Verfahren nach § 270a InsO ein drittes Regelungsregime (§ 21 InsO) hinzutritt oder aber eine Analogie zu § 270b Abs. 4 Nr. 2 InsO möglich ist, die dazu führt, dass das Gericht bei allen Formen der vorläufigen Eigenverwaltung diese aufgrund des Beschlusses aufzuheben hat, ohne dass es noch der Prüfung von Nachteilen bedarf. Alternativ wäre es auch denkbar, analog § 272 InsO das Votum des Ausschusses für irrelevant zu halten. Bei der Bewertung dieser Regelungsalternativen wird zu beachten sein, dass die Richtigkeitsgewähr des Ausschussvotums entscheidend vom jeweiligen Quorum (einstimmig vs. Mehrheit) und natürlich von der Repräsentanz und Kompetenz seiner Mitglieder abhängt. In diesem Fall wird man keinen „family&friends“-Ausschuss erkennen können. Wohl aber gab es Vorwürfe von Seiten der Schuldnerin dahingehend, dass weniger routinierte Ausschussmitglieder durch die Steuerungsmacht des Sachwalters und einzelner professioneller Mitglieder hinsichtlich der Darstellung von Risiken und Sachverhalten beeinflussbar gewesen seien. Neben der Repräsentanz könnte insofern auch die Kompetenz von Personen gerade für die Vertreter von Arbeitnehmern, Kleingläubigern oder Kommunen relevant sein für die Auswahl in einen Gläubigerausschuss.

4. Ein Mindestmaß an Professionalität der Ausschussmitglieder scheint schließlich auch notwendig, um deren Kenntnis und sachgerechten Umgang mit den Eigeninteressen von Ausschussmitgliedern, insbesondere eines gemeinsamen Vertreters von Anleihegläubigern, sicherzustellen.

H. Fallstudie Nr. 8

Die Fallstudie schildert ein Verfahren an einem großen Insolvenzgericht mit erheblicher Öffentlichkeitswirkung. Sie kann exemplarisch aufzeigen, dass die mit dem ESUG geschaffenen Instrumenten auch dazu genutzt wurden, rein gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten auszufechten.

I. Sachverhalt

Das Schuldnerunternehmen ist eine Verlagsgesellschaft. Motiv für die Verfahrenseinleitung waren Streitigkeiten zwischen den hinter beiden Kommanditisten stehenden Personen, die seit dem Einstieg der Minderheitskommandistin im Jahr 2006 über deren Mitbestimmungsrechte geführt wurden. Diese Streitigkeiten wurden über Jahre auch gerichtlich geführt und dauerten im Jahr 2013 in unverminderter Härte an. Die Hinzuziehung eines renommierten Sanierungsberaters als Generalbevollmächtigten durch die Geschäftsführung im Einvernehmen mit der Mehrheitskommandistin führte im Jahr 2013 zur Stellung eines Eigenantrags der Schuldnerin, der darauf abzielte, die gegenseitige Blockade in den Governance-Strukturen der Verlagsgesellschaft im Wege eines Insolvenzplans aufzulösen, der seit Inkrafttreten des ESUG im März 2012 auch Veränderungen in der Gesellschafterstruktur einer Schuldnergesellschaft gegen den Willen von Gesellschaftern zuließ. Insbesondere für Personengesellschaften wie für die KG unterscheidet sich das Planverfahren insoweit grundlegend von den gesellschaftsrechtlichen Handlungsoptionen. Zu dem großen Medieninteresse am Schicksal des Verlags, aber auch am Ausgang des Zweikampfs der Protagonisten gesellte sich damit von Anfang an auch ein enormes fachliches Interesse an der Bestimmung der Reichweite von insolvenzrechtlichen Eingriffen in gesellschaftsrechtliche Rechtspositionen und Willensbildungsmechanismen.

Der Eigenantrag wurde wegen drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung gestellt und mit dem Antrag auf ein Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO verbunden, weshalb auch die Person des vorläufigen Sachwalters vorgeschlagen wurde. Eine Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO wurde vorgelegt. Noch am gleichen Tag ordnete das Gericht das Schutzschirmverfahren an. Es bestellte den vorgeschlagenen vorläufigen Sachwalter beauftragte ihn zugleich mit der Erstellung des Eröffnungsgutachtens.

Der eingesetzte vorläufige Gläubigerausschuss, bestehend aus fünf Mitgliedern (Arbeitnehmer, Autor, PSV, BfA, einfacher Gläubiger), unterstützte in seiner ersten Sitzung einstimmig die Eigenverwaltung (§ 270 Abs. 3 Satz 2 InsO) und lehnte zugleich die von der

Minderheitskommanditistin beantragte Aufhebung des Verfahrens (§ 270b Abs. 4 Nr. 2 InsO) ab.

In seinem Eröffnungsgutachten stellte der vorläufige Sachwalter dann sowohl die Zahlungsunfähigkeit als auch die Überschuldung fest, wobei er auch festhielt, dass es nicht die Aufgabe des Gutachters sei, „eine plausible, nachvollziehbare Überschuldungsbilanz des Schuldners zu verwerfen“, selbst wenn andere Wertansätze genauso plausibel darstellbar wären. Folgerichtig stützte sich die Annahme der Eröffnungsgründe auf eine plausible, wenngleich zurückhaltende Bewertung des Lagerbestands, der Verlagsrechte und des Good Will, während zugleich eine erhebliche Gesellschafterforderung der Mehrheitskommanditistin ebenso berücksichtigt wurde wie die Kosten der Liquidation im Verfahren. Deren Fälligkeit sowie der Ansatz prägte auch die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit.

Auf der Grundlage dieses Gutachtens sowie der Beschlüsse des vorläufigen Gläubigerausschusses hat das Gericht das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung eröffnet und den vorläufigen Sachwalter zum Sachwalter bestellt.

Pflichtgemäß legte die Schuldnerin am gleichen Tag einen (später leicht modifizierten) Insolvenzplan vor. Dieser sah neben der vollen, wenngleich gestundeten Befriedigung aller Gläubigerforderungen die Umwandlung (Formwechsel) der KG in eine Aktiengesellschaft und eine Kapitalerhöhung zugunsten eines neuen Investors vor. Alle Gesellschafterforderungen würden nach einem Rangrücktritt erlöschen. Da die Minderheitskommanditistin durch den Plan zur Minderheitsaktionärin würde, ohne ihre Mitbestimmungsrechte zu behalten, hat der Plan das Governance-Problem der Schuldnerin zugunsten der Mehrheitskommanditistin gelöst.

Im Erörterungs- und Abstimmungstermin, den die Minderheitskommanditistin auch durch Anrufung des Bundesverfassungsgerichts nicht verhindern konnte, fand der Insolvenzplan in allen Gläubigergruppen die Mehrheit. In der Gesellschaftergruppe stimmte die Minderheitskommanditistin naturgemäß gegen den Plan, dem sie zuvor widersprochen hatte. Von der ihr durch das Gericht gegebenen Möglichkeit, einen Antrag nach § 251 InsO zu stellen, machte sie keinen Gebrauch.

Das Insolvenzgericht bestätigte den Insolvenzplan. Insbesondere einen Verstoß gegen § 226 InsO wollte es nicht erkennen, da der Plan (in seiner finalen Form) allen Gesellschaftern im Ergebnis dieselbe Rechtsstellung als Aktionär unter Verzicht auf die Gesellschafterforderungen zuweise, es also an einem Sondervorteil für die Mehrheitsgesellschafterin fehle. Auch sei ein Formwechsel als Planmaßnahme von § 225a Abs. 3 InsO gedeckt. Einwände gegen Stimmrechte seien bereits rechtskräftig entschieden und die Notwendigkeit des Plans

ergäbe sich aus dem Eröffnungsgutachten. § 251 InsO war mangels entsprechenden Antrags nicht zu prüfen.

Die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde hat das Landgericht zunächst mangels vorangegangenen Minderheitenschutzantrags als unzulässig verworfen, zugleich aber gegen seinen Beschluss die Rechtsbeschwerde zugelassen. Acht Wochen später folgte ein weiterer Beschluss über die Freigabe des Plans gem. § 253 Abs. 4 InsO; auch hier wurde die Rechtsbeschwerde zugelassen.

Der BGH hat in der Folge beide Beschlüsse des Landgerichts als fehlerhaft aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Der Senat stellte zum einen fest, dass die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde in § 253 Abs. 2 InsO keine Stellung eines Minderheitenschutzantrags nach § 251 InsO voraussetzt. Zum anderen sei eine wesentliche Schlechterstellung der Minderheitsgesellschafterin plausibel, da angesichts der vollen Befriedigung aller Gläubiger von einer Werthaltigkeit der Gesellschafterrechte auszugehen sei, zugleich aber die Minderheitsgesellschafterin ihre Mitbestimmungsrechte verliere und eine Verwässerung ihrer Anteile mit der Kapitalerhöhung eintrete. Der Freigabebeschluss sei nach Beendigung der Beschwerdeinstanz durch den Verwerfungsbeschluss ins Leere gegangen. Wenig später stellte der Senat im Rahmen des Kostenstreits über die Rechtsbeschwerde gegen den Freigabebeschluss zudem fest, dass eine Rechtsbeschwerde gegen die Freigabeentscheidung unstatthaft und damit unzulässig ist.

Im Herbst 2014 hat das Landgericht eine erneute Entscheidung über die Beschwerde dadurch umgangen, dass es die Freigabe nach § 253 Abs. 4 InsO erteilte, die unanfechtbar ist und damit den Streit um den Insolvenzplan im insolvenzrechtlichen Instanzenzug beendet. Die damit eintretenden rechtlichen Wirkungen des Plans konnte die Minderheitskommanditistin auch nicht im Wege einer Verfassungsbeschwerde, verbunden mit einer einstweiligen Anordnung, rückgängig machen; den Erlass letzterer lehnte das BVerfG kurz vor Weihnachten 2014 ab; erstere nahm es nicht zur Entscheidung an.

Inwieweit die Minderheitsgesellschafterin Schadenersatz geltend machte und im Streitfall vor dem Prozessgericht nach § 253 Abs. 4 Satz 3 InsO einklagte, ergibt sich aus der Akte nicht.

II. Rechtliche Probleme

Der Fall demonstriert – je nach Blickwinkel – die Wirkungsmacht oder eben Missbrauchsgefahr der Verwendung von insolvenzrechtlichen Instrumenten zur Neuregelung gesellschaftsrechtlicher Strukturen.

1. Insoweit ist schon fraglich, unter welchen Voraussetzungen ein Gesellschafter im Rahmen des Streits um Kompetenzen aus Gesellschaftsverträgen das Spielfeld des Gesellschaftsrechts zugunsten des Insolvenzrechts verlassen kann. Die eigenmächtige Insolvenzantragstellung ohne einen legitimierenden Gesellschafterbeschluss wäre wohl nur – wie hier – aufgrund einer unbeschränkten organschaftlichen Vertretungsmacht im Außenverhältnis der antragstellenden Geschäftsleitung verfahrensrechtlich wirksam, zugleich aber gesellschaftsrechtswidrig (Pflichtverletzung im Innenverhältnis) und daher im Innenverhältnis haftungsrechtlich sanktioniert. Ob insoweit eine Schadenersatzpflicht die im Einzelfall erreichte Verfahrenseinleitung bzw. das dort erreichte Verfahrensergebnis konterkarieren kann (Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB auf Wiederherstellung der im Insolvenzplan entzogenen Rechte), ist offen. Derartige Ansprüche wurden im vorliegenden Fall nicht verfolgt. Erfolgt die Antragstellung hingegen auf der Grundlage einer Antragspflicht (§ 15a Abs. 1 InsO) durch einen der Pflichtigen, so wird man hierin wohl auch ohne vorherigen Gesellschafterbeschluss keine Pflichtverletzung erkennen können.

2. Das aufgrund eines zulässigen Insolvenzantrags eingeleitete Eröffnungsverfahren kann der in seinen Rechten bedrohte Minderheitsgesellschafter nicht einseitig beenden. Ihm fehlt sowohl jedes Recht zur Rücknahme des Antrags als auch die Möglichkeit, einen Aufhebungsgrund herbeizuführen (vgl. § 270b Abs. 4 InsO). Ob der Minderheitsgesellschafter den Antragsteller aus gesellschaftsrechtlichen Gründen zur Antragsrücknahme verpflichten kann (Treuepflicht), ist unklar.

3. Inwieweit man vor diesem Hintergrund dem zur Überwindung eines Gesellschafterstreits gestellten Insolvenzantrag die Zulässigkeit wegen Insolvenzzweckwidrigkeit absprechen muss, ist ebenfalls streitig. Jedenfalls bei Vorliegen einer materiellen Insolvenz im Sinne der §§ 17, 19 InsO wird man aber wohl jeder Gesellschaft den Zugang zum Insolvenzrecht gewähren müssen.

4. Damit kommt dem Eröffnungsgutachten für die Zugangsfrage zentrale Bedeutung zu. Insofern erscheint fraglich, ob sich der Gutachter der besonderen Konstellation und Bedeutung seines Gutachtens bewusst verschließen und im Zweifel den Wertvorstellungen der Antragsteller folgen sollte. Auch dürfte es inzwischen nicht mehr der Praxis vieler Insolvenzgerichte entsprechen, das Eröffnungsgutachten durch den vom Antragsteller vorgeschlagenen und insofern mitgebrachten Sachwalter erstellen zu lassen. Dass dieser unvoreingenommen bewertet, ist sicher nicht ausgeschlossen, darf aber eben auch bezweifelt werden. Hierunter leidet jedenfalls die Überzeugungskraft seines Gutachtens für viele Beteiligte – wie das Echo in diesem Fall eindrücklich beweist. Nicht umsonst führt nach zivilprozessualen Grundsätzen schon die bloße Besorgnis der Befangenheit zu einem Ablehnungsgrund als Sachverständiger.

5. Der Fall offenbart zudem, dass die Grundannahme einer Richtigkeitsgewähr des Insolvenzplans bei hinreichender Gläubigerunterstützung bei Insolvenzplänen zweifelhaft ist, in denen den Gläubigern keine Nachteile zugemutet werden, da sie sich im Kern gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen beinhalten. Es verwundert kaum, dass der Plan in allen Gläubigergruppen mit Mehrheit angenommen wurde und dass auch in der Gesellschaftergruppe die Mehrheitsgesellschafterin für den Plan stimmte.

6. Insolvenzzurechtlich wird insofern die Gruppenbildung fraglich. Trifft der Plan den Minderheitsgesellschafter wegen des Verlustes von Mitbestimmungsrechten härter als den Mehrheitsgesellschafter, so wird zu diskutieren sein, ob man anders als in diesem Fall für beide getrennte Gruppen bilden muss, um dem Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 226 InsO) gerecht zu werden. Die danach fehlende Zustimmung der Minderheitsgesellschaftergruppe würde dann nur ersetzt werden können, wenn dem Gleichbehandlungsgebot zwischen Beteiligten gleicher Rangstellung genüge getan wurde (§ 245 Abs. 2 Nr. 2 InsO).

7. Aus dem Blickwinkel des Gesellschaftsrechts ist zu diskutieren, ob dem Mehrheitsgesellschafter nicht schon eine einseitig die Eigeninteressen betonende Planerstellung verboten ist oder aber ob er einem derartigen Plan im Abstimmungstermin zustimmen darf. § 238a InsO scheint dafür zu sprechen, derartige Bindungen für irrelevant halten zu dürfen. Im Suhrkamp-Fall gab es insofern widersprüchliche Entscheidungen des LG und des OLG Frankfurt.⁵⁹⁴

8. Betrachtet man den Planinhalt, so offenbart er die Sanierungswirkung von Umwandlungsmaßnahmen, die – ohne dass es der ESUG-Gesetzgeber im Blick hatte – über § 225a Abs. 3 InsO wohl plantauglich sind. Werden durch solche Maßnahmen werthaltige Beteiligungen verwässert, so kann sich hieraus nach Auffassung des BGH eine Schlechterstellung im Sinne der §§ 245, 251, 253 InsO ergeben. Darüber hinaus wird zu diskutieren sein, ob im Fall des auf einzelne Gesellschafter beschränkten Verlustes von Sonderrechten Sonderopfer im Sinne einer Ungleichbehandlung vorliegen, die dann für § 226 und § 245 InsO relevant wären.

9. Der Fall illustriert schließlich eindringlich die enorme Wirkung der durch das ESUG geschaffenen Freigabeoption in § 253 Abs. 4 InsO. Berücksichtigt man – wie das Landgericht – bei den „Nachteilen einer Verzögerung des Plans“ durch ein Rechtsmittelverfahren die Nachteile einer scheiternden Sanierung im Sinne einer Zerschlagung und verlangt man für einen „schweren Rechtsverstoß“ einen unstreitig rechtswidrigen Plan, so ist bei Sanierungsplänen kaum ein Fall denkbar, in dem ein Gericht einen Freigabeantrag ablehnen könnte.

⁵⁹⁴ LG Frankfurt am Main vom 10.9.2013, ZIP 2013, 1821; aufgehoben durch OLG Frankfurt am Main vom 1.10.2013, ZIP 2013, 2018.

10. Offen ist schließlich, inwieweit die Minderheitsgesellschafterin aus dem gesamten Geschehen Schadenersatzansprüche herleiten kann und welche Rechtsfolgen solch ein Anspruch hätte. § 253 Abs. 4 Satz 3 InsO verbietet insofern die Rückgängigmachung des Planvollzugs als Schadenersatzfolge. Ob diese Anordnung auch für Ansprüche gilt, die nicht auf § 253 Abs. 4 InsO, sondern auch gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzungen beruhen, ist unklar.

I. Fallstudie Nr. 9

Die Fallstudie schildert ein Verfahren an einem mittelgroßen Insolvenzgericht mit erheblicher Öffentlichkeitswirkung. Sie kann exemplarisch aufzeigen, dass mit den im ESUG geschaffenen Instrumenten die Restrukturierung der Kapitalstruktur eines Großunternehmens trotz Streits binnen kurzer Frist gelingen kann. Das deutsche Insolvenzrecht ist für solche Fälle ähnlich effizient wie sein Vorbild, das US Chapter 11-Verfahren.

I. Sachverhalt

Das Schuldnerunternehmen ist eine Immobilienverwaltungsgesellschaft (Holding) mit Immobilienvermögen in ganz Europa. Infolge einer aggressiven Wachstumspolitik in den 2000er Jahren mit Ankäufen im Umfang von mehreren Mrd. Euro zu hohen – stets fremdkapitalfinanzierten – Transaktionskosten wurde der Konzern, insbesondere aber auch die Schuldnerin, durch die Finanz- und Wirtschaftskrise der frühen 2010er Jahre auf einen Sanierungskurs gezwungen. Die Schuldenlast aus Ankäufen war nun angesichts wegbrechender Mieteinnahmen schwer zu refinanzieren. In den Jahren 2009 bis 2012 mussten erhebliche Wertkorrekturen vorgenommen werden; dennoch konnte ein Kreditvolumen von ca. 4 Mrd. Euro prolongiert werden. 2012 begannen beteiligte Banken, Forderungen an Hedgefonds (Distressed Debt Investoren) abzustoßen. Als problematisch erwies sich nun, dass allein in den Jahren 2013/2014 ein weiterer Refinanzierungsbedarf von ca. 3,3 Mrd. Euro bestand. Substanzielle Restrukturierungsvorschläge der Schuldnerin, die auf einen Debt-Equity-Swap abzielten, waren aufgrund einer mehrschichtigen Kapitalstruktur angesichts erheblicher Differenzen hinsichtlich der Bewertung der Portfolien nur schwer ganzheitlich durchzusetzen, sodass außergerichtliche Refinanzierungsbemühungen am Ende scheiterten.

Nach einer Vorabstimmung mit dem Insolvenzgericht über die Anforderungen an einen – damals noch recht neuen – Schutzschirm Antrag sowie die Person des mitgebrachten Sachwalters stellte die Schuldnerin 2013 einen Insolvenzantrag (nur für die Holding) wegen Überschuldung, verbunden mit dem Antrag auf Anordnung einer Eigenverwaltung und dem Antrag nach § 270b InsO. Eine entsprechende Bescheinigung wurde vorgelegt. Die Bescheinigung war der Akte allerdings nicht beigelegt. Zugleich wurde die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses beantragt, dessen Mitglieder sowie ein vorläufiger Sachwalter vorgeschlagen. Das Gericht folgte allen Anträgen am Folgetag. Es bestellte den vorgeschlagenen vorläufigen Sachwalter und beauftragte ihn zugleich mit der Erstellung des Eröffnungsgutachtens.

Noch im Schutzschirmverfahren wurde pflichtgemäß der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit angezeigt, da die vorläufige Stundung fällig werdender Finanzverbindlichkeiten nicht erreicht werden konnte. Dennoch wurde die Eigenverwaltung vom vorläufigen Gläubigerausschuss einstimmig unterstützt und auch der vorläufige Sachwalter stellte keine Nachteile in seinem Eröffnungsgutachten fest. Vielmehr würde eine Änderung der Verfahrensart bisher erreichte Stillhalteabkommen gefährden.

Das Insolvenzgericht eröffnete das Insolvenzverfahren nach Vorlage des Insolvenzplans in Eigenverwaltung wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung. Es ernannte den vorläufigen Sachwalter zum Sachwalter. Der von der Schuldnerin vorgelegte Insolvenzplan wurde im eröffneten Verfahren mehrfach modifiziert und in seiner finalen Fassung ca. 5 Monate nach Verfahrenseröffnung zur Abstimmung gestellt.

Der Insolvenzplan sah eine Restrukturierung der Kapitalstruktur der Schuldnerin vor. Dort fanden sich zwei syndizierte Kredite in Höhe von ca. 2,5 Mrd. Euro, die teilweise bzw. vollständig werthaltig besichert waren, mehrere grundpfandrechtlich besicherte Objektfinanzierungen im Umfang von ca. 400 Mio. Euro sowie eine hochverzinsliche, unbesicherte, nachrangige Schuldverschreibung mit unbestimmter Laufzeit im Gesamtnominalbetrag von 400 Mio. Euro (Hybridanleihe). Hinzu kamen fällige Garantieverpflichtungen für Tochterunternehmen, insbesondere aus einer Wandelanleihe, von ca. 630 Mio. Euro und Eventualverbindlichkeiten in Höhe einer weiteren Mrd. Euro. Der Insolvenzplan bildete neben den üblichen Gruppen (PSV, Arbeitnehmer, Gruppengesellschaften, sonstige nicht nachrangige Gläubiger) besondere fakultative Gruppen für Finanzgläubiger in den einzelnen Kreditverträgen bzw. Tranchen, die Anleihegläubiger und die Aktionäre. Er sah einen Kapitalschnitt inklusive einer Barkapitalerhöhung und einem Debt-Equity-Swap vor. Der Plan beinhaltete eine allgemeine Planquote von 60% für (fast) alle Gläubigergruppen sowie eine quotenerhöhende Umwandlungsoption in Eigenkapital bzw. eigenkapitalähnliche Zertifikate gegen Aufgabe von Sicherheiten für die Gläubiger des ersten (nicht vollständig besicherten) syndizierten Kredits. Auch die Wandelanleihegläubiger erhielten eine Umwandlungsoption. Allein die Gläubiger des vollständig besicherten syndizierten Kredits sollten nur eine Stundung hinnehmen müssen. Keine Gruppe wurde für die Hybridgläubiger gebildet, aufgrund ihrer Nachrangigkeit sollten ihre Ansprüche als erlassen gelten. Auch für die Aktionäre war keine Quote vorgesehen; diese würden laut Plan vielmehr dem Kapitalschnitt inklusive eines Bezugsrechtsausschlusses zustimmen. Planbedingung war unter anderen, dass mindestens Forderungen mit einer Summenmehrheit von 91,5% die Umwandlungsoption ziehen. Zur Absicherung der Planumsetzung war eine (materielle) Ausschlussfrist für Nachzügler vorgesehen; auch ein Wiederaufleben nach § 255 InsO wurde ausgeschlossen.

Der schon vorinsolvenzlich mit den Anleihegläubigern der nachrangigen Anleihe (Hybridanleihe) geführte Streit um die Werthaltigkeit ihrer Forderungen und der damit notwendigen Beteiligung am Insolvenzverfahren und der Planausschüttung setzte sich auch im Verfahren fort. Das Gericht folgte insoweit der Einschätzung der Schuldnerin und des Sachwalters, was zu einem Beschwerdeverfahren wegen der Nichteinberufung einer Gläubigerversammlung nach § 19 SchVG durch das Insolvenzgericht, zu Befangenheitsanträgen gegen Insolvenzrichter und Rechtspfleger sowie zu kritischen Presseartikeln führte.

Das Insolvenzgericht wies den vorgelegten Plan nach Einholung eines Gutachtens nicht nach § 231 InsO zurück. Vielmehr legte es den Plan nieder und gab Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Ladungen zum Erörterungs- und Abstimmungstermin erfolgten durch den beauftragten Sachwalter (ebenso später die Übersendung des bestätigten Plans nach § 252 Abs. 2 InsO). In der Abstimmung wurde der Plan von allen Gruppen angenommen; in den Gläubigergruppen gab es überhaupt nur eine Nein-Stimme; in der Gruppe der Anteilseigner stimmte eine Summenmehrheit von 56% dem Plan zu. Die nachrangigen Gläubiger stimmten nicht ab.

In der Folge wurde das als Planbedingung formulierte Mindestquorum an Forderungsumwandlungen von 91,5% deutlich übertroffen.

Nachdem das Gericht den Minderheitenschutzantrag eines Hybridanleihegläubigers und Aktionärs zurückgewiesen hatte, bestätigte es den Insolvenzplan (durch Beschluss in deutscher und englischer Fassung). Eine Schlechterstellung der nachrangigen Gläubiger und der Aktionäre konnte es angesichts der aus Sicht des Gerichts nachgewiesenen Überschuldung nicht erkennen.

Mit der noch am gleichen Tag eingereichten Schutzschrift beantragte der Sachwalter die Freigabe des Plans nach § 253 Abs. 4 InsO im Fall einer sofortigen Beschwerde. Eine solche wurde dann tatsächlich erhoben; weitere sofortige Beschwerden sind der Akten nicht zu entnehmen. Das Landgericht hat die Beschwerden zurückgewiesen und die Freigabe erteilt.

II. Rechtliche Probleme

Der Fall demonstriert anschaulich die besonderen Fragestellungen bei der strategischen Insolvenz einer Konzernholdinggesellschaft mit erheblicher Masse und einer Vielzahl von Verfahrensbeteiligten.

1. Zunächst wird deutlich, dass eine Vorabstimmung der geplanten Antragstellung mit dem Insolvenzgericht erfolgte. Die Sanierungsberater der Schuldnerin informierten den zuständigen Insolvenzrichter mit mehreren Tagen Vorlauf über den geplanten Insolvenzantrag.

So blieb Zeit, die Anforderungen des Gerichts an den Nachweis der Unabhängigkeit des vorgeschlagenen Sachwalters zu erfüllen sowie insgesamt den Erfolg der Anträge auf „First Day Orders“, also auf bestimmte vorläufige Maßnahmen, sicherzustellen. Das Gericht war insoweit in der Lage, Gespräche mit den Beteiligten zu führen und sich auf den Antrag vorzubereiten.

2. Die Auswahl des (vorläufigen) Sachwalters und der Mitglieder des (vorläufigen) Gläubigerausschusses erfolgte (nach einer Vorabstimmung) aufgrund des Vorschlags der Schuldnerin. Inwieweit das Gericht in der Vorabstimmung diese Auswahl steuern konnte, lässt sich der Akte nicht entnehmen.

3. Die Beauftragung des mitgebrachten Sachwalters mit der Erstellung des Eröffnungsgutachtens scheint im Jahr 2013 noch üblich gewesen zu sein.

4. Das Scheitern der außergerichtlichen Verhandlungen ist im Kern auf Differenzen zwischen den Gläubigergruppen hinsichtlich der Bewertungsmethode und damit der Werthaltigkeit ihrer Forderungen zurückzuführen. Gleichzeitig mangelte es an einer (gerichtlichen) Instanz, um diesen Streit außerinsolvenzlich zu klären. Das Auftreten von Distressed Debt Investoren, die sich insbesondere in die Hybridanleihe günstig einkaufen konnten, hat die Einigungsbereitschaft der Beteiligten nicht erhöht. Immerhin konnte die Insolvenz auf die Holdinggesellschaft begrenzt werden und diese durch den Plan finanziell restrukturiert werden.

Die Einigungsbemühungen wurden zusätzlich durch das Einbringen von Forderungen nach der Bezahlung erheblicher Gläubigerberatungshonorare und den zugrundeliegenden Fee-Strukturen belastet. Insoweit ist positiv hervorzuheben, dass derartige Streitigkeit das deutsche Insolvenz(plan)verfahren nicht belasten, da diese Honorare derzeit nicht aus der Masse zu bedienen sind. Dies ist ein entscheidender Vorteil gegenüber dem U.S. Recht. Für ein künftiges vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren scheint es vorteilhaft, diesen Grundsatz beizubehalten.

5. Der Insolvenzplan beinhaltet im Wesentlichen das bereits vorinsolvenzlich diskutierte Restrukturierungskonzept. Er beinhaltet nun aber insbesondere auch die gesellschaftsrechtliche Willensbildung. Es gelang trotz einer Nullquote für die Alt-Aktionäre, auch in dieser Gruppe eine mehrheitliche Zustimmung zu erreichen.

6. Die im Plan verwandte materielle Ausschlussklausel für Nachzügler ist inzwischen durch den BGH für unzulässig erklärt worden.

7. In technischer Hinsicht ist festzuhalten, dass sich die Gerichte weitgehend der Ressourcen des Sachwalters bedient haben, um massenhafte Zustellungen von Ladungen bzw. die Übersendung des Plans zu bewirken. § 8 Abs. 3 InsO lässt dies bei weiter Auslegung

wohl zu. Die Ladung der Aktionäre erfolgte in der erleichterten Form der Online-Bekanntmachung nach § 235 Abs. 3 InsO. Insofern wäre zu überlegen, ob sich für Großverfahren nicht eine ähnliche Erleichterung auch für die Insolvenzgläubiger schaffen ließe.

8. Schließlich ist festzuhalten, dass die Freigabeoption in § 253 Abs. 4 InsO faktisch dazu führt, dass sofortige Beschwerden einzelner Gläubiger oder auch Aktionäre unabhängig von ihrer sachlichen Begründung zurückgewiesen werden. Die Schwelle des „schweren Rechtsverstoßes“ wirkt sich nicht aus.

9. In Summe konnte eine notleidende Konzernfinanzierung über das Schutzschirmverfahren mit anschließendem Planverfahren und eine schnelle Freigabe binnen eines knappen Jahres restrukturiert werden.

J. Fallstudie Nr. 10

Die Fallstudie schildert ein Verfahren an einem kleineren Insolvenzgericht, das am Ende auch den BGH beschäftigte.

I. Sachverhalt

Der Schuldner war als eingetragener Verein B Vermieter von als Senioreneinrichtungen genutzten Immobilien sowie von vier als Hotels betriebenen Objekten, die er zuvor selbst von Immobilienfonds bzw. Immobilienleasinggesellschaften angemietet hatte. Die Senioreneinrichtungen betrieb er dabei nicht selbst, sondern trat nur als Vermieter auf. Während die sich hieraus ergebenden Einnahmen kontinuierlich flossen, kam es zu Streitigkeiten des Schuldners mit den jeweiligen Eigentümern der Immobilien, in deren Folge der Schuldner einen weit überwiegenden Teil der geschuldeten Mietzahlungen einbehält. Als daraufhin einige Jahre später diverse Immobilienfondsgesellschaften erfolgreich gegen den Schuldner auf Zahlung der rückständigen Mieten, Nebenkosten, Mietindexierungen sowie Verzugszinsen in Millionenhöhe klagten, beliefen sich dessen Verbindlichkeiten gegenüber den Klägern auf mehr als 50 Millionen Euro. Hinzu kamen Verbindlichkeiten in ähnlicher Größenordnung gegenüber seinen Mietern.

Der Schuldner stellte in dieser Situation einen Insolvenzantrag, der binnen dreier Wochen zur Eröffnung des Verfahrens wegen Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung führte. Seinen Betrieb stellte er faktisch ein, während die bestehenden Miet-, Pacht- und Leasingverträge natürlich weiterliefen. Die hieraus folgenden monatlichen Belastungen konnten von der Masse nicht gedeckt werden, weswegen der Insolvenzverwalter noch am Tag der Eröffnung die Masseunzulänglichkeit anzeigte.

Im Verfahren wurden Forderungen von insgesamt ca. 450 Mio. Euro angemeldet. Auf der Aktivseite gelang es dem Insolvenzverwalter, eine interne Patronatserklärung des Hauptmieters zugunsten des Schuldners zu nutzen, die jeweils fälligen Mietverbindlichkeiten des Schuldners bezüglich der betreffenden Objekte zu erfüllen. Er verfolgte gegen diesen und andere Gläubiger zudem Anfechtungsansprüche in einer Gesamthöhe von ca. 180 Mio. Euro. Zudem gelang es ihm, mit den Immobilieneigentümern und den Betreibern eine Übernahme der jeweiligen Miet-, Pacht- und Leasingverträge des Schuldners zu verhandeln und für die weit überwiegende Anzahl der Miet-, Pacht- und Leasingverträge zu erreichen. Ein knappes Dutzend lukrativer Verträge blieben beim Schuldner bestehen.

Angesichts der sich derart stabilisierenden Vermögenslage wurde nach einer Verfahrensdauer von ca. 1,5 Jahren von den Hauptgläubigern die Erstellung eines Insolvenzplans

angeregt. Dieser scheiterte daran, dass die Steuerbefreiung für den Sanierungsgewinn nicht erreicht werden konnte. Infolgedessen wurde die Liquidation des Schuldners vom Insolvenzverwalter fortgeführt. Ein Jahr später wurden die Verhandlungen über die Beendigung des Insolvenzverfahrens durch einen Insolvenzplan erneut aufgenommen, was dieses Mal zur Einreichung eines Insolvenzplans führte.

Der Insolvenzplan sieht drei Gläubigergruppen vor. In der ersten Gruppe finden sich die Großgläubiger wieder, die „aus Gründen der Geschäftspolitik am Fortbestand des Schuldners interessiert“ seien. Sie erklären bezüglich ihrer Forderungen einen umfassenden qualifizierten Rangrücktritt, sodass sie Befriedigung ausschließlich aus einem Bilanzgewinn, aus einem Liquidationserlös oder aus einem die sonstigen Verbindlichkeiten des Schuldners übersteigenden sonstigen freien Vermögen verlangen können. In der zweiten Gruppe werden die übrigen Insolvenzgläubiger (einschließlich der absonderungsberechtigten Gläubiger in Höhe ihres voraussichtlichen Ausfalls) und in der dritten Gruppe die Kleingläubiger (Gläubiger mit einer Forderung bis zu 10.000 Euro) eingeordnet. Gläubiger in beiden Gruppen erhalten eine Quote von zehn Prozent auf die ersten 10.000 Euro ihrer zur Tabelle festgestellten Insolvenzforderungen. Gläubiger in Gruppe 2 sollen zudem eine Quote von sechs Prozent auf den Mehrbetrag der zur Tabelle festgestellten Insolvenzforderung erhalten und im Übrigen einen Verzicht auf die darüber hinaus gehenden Forderungen erklären. Die Kleingläubiger erhalten jenseits ihrer Quote von zehn Prozent auf die ersten 10.000 Euro ihrer zur Tabelle festgestellten Insolvenzforderungen keine weiteren Leistungen. Die Planquoten für beide Gruppen werden durch Einmalzahlungen der Großgläubiger in Höhe von ca. 3 Mio. Euro finanziert, die diese auf ein Treuhandkonto des Insolvenzverwalters einzahlen.

Als Bedingung für die gerichtliche Bestätigung sieht der Plan vor, dass für den Insolvenzverwalter eine konkret bezifferte Vergütung zzgl. Auslagen von fast 3 Mio. Euro festgesetzt wird, was der Regelvergütung zzgl. eines Zuschlags i.H.v. 545% entspricht. Zugleich ist ein Rechtsmittelverzicht gegen den Vergütungsfestsetzungsbeschluss vorgesehen.

Nach einem Streit über die Stimmrechtsfestsetzung mit Gläubigern aus Gruppe 2 wurde der Insolvenzplan knapp 5 Jahre nach Verfahrenseröffnung zur Abstimmung gestellt. Hier erreichte der Plan die Zustimmung der Gruppen 1 und 3; in Gruppe 2 unterstützte nur die Kopf- aber nicht die erforderliche Summenmehrheit den Plan. Der Insolvenzverwalter beantragte dennoch plangemäß die Festsetzung seiner Vergütung. Gut 1,5 Monate nach der Abstimmung bestätigte das Insolvenzgericht den Insolvenzplan unter Anwendung des Obstruktionsverbots aus § 245 InsO gegen die Gläubiger in Gruppe 2, nachdem es zuvor die Vergütung antragsgemäß festgesetzt hatte. Die gegen beide Beschlüsse eingelegten sofortigen Beschwerden hatten schon beim Landgericht Erfolg und führten zur Aufhebung der Planbe-

stätigung sowie zur Versagung der Planbestätigung. Die gegen letztere Entscheidung eingelegte und zugelassene Rechtsbeschwerde blieb erfolglos.

II. Rechtliche Probleme

Der Fall demonstriert exemplarisch verschiedene Problemstellungen bei Insolvenzplänen nach dem ESUG.

1. Verwaltungsgesellschaften wie die hiesige Schuldnerin besitzen häufig nur wenige dingliche Vermögenswerte, sodass infolge der Belastungen aus fortlaufenden Verträgen (vgl. § 108 InsO) schnell eine Masseunzulänglichkeit entstehen kann, die hier schon am Tag der Eröffnung angezeigt wurde. Der Fall zeigt eindrucksvoll, dass eine Plansanierung des Schuldners durch diesen Umstand keineswegs aussichtslos ist. Eine Umstrukturierung der Vertragsstruktur des Schuldners mithilfe der §§ 103 ff. InsO bzw. – im Fall des § 108 InsO – durch Verhandlungen des Insolvenzverwalters kann einen positiven Cash-Flow wiederherstellen, sodass sich in der Folge die Regelung der Altverbindlichkeiten über einen Insolvenzplan aufdrängt.

2. Die vorliegende Fallstudie ist kein Fall von § 210a InsO. Im vorliegenden Fall gelang es dem Verwalter, die Masseinsuffizienz zu überwinden. Dies muss allerdings nicht immer gelingen. Bleiben auch Alt-Masseverbindlichkeiten in einer Höhe offen, die angesichts der Liquiditätslage besser durch Regelungen im Insolvenzplan herabgesetzt als bedient werden, so wäre ein Fall für § 210a InsO gegeben. Würde dann ein solcher Plan auch eine (geringe) Quote für die Insolvenzgläubiger bzw. einzelne ihrer Gruppen vorsehen wollen, so wären diese Beteiligten am Planverfahren zu beteiligen. Ob sich ihre Verfahrensstellung dann aus § 224 oder § 225 InsO ergibt, regelt § 210a InsO derzeit nicht.

3. Die Fallstudie illustriert sodann, dass der – hier zweifellos erfolgreiche – Insolvenzverwalter ein Interesse an der planbaren Festsetzung seiner Vergütung und deren Berücksichtigung in der Liquiditätsplanung hat. Sie offenbart auch, dass die Verwaltervergütung als Masseverbindlichkeit ein erheblicher Kostenfaktor ist (hier 3 Mio. Euro bei Planleistungen an Gläubigergruppen 2 und 3 von ebenfalls insgesamt ca. 3 Mio. Euro), dessen konkrete Höhe wegen des nachlaufenden gerichtlichen Festsetzungsverfahrens und des gerichtlichen Bemessungsspielraums in der InsVV zum Zeitpunkt der Planberechnungen noch nicht feststeht.

4. Die Fallstudie verdeutlicht schließlich auch die Bedeutung einer schnellen höchstgerichtlichen Klärung offener Rechtsfragen – hier insbesondere der Zulässigkeit von Planregelungen zur Verwaltervergütung. Der dazu notwendige Zugang zum BGH liegt seit der Streichung des § 7 InsO in der Hand der Landgerichte. Ob diese sich in allen relevanten Fällen

für die Zulassung der Rechtsbeschwerde entscheiden, wie es das Landgericht in der Fallstudie getan hat, darf bezweifelt werden.

K. Fallstudie Nr. 11

Im vorgestellten Fall handelt es sich um ein Insolvenzverfahren vor einem Gericht in einer deutschen Großstadt.

I. Sachverhalt

Das Schuldnerunternehmen ist eine Holdinggesellschaft mit verschiedenen Tochtergesellschaften, bei der eine Gesellschaft zeitgleich ebenfalls Insolvenz angemeldet hat. Die Holdinggesellschaft hat knapp 30 Mitarbeiter. Es gab Rückstände in Höhe von etwa 20.000 Euro bei Sozialversicherungsträgern im Zeitpunkt der Antragstellung. Das Gesamtforderungsvolumen betrug etwa 400.000 Euro. Außerdem gab es Steuerrückstände von ca. 50.000 Euro. Der Antrag wurde wegen vermeintlich drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt, und zwar als Antrag nach § 270b InsO. Eine entsprechende Bescheinigung wurde vorgelegt. Die Bescheinigung war der Akte allerdings nicht beigelegt. Das Gericht ernannte einen vorläufigen Sachwalter und einen davon personenverschiedenen gerichtlich bestellten Sachverständigen, der insbesondere zum Eintritt einer etwaigen materiellen Insolvenzreife zu berichten hatte. Mit dem Antrag wurden von Seiten der die Schuldnerin beratenden Kanzlei zugleich bestimmte Personen für den vorläufigen Gläubigerausschuss vorgeschlagen, die, soweit ersichtlich, vom Gericht auch bestellt wurden. Außerdem wurde von der Schuldnerin ein vorläufiger Sachwalter vorgeschlagen, der ebenfalls bestellt wurde. Außerdem wurde das Unternehmen jedenfalls zeitweise von einem Restrukturierungsexperten einer weiteren Kanzlei oder Beratungsgesellschaft unterstützt. Dieser Experte war zeitweise auch als Sanierungsgeschäftsführer in die Organstellung gerückt.

Kurz nach Antragstellung wurde der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit angezeigt.

Der vom Gericht eingesetzte Sachverständige stellte in seinem Bericht fest, dass nach seiner Auffassung bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung Zahlungsunfähigkeit eingetreten und die Bescheinigung fehlerhaft war. Außerdem seien in erheblichem Umfang verschiedene gläubigerbenachteiligende Vorgänge zu erkennen, unter anderem auch durch eine Vermischung der Vermögenssphären der Tochtergesellschaft und der Holdinggesellschaft. Außerdem seien noch bestimmte Forderungen der Gesellschafter und Geschäftsführer gedeckt worden. In diesem Zuge hat der Sachverständige „beantragt“, die Eigenverwaltung zu beenden und das Schutzschirmverfahren aufzuheben. Der vorläufige Sachwalter ist diesem Antrag entgegengetreten, wobei es in diesem Zuge auch zu einer Diskussion darüber kam, ob die Vorschrift des § 270b Abs. 4 Nr. 1 InsO bei Unrichtigkeit der Bescheinigung anwendbar ist. Der vorläufige Sachwalter hat jedenfalls die Auffassung vertreten, das Schutzschirmver-

fahren sei zunächst fortzuführen. Nachdem das Gericht, soweit ersichtlich, die Bedenken des Sachverständigen geteilt hatte, zog schließlich die Schuldnerin den Antrag auf Eröffnung in Eigenverwaltung zurück und beantragte die Eröffnung als Regelverfahren. Dabei wurde der bisherige vorläufige Sachwalter nunmehr als Insolvenzverwalter eingesetzt. Noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens legte die Schuldnerin einen Insolvenzplan vor. Dieser Plan war in der übermittelten Akte nicht auffindbar. Die Beratungsgesellschaft, die die Schuldnerin im Vorfeld des Insolvenzverfahrens und des Antrags beraten hat, durfte auch nach Antragstellung und nach Eröffnung weiter die Schuldnerin beraten und erhielt für diese Leistungen, soweit ersichtlich, auch Beratungshonorare, auch für die Zeit nach Antragstellung, aus der Masse. Einen eigenen Insolvenzplan legte der Insolvenzverwalter nicht vor. Der von der Schuldnerin vorgelegte Insolvenzplan wurde mehrheitlich angenommen und das Insolvenzverfahren aufgehoben. Wie aus Presseberichten zu entnehmen ist, hat offenbar die die Schuldnerin beratende Gesellschaft selbst Teile der Schuldnerin übernommen; ob dies bereits im Insolvenzplan vorgesehen war, konnte wegen des in der Akte fehlenden Plans nicht nachvollzogen werden. Ferner gab es kurz darauf eine Folgeinsolvenz, in der kein Insolvenzgeld gezahlt werden konnte.

II. Rechtliche Probleme

Der Fall demonstriert bestimmte Probleme des Zusammenspiels zwischen allen Beteiligten. So könnte man die Frage stellen, ob es sachgerecht ist, dass im Falle einer als fehlerhaft eingeschätzten Bescheinigung die Beratungsgesellschaft der Schuldnerin auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf Kosten der Masse Beratungsleistungen erbringen darf.

Deutlich wird anhand des Falles auch, dass Gerichte die Nachteilsprognose und die Bescheinigung des § 270b InsO mit Hilfe von Sachverständigen nachprüfen lassen, was die Frage aufwirft, ob das dem gesetzgeberischen Willen entspricht. Der Sachverständige hat allerdings keine unmittelbaren Eingriffsrechte in das Verfahren und auch keine Antragsrechte, wie der Fall zeigt.

Deutlich wird auch, dass auch in diesem Fall, obwohl letztlich von einer Gläubigerbenachteiligung ausgegangen wird, dennoch der von der Schuldnerin vorgeschlagene, also mitgebrachte Sachwalter zum Insolvenzverwalter bestellt wird. Man kann außerdem die Frage stellen, ob in einer solchen Konstellation der Insolvenzverwalter auf einen Alternativplan hinwirken müsste. Das wird man nicht generell sagen können. Die Übernahme durch die Beratungsgesellschaft könnte jedenfalls gewisse Eigeninteressen implizieren.

Zudem zeigt sich an dem Fall, dass mehrere Beteiligte zusammenwirken müssen. Tätig waren die Rechtsberater der Schuldnerin, ferner die Sanierungsberater, die das Restrukturierungskonzept entwickelt haben, und zugleich die Kanzlei des Sachwalters, die später als Insolvenzverwalterkanzlei auftrat.

L. Fallstudie Nr. 12

Im vorgestellten Fall wurde mit dem Insolvenzeigenantrag ein Antrag auf vorläufige Eigenverwaltung gestellt.

I. Sachverhalt

Es handelt sich bei der Insolvenzschuldnerin um eine GmbH & Co. KG mit einer Bilanzsumme über 10 Mio. Euro und ca. 70 Arbeitnehmern.

Im Antrag wurden zwei vorläufige Sachwalter vorgeschlagen. Dabei wurde von dem antragstellenden Geschäftsführer darauf hingewiesen, dass diese Personen von den (kaufmännischen) Sanierungsberatern empfohlen worden seien. Es wird im Antrag versichert, dass die Personen zu keiner Zeit beraten oder vertreten haben. Außerdem werden im Antrag Mitglieder für den vorläufigen Gläubigerausschuss benannt; weitere Mitglieder sollen nachbenannt werden. Ein Sanierungskonzept wurde dem Antrag nicht beigelegt, sondern lediglich darauf hingewiesen, dass die Sanierung möglich sei. Konkrete Hinweise zu den Sanierungsüberlegungen werden im Antrag nicht gegeben.

Sodann erging Beschluss nach § 270a InsO mit Bestellung des erstgenannten vorgeschlagenen vorläufigen Sachwalters. Die Übertragung der Kassenführung erfolgte auf den Sachwalter, wie im Antrag vorgesehen. Der vorläufige Sachwalter nahm das Amt an, hielt eine Übertragung der Kassenführung aber nicht für erforderlich, da die beauftragte Unternehmensberatung eng in die Geschäftsabläufe mit einbezogen sei und ihm Zahlungen vor Ausführung vorgelegt würden. Der vorläufige Sachwalter nannte dann noch weitere Mitglieder für den vorläufigen Gläubigerausschuss. Zu den später ernannten Mitgliedern des Gläubigerausschusses gehörte auch einer der vorinsolvenzlich tätigen Sanierungsberater der Schuldnerin.

Der vorläufige Gläubigerausschuss verlangte zusätzliche Informationen wie z.B. das Sanierungskonzept, außerdem eine unabhängige Bewertung der kurz vor Antragstellung ohne vorheriges Wertgutachten veräußerten Grundstücke. Nachdem das angemahnte Sanierungskonzept nicht vorgelegt wurde, beschloss der Gläubigerausschuss, eine Anzeige an das Insolvenzgericht zu machen und darzulegen, dass nach Auffassung des Gläubigerausschusses die Abwicklung des Verfahrens im Rahmen der Eigenverwaltung zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage der Schuldnerin führe.

Der vorläufige Gläubigerausschuss wies darauf hin, es habe nur einen Entwurf eines IDW ES 6-Gutachtens gegeben, in dem die Berater ein halbes Jahr vor Antragstellung aber

keine positive Fortführungsprognose gegeben hatten, sondern dort nicht zu einer abschließenden Entscheidung gekommen seien. Außerdem seien die Lieferantenverbindlichkeiten sprunghaft gestiegen. Beratungskosten über 200.000 Euro seien im Vorfeld des Antrags aufgelaufen. Die Jahresabschlüsse waren nicht vollständig ordentlich testiert.

Der vorläufige Gläubigerausschuss regte insoweit in Übereinstimmung mit dem vorläufigen Sachwalter weiterhin an, in ein reguläres Insolvenzverfahren zu wechseln. Der vorläufige Sachwalter erbat und beantragte die Anordnung der starken vorläufigen Insolvenzverwaltung. Diese wurde antragsgemäß erlassen und der bisherige vorläufige Sachwalter zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt.

Im Eröffnungsverfahren wurde vom vorläufigen Gläubigerausschuss ein schleppender Informationsfluss durch die Geschäftsleitung und den vorläufigen Insolvenzverwalter bemängelt. Der vorläufige Gläubigerausschuss beantragte beim Insolvenzgericht, einen anderen Insolvenzverwalter für das eröffnete Verfahren zu bestellen als den ernannten vorläufigen Insolvenzverwalter und vorläufigen Sachwalter und erstellte ein Anforderungsprofil i.S.d. § 56a InsO. Das Gericht bestellte jedoch den bisherigen vorläufigen Insolvenzverwalter als Insolvenzverwalter.

Im eröffneten Verfahren wurden die Sanierungsberater auf Druck des Gläubigerausschusses dann nicht mehr weiter beschäftigt. Der Gläubigerausschuss bemängelte weiterhin den fehlerhaften Informationsfluss. Eine Kassenprüfung durch den Gläubigerausschuss führte zu der Feststellung, dass unter anderem Insolvenzforderungen kurz vor Antragstellung befriedigt wurden. Belege und weitere Unterlagen fehlten. Es wurde festgestellt, dass einzelne Gläubiger, die im Gläubigerausschuss auf Vorschlag des Schuldners vertreten waren, wöchentliche Zahlungen als Pauschalzahlungen für Lieferungen erhielten; inwieweit diese Zahlungen von Leistungen gedeckt waren, blieb unklar. Vom Insolvenzverwalter wurde ein neuer M&A-Berater ins Spiel gebracht. Die Geltendmachung von Geschäftsführerhaftungsansprüchen wurde von ihm zunächst zurückgestellt, weil vorrangig Anfechtungsansprüchen gegen Dritte ermittelt werden sollten.

Sodann wurde eine eidesstattliche Versicherung des Geschäftsführers vorgelegt, nach der er, der Geschäftsführer, vom späteren vorläufigen Sachwalter vorberaten worden sei und der Insolvenzantrag vorformuliert worden sei. Der spätere Insolvenzverwalter sei über ein halbes Jahr vor Antragstellung beratend tätig gewesen.

Zudem entstand im Verfahren Streit über die Angemessenheit des Stundensatzes für Gläubigerausschussmitglieder.

II. Rechtliche Probleme

Der Fall zeigt eine gescheiterte Eigenverwaltung und offenbart mehrere Rechtsprobleme. Offenbar war ein tragfähiges Sanierungskonzept bei Eintritt in das Insolvenzverfahren nicht vorhanden; dennoch wurde die vorläufige Eigenverwaltung angeordnet. Es wurden im Vorfeld und auch nach Antragstellung insgesamt deutlich sechsstellige Beträge für Sanierungsberater ausgegeben, deren Leistungen aber ausweislich der Akten nur teilweise nachvollzogen. Von Beginn an war aus Liquiditätsgründen nur ein asset deal denkbar, so dass die Sinnhaftigkeit der Eigenverwaltung fraglich war. In Rede stand im konkreten Verfahren auch, dass für mehrere Perioden keine geprüften Jahresabschlüsse vorlagen, was per se eine Eigenverwaltung ausschließen könnte. Zudem wurden unmittelbar vor Antragstellung Grundstücksverkäufe (Sale and Lease-Back) gemacht, deren Berechtigung später vom Gläubigerausschuss angezweifelt wurde.

Eine Vorberatung der Schuldnerin hatte stattgefunden, wurde aber vom späteren vorläufigen Sachwalter und Insolvenzverwalter verschwiegen. Geschäftsführerhaftungsansprüche wurden vom Sachwalter/Verwalter zunächst nicht verfolgt. Auffällig ist auch, dass ein Sanierungsberater selbst Mitglied des Gläubigerausschusses wurde.

Insgesamt ungeklärt und streitanfällig war das Zusammenspiel zwischen Gläubigerausschuss und Sachwalter/Verwalter bzw. eigenverwaltender Schuldnerin im Hinblick auf die Informationspolitik und deren Folgen. Es hat sich auch gezeigt, dass der Gläubigerausschuss insoweit rechtlich gesehen keine eigene Nachteilsanzeigemöglichkeit hat, was sich im konkreten Fall allerdings nicht auswirkte, da die Eigenverwaltung ohnedies beendet wurde.

Der vorläufige Gläubigerausschuss hat ein Anforderungsprofil i.S.d. § 56a InsO erstellt, das keine Beachtung fand. Am Rande zeigt der Fall auch, dass die Vergütung der Gläubigerausschussmitglieder gesetzlich deutlicher geregelt werden sollte.

M. Fallstudie Nr. 13

Der Fall betraf die Insolvenz eines Modeunternehmens.

I. Sachverhalt

Es wurde Antrag gestellt auf Eröffnung des Verfahrens mit Anordnung der Eigenverwaltung im Schutzschirmverfahren wegen drohender Zahlungsunfähigkeit, verbunden mit einem Antrag nach § 270b Abs. 3 InsO. Zugleich wurde eine vorläufige Sachwalterin mitgebracht, die auch vom Gericht bestellt wurde. Laut Antrag wurden im Vorfeld mit wesentlichen Gläubigern, die auch als potentielle Gläubigerausschussmitglieder benannt wurden, Vorgespräche geführt; die Gläubiger seien positiv gegenüber der Eigenverwaltung eingestellt.

Die Schuldnerin war Tochtergesellschaft einer ausländischen Konzernmutter. In der Bescheinigung nach § 270b InsO wird unter anderem ein Grobkonzept der geplanten Sanierung skizziert mit dem Ziel einer Umsatzstabilisierung, Schließung von nicht profitablen Filialen und Kostenanpassungen. Das Gericht veröffentlichte den § 270b-Beschluss nicht. Die vorläufige Sachwalterin wurde zugleich mit einem Gutachtenauftrag versehen zur Prüfung des Eröffnungsgrundes. Laut Bericht der Sachverständigen/vorläufigen Sachwalterin erfolgte eine reibungslose Zusammenarbeit mit den Schuldnerberatern. Die Sachwalterin wurde in den täglichen Zahlungsverkehr eingeschaltet. Sodann wurden Gespräche mit den Vermietern der Filialen geführt und weitreichende Eingeständnisse der Vermieter erreicht. Es wurde ein erster Insolvenzplanentwurf vorgelegt. Dieser Entwurf sah eine Planquote von 35% vor. Der Insolvenzplan erschien als alternativlos, weil das Modeunternehmen ausschließlich Eigenware der Muttergesellschaft vertrieb und zudem zahlreiche Mietverträge über die Filialen bestanden. Sowohl der Liefervertrag mit der Mutter als auch die Mietverträge könnten sämtlich nur mit Zustimmung der Vertragspartner übertragen werden. Wegen des Umstands, dass die Schuldnerin als faktische Franchisenehmerin tätig war und die Filialen entsprechend dem Konzept der Muttergesellschaft ausgestattet waren, sei vom Einstieg eines neuen Investors oder Gesellschafters nicht auszugehen gewesen. Insofern bestand die einzige Alternative zum Insolvenzplan in einer Liquidation. Ein M&A-Prozess wurde, soweit ersichtlich, deshalb auch nicht aufgesetzt.

Problematisch war, wie aus der richterlichen Prüfung des Plans deutlich wurde, dass unter anderem die Auszahlung der Planquote durch die Sachwalterin vorgesehen war, was nach Aufhebung des Verfahrens nicht mehr möglich ist. Im ersten Planentwurf fehlten nach Auffassung des Gerichts auch Hinweise zu den eingegangenen Masseverbindlichkeiten. Das Gericht äußerte auch Zweifel an der Bestimmtheit des Plans, da nach seiner Auffassung die

Regelungen einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben müssten. Das Gericht war auch der Auffassung, nur die Sachwalterin, und nicht die Schuldnerin selbst, könne bevollmächtigt werden, nach § 221 Satz 2 InsO die zur Umsetzung des Plans erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen und offensichtliche Fehler des Plans zu berichtigen. Es wurden dann geänderte Fassungen des Plans vorgelegt. Nunmehr wurde vorgesehen, die Sachwalterin auch als zusätzliche Treuhänderin zu bestellen, um das Problem zu umgehen, dass der Sachwalter kraft Amtes nach Aufhebung des Verfahrens nicht mehr die Auszahlung vornehmen kann.

Im Plan war ein Sanierungsbeitrag der Muttergesellschaft in ihrer Position als Gesellschafterin nur in der Form vorgesehen, dass mit einem entsprechenden Betrag zugleich etwaige Anfechtungsansprüche gegen die Muttergesellschaft abgegolten sein sollten.

Sodann kam es zur Eröffnung des Verfahrens mit der Einsetzung der vorläufigen Sachwalterin als Sachwalterin. Sodann wurde Abstimmungs- und Erörterungstermin anberaumt. Insgesamt stimmten drei Gruppen ab, nämlich die Bundesagentur für Arbeit, öffentlich-rechtliche Gläubiger und sonstige Insolvenzgläubiger. Eine Gruppe der Gesellschafter wurde nicht gebildet, obwohl in dem Insolvenzplan ein Fortsetzungsbeschluss nach § 60 GmbHG enthalten ist. Der Insolvenzplan wurde mit Mehrheit aller Gruppen angenommen. Versagungsanträge wurden nicht gestellt. Es erging sodann auch der Bestätigungsbeschluss des Insolvenzgerichts. Sodann wurde das Verfahren aufgehoben nach Gewährleistung der Erfüllung der Masseverbindlichkeiten.

Es wurde berichtet, dass das Verfahren wegen der guten Kommunikation kaum zu Problemen in der Mitarbeiterschaft geführt habe und weiterhin eine hohe Motivation vorhanden gewesen sei. Die Vermieter waren weitgehend zu Konzessionen bereit.

II. Rechtliche Probleme

Der Fall zeigt eine gelungene Sanierung durch Insolvenzplan, was allerdings auch durch die Besonderheiten der Situation bedingt war, weil die Zerschlagung drohte. Anders formuliert war der Erhalt der Mietverträge von entscheidender Bedeutung und ein schlichter Asset-Deal kaum möglich, weil die Schuldnerin quasi Franchisenehmerin ihrer Muttergesellschaft war. Offenbar war das Verfahren auch sehr gut vorbereitet. Nur kleinere Detailprobleme sind erkennbar. So müsste im Fall eines Fortsetzungsbeschlusses nach § 60 GmbHG auch eine Gruppe der Gesellschafter gebildet werden, was versäumt wurde. Die Vergütungshöhe bei den Mitgliedern des Gläubigerausschusses war wieder ein Unsicherheitsfaktor beim Gläubigerausschuss, es wurden geringe Stundensätze ausgeworfen. Probleme bestanden auch bei der Abwicklung der Auszahlung der Quote, weil der Sachwalter dazu nicht automatisch ermächtigt werden kann. Es zeigte sich außerdem, dass hier, von dem Fortsetzungsbeschluss

abgesehen, nicht in Gesellschafterrechte eingegriffen wurde und ein Sanierungsbeitrag der Gesellschafterin nur insofern erfolgte, als sie als Gläubigerin betroffen war, und zur Abgeltung von etwaigen Anfechtungsansprüchen. Die Frage der Vollstreckungsfähigkeit des Plans spielte bei der richterlichen Prüfung des Plans eine gewisse Rolle.

N. Fallstudie Nr. 14

Es handelt sich um Verfahren in einer deutschen Großstadt über eine börsennotierte Gesellschaft mit grenzüberschreitendem Forfaitierungsgeschäft im Bereich der Exportfinanzierung.

I. Sachverhalt

Der Antrag, der wegen drohender Zahlungsunfähigkeit und als Antrag nach § 270b InsO gestellt wurde, benannte potentielle Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses; auch der vorläufige Sachwalter wurde mitgebracht. Die Insolvenzsituation der Gesellschaft war laut den Angaben im Antrag aufgrund der US-amerikanischen Sanktionen gegen den Iran entstanden, sodass sich die Gesellschaft auf der roten Liste befand. Es war eine Anleihe der Insolvenzschuldnerin ausgegeben worden und folglich waren auch Anleihegläubiger am Verfahren beteiligt. Als ein Ziel des Eigenverwaltungsverfahrens wurde die fiskalische Sanierung ausgegeben.

Im Antrag wird darauf hingewiesen, dass die Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft derzeit nicht gegeben sei, weil die von einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft genannten Voraussetzungen nicht eingehalten worden seien. Konkret ging es um eine entsprechende Sachkapitalerhöhung für einen Debt-Equity-Swap, für die das Wertgutachten fehlte. Durch die Eigenverwaltung werde laut Antragsteller dann aber die Sanierungsfähigkeit hergestellt. Die Gläubiger hätten sich, mit Ausnahme des gemeinsamen Vertreters der Anleihegläubiger, auch ausdrücklich für das Schutzschirmverfahren ausgesprochen. Laut der § 270b-Bescheinigung war insbesondere als Sanierungsschritt angedacht die Stärkung des Eigenkapitals durch Ankauf der Anleihe. Der gemeinsame Vertreter der Anleihegläubiger, der im vorläufigen Gläubigerausschuss vertreten war, erklärte ausdrücklich, der Einleitung des Schutzschirmverfahrens nicht zuzustimmen.

Sodann erging dennoch antragsgemäß der § 270b-Beschluss. Der vorläufige Sachwalter wurde auch als Sachverständiger zur Ermittlung grenzüberschreitender Bezüge und des Eröffnungsgrundes sowie zur Ermittlung der Sanierungsaussichten eingesetzt. Weiterhin wurde Druck des gemeinsamen Vertreters der Anleihegläubiger ausgeübt, dass die Eigenverwaltung nicht unterstützt wird, es fehle das Vertrauen in die Zuverlässigkeit des Schuldners. Das bisher vorgesehene Restrukturierungskonzept sei vorinsolvenzlich nicht umgesetzt worden. Es sei einseitig zulasten der Anleihegläubiger agiert worden.

Sodann erfolgte die Mitteilung des Schuldnerberaters an das Gericht, dass ein Kreditinstitut eine fristlose Kündigung ausgesprochen habe und damit Zahlungsunfähigkeit eingetreten sei.

Es gab ferner eigene Anträge weiterer (möglicherweise „räuberischer“) Anleihegläubiger, als Mitglied im vorläufigen Gläubigerausschuss bestellt zu werden, und die Anregung des Sachwalters, diese Anträge jeweils zurückzuweisen, da bereits eine hinreichende Repräsentation der Anleihegläubiger gegeben sei.

Im weiteren Verlauf wurde versucht, ein Insolvenzplankonzept zu entwickeln, allerdings unter akuten Liquiditätsproblemen. Auch Schwierigkeiten in der Kommunikation mit ausländischen Partnern waren ein Störfaktor. Insgesamt ergab sich eine sehr komplexe Situation aufgrund der internationalen Beziehungen und Tochtergesellschaften in der ganzen Welt. Der vorläufige Gläubigerausschuss verständigte sich sodann in einer außerordentlichen Sitzung zunächst darauf, gegenüber dem Insolvenzgericht die Aufhebung der Eigenverwaltung und Überleitung ins Regelverfahren zu beantragen. Dies wurde dann nicht umgesetzt; die Bedenken hat der vorläufige Gläubigerausschuss in einer weiteren Sitzung fallen lassen, nachdem der Planinvestor wirtschaftliche Eckpunkte bestätigt habe. Der Investor sagte u.a. eine good will-Zahlung von 100.000 Euro zu.

Sodann erfolgte die Eröffnung in Eigenverwaltung, der vorläufige Sachwalter wurde zum Sachwalter bestellt. Die vorinsolvenzlich beschlossenen Barkapitalerhöhungen waren nicht umgesetzt worden; daraus ergab sich, dass auch Rückzahlungsansprüche von Gläubigern als angemeldete Forderungen berücksichtigt wurden. Der vorgesehene Insolvenzplan sah eine Insolvenzquote von knapp 40% vor. Es wurden Gruppen für die nicht nachrangigen Gläubiger, den PSV als eigene Gruppe und die Gläubiger aus gescheiterter vorgerichtlicher Barkapitalerhöhung gebildet, außerdem für die Aktionäre, da im Plan ein Fortsetzungsbeschluss enthalten war.

Für die Vergütung der Beteiligten war vorgesehen, dass die Beratervergütung auf der Grundlage der Vergütung der regulären Insolvenzverwaltung abzüglich der Vergütung des vorläufigen Sachwalters erfolgt. Sollte das Gericht die Vergütung des vorläufigen und endgültigen Sachwalters geringer als unterstellt angenommen festsetzen, so erhöhte sich laut dem Beratervertrag die Vergütung der Beratersozietät im gleichen Umfang.

Für den gemeinsamen Vertreter der Anleihegläubiger wurde ein hoher sechsstelliger Betrag vorgesehen; die Aufwendungen als Mitglied des Gläubigerausschusses wurden, soweit ersichtlich, trotz gesonderter gesetzlicher Vergütung nicht verrechnet.

Es gab sodann zahlreiche Einwände des Insolvenzgerichts gegen den Planentwurf, etwa weil die Wertbestimmung für die einzelnen Aktivposten nicht ausreichend sei. Für das Liqui-

dationsszenario wurde im Plan nach Auffassung des Gerichts nahegelegt, dass die Schuldnerin bei Ablehnung des Plans sofort jegliche Tätigkeit beenden würde, alle Arbeitnehmer sofort kündigen und die Löhne ohne jede Gegenleistung fortzahlen würde. Das Gericht bemängelte daher die Vergleichsrechnung. Ein geänderter Plan wurde zur Abstimmung gestellt und erreichte in allen Gruppen die notwendigen Mehrheiten. Der Plan enthält auch verschiedene gesellschaftsrechtliche Maßnahmen wie z.B. die Herabsetzung des Grundkapitals, eine Barkapitalerhöhung mit neuen Aktien unter Ausschluss des Bezugsrechts und Sachkapitalerhöhung im Wege der Einlage der Rückforderungsansprüche aus der Barkapitalerhöhung.

Auch in diesem Verfahren wurde erhebliche Energie auf die Vergütungsanträge verwendet. Es wurde Antrag auf Vergütung der vorläufigen Gläubigerausschussmitglieder mit 275 Euro/Stunde gestellt. Das Gericht setzte diese auf 95 Euro fest.

II. Rechtliche Probleme

Der Fall ist komplex und insofern ein besonders gelagerter Einzelfall. Deutlich werden jedoch mehrere Probleme.

Die Eigenverwaltung stand offenbar mehrfach auf des Messers Schneide. Die Gläubigerausschussmitglieder wurden nur durch wirtschaftliche Zugeständnisse dazu angehalten, den Aufhebungsantrag nicht zu stellen.

Die Vergütung des vorläufigen Gläubigerausschusses war umstritten. Vom Gericht als problematisch angesehen wurden auch die Vergütungsabreden im Zusammenspiel Schuldnerberater-Sachwalter. Auffällig erscheint die Pauschalvergütung für den gemeinsamen Vertreter, wenn dieser gleichzeitig auch als Gläubigerausschussmitglied abrechnet.

Der Fall zeigt, dass gesellschaftsrechtliche Maßnahmen genutzt wurden und zwar hier wegen der besonders gelagerten Situation der Rückforderungsansprüche aus der Barkapitalerhöhung auch im Wege eines Debt-Equity-Swap.

Man sieht in diesem Fall auch das Auftreten von Kleingläubigern oder Anlegeranwälten, deren Interessen unklar bleiben. Das Gericht hat umfangreich geprüft. Deutlich wird insofern bei den Beanstandungen des Insolvenzgerichts, dass die Vergleichsrechnung schwierig ist, weil die konkreten Fortführungs- und Liquidationswerte teilweise intransparent erschienen. Hervorzuheben ist, dass das Verfahren recht schnell innerhalb weniger Monate zum Abschluss gebracht werden konnte. Die Insolvenzschuldnerin war auf die Aufhebung des Verfahrens dringend angewiesen, weil sonst die Liquidität ausgegangen wäre.

O. Fallstudie Nr. 15

Im vorgestellten Fall handelt es sich um ein Insolvenzverfahren vor einem Gericht in einer deutschen Großstadt.

I. Sachverhalt

Es handelt sich um ein Insolvenzverfahren über ein Druckereiunternehmen, das u.a. Druckerzeugnisse herstellt und vertreibt. Es wurde Antrag auf vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a InsO wegen vermeintlicher drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt. Das Unternehmen hatte ca. 60 Mitarbeiter, Bilanzsumme ca. 7 Mio. Euro. Dem Antrag wurde der Entwurf eines Plans beigefügt. Es waren abgesehen von dem Verzicht der Gläubiger in Höhe von 98% und einem (außerhalb des Plans) erfolgten Teilverzicht einer Bank keine konkreten Sanierungsmaßnahmen geplant. Die vorgesehene Quotenzahlung betrug 2%. Die bisherigen Geschäftsführer sollten im Amt behalten. Ein CRO war nicht eingesetzt worden, die Schuldnerin wurde durch einen im Insolvenzbereich tätigen Anwalt begleitet.

Das Gericht bestellte den vom Schuldnervertreter vorgeschlagenen vorläufigen Sachwalter. Es erging eine Einzelermächtigung zum Zwecke der Insolvenzgeldvorfinanzierung. So dann wurde ein vorläufiger Gläubigerausschuss mit den vom Schuldnervertreter benannten Personen gebildet. Der vorläufige Sachwalter berichtete an das Insolvenzgericht und wies darauf hin, das Sanierungskonzept sei stark überarbeitungsbedürftig. U.a. seien Personalmaßnahmen nicht eingeflossen. Die Sanierungsphase sei zu Beginn nicht rund gelaufen.

Dann kam es zur Eröffnung mit Bestellung des vorläufigen Sachwalters zum Sachwalter. Die Schuldnerin verfolgte ihren Planentwurf weiter und ging von einer fest angenommenen Summe von 200.000 Euro als Ausschüttungssumme für die Insolvenzgläubiger aus.

Der Sachwalter berichtete fortlaufend an das Insolvenzgericht. Er wies darauf hin, die Startphase habe sich problematisch dargestellt, da der Schuldnervertreter nur sporadisch vor Ort gewesen sei und keine insolvenzrechtlichen Kenntnisse bei der Schuldnerin vorhanden seien. Daher zog der Sachwalter die Kassenführung an sich. Ein M&A-Prozess sei von der Schuldnerin nicht eingeleitet worden. Der Schuldnervertreter habe lediglich eine unentgeltliche Schnelleinschätzung eines kaufmännischen Beraters eingeholt, der mitgeteilt habe, das Unternehmen sei unverkäuflich.

Der Sachwalter monierte verschiedene Fehleinschätzungen im Hinblick auf den Insolvenzplan. Es seien u.a. keine Abwicklungskosten, Personal- und Steuerverbindlichkeiten als Masseverbindlichkeiten angesetzt worden, so dass die Quotenberechnung unmöglich sei.

Der Sachwalter kam daher zu der Einschätzung einer höheren Unterdeckung, daher könne nur eine Quote von 1,44 % realistisch sein.

Insgesamt musste sich der Sachwalter erheblich einschalten. Auch das Gericht schaltete sich umfangreich ein. Es wies darauf hin, dass der vorgelegte Planentwurf bei Einreichung schon an der Vorprüfung nach § 231 InsO scheitern würde. Das Gericht bemängelte u.a. die Gruppenbildung (nur eine Gruppe für Insolvenzgläubiger sollte gebildet werden). Das Zahlenwerk sei veraltet, wichtige Angaben fehlen, es gebe widersprüchliche Hinweise zur Fälligkeit der Planquote und Anlagen nach § 230 Abs. 2 InsO fehlten. Die Planberechnungen seien nicht nachvollziehbar.

Der Sachwalter stellte seine Bedenken ebenfalls dar. Er bemängelte, dass Gläubiger über wesentliche Umstände im Unklaren gelassen werden. Bei der Vergleichsrechnung sei von der sofortigen Stilllegung ausgegangen worden, obwohl eine Auslaufproduktion erfolgen würde. Der Schuldnervertreter habe gegenüber ihm, dem Sachwalter, mitgeteilt, dass er absichtlich keine Zahlen beifügen wolle, aus denen sich die zukünftige Geschäftsentwicklung ergeben könnte. Es wurde auch bemängelt, dass ein Eingriff in die Rechte der Gesellschafter nicht stattfindet und ein Sanierungsbeitrag nicht ersichtlich ist.

Nach weiterem Verfahrensverlauf gelangte ein erster Plan zur Abstimmung. Die Stimmenmehrheit wurde nicht erreicht. Die Schuldnerin legte einen veränderten zweiten Plan mit einer Besserungsklausel für Gläubiger vor. Diesmal wurden alle Mehrheiten erreicht.

Nach Annahme des Plans konnten in der Folgezeit offenbar die noch offenen Masseverbindlichkeiten nicht bezahlt werden. Es gab auch Streit über die Höhe der Vergütung des Sachwalters. Der Sachwalter bemängelte u.a. auch unklare Angaben zur Liquiditätslage. Eine fällige Rate an eine Sparkasse sei nicht beglichen worden.

Es folgte ein Antrag eines einzelnen Gläubigers auf Aufhebung der Eigenverwaltung. In diesem Zusammenhang ergab sich, dass die Schuldnerin Ansprüche gegen die Sparkasse hatte, die sie an einen Dritten abgetreten, aber dem Sachwalter und den anderen Beteiligten verschwiegen hatte und die deshalb auch im Plan nicht enthalten waren.

Sodann erfolgte zwei Jahre nach Eröffnung die Aufhebung der Eigenverwaltung und die Einsetzung des Sachwalters zum Insolvenzverwalter, die ausführlich vom Gericht begründet wurde. Kurze Zeit danach zeigte der Insolvenzverwalter die Masseunzulänglichkeit an.

II. Rechtliche Probleme

Der Fall zeigt einen Prototyp der gescheiterten Eigenverwaltung, und zwar nach zwei Jahren Verfahrensdauer. Es ist erkennbar, dass ein unzureichender Planentwurf mit erhebli-

chem Verzicht der Gläubiger verfolgt wurde, aber ohne Sanierungsbeitrag der Gesellschafter und ohne dass eine operative Sanierung offenbar nur in Ansätzen vorgenommen wurde.

Der Sachwalter musste sich erheblich einschalten, während der Schuldnervertreter nach den Angaben des Sachwalters nicht täglich vor Ort war. Außerdem erfolgte kein M&A-Prozess. Eine verlässliche Vergleichsrechnung war kaum möglich. Der Planentwurf adressierte nach Auffassung des Sachwalters und des Gerichts naheliegende Fragen wie Auslaufproduktion und Masseverbindlichkeiten nicht ausreichend.

Im Fall zeigten sich auch deutlich die stets virulenten Informationsasymmetrien zwischen Schuldner und Sachwalter/Gläubigern, weil der abgetretene Vermögenswert dem Sachwalter und den Gläubigern verschwiegen werden konnte.

Man fragt sich auch, ob ein derartiges Verfahren für eine Eigenverwaltung geeignet ist, wenn allein ein Verzicht der Gläubiger als Planziel und eine Quote von nur 2% in Rede stehen. Zur Aufhebung des Verfahrens kam es erst, als ein einzelner Gläubiger den Antrag auf Aufhebung stellte, während der Sachwalter, der die Komplikationen dem Gericht frühzeitig mitgeteilt hatte, ein solches Antragsrecht gerade nicht hat.

Zusammenfassende Bewertung

A. Rezeption des ESUG

Eine gänzliche Abkehr von dem ESUG, insbesondere eine grundlegende Umgestaltung der Eigenverwaltung als dem zentralen Baustein der Reform, wird weder durch die Befragungsergebnisse noch durch die rechtswissenschaftliche Bewertung nahegelegt. Die Evaluation zeigt Korrektur- und Ergänzungsbedarf in Bezug auf einzelne, allerdings durchaus gewichtige Weichenstellungen sowie in Einzelfragen auf. Die Rückkehr zum früheren Recht ist nicht veranlasst.

B. Die Eigenverwaltung

1. Leitfrage des Untersuchungsauftrags zur Eigenverwaltung

Wird das neu geschaffene „Schutzschirmverfahren“ des § 270b InsO den Erwartungen gerecht und hat es insbesondere zu einer frühzeitigen Antragstellung und zu einer Stärkung der Eigenverwaltung geführt? Wird trotz § 270b InsO noch ein Bedürfnis für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren gesehen?

Aus rechtswissenschaftlicher Sicht hat das Schutzschirmverfahren trotz einer insgesamt eher positiven Akzeptanz des ESUG die Erwartungen eher nicht erfüllt. In den meisten Eigenverwaltungsfällen wird der Einstieg in das Verfahren über § 270a InsO gewählt. Eine deutlich frühzeitigere Antragstellung lässt sich nicht feststellen. Das ESUG hat die wechselseitigen Abhängigkeiten zwischen Beratern, Verwaltern, Sachwaltern und Profi-Gläubigern nicht befriedigend adressiert, so dass Interessenkonflikte nicht ausgeschlossen erscheinen. Es wird vielfach festgestellt, dass ungeeignete Verfahren mit einer vorläufigen Eigenverwaltung starten und dann in ein Regelverfahren übergehen; dieser Wechsel der Verfahrensart führt zu Disruptionen und wirkt zudem kostenerhöhend. Ein Bedeutungszuwachs der Eigenverwaltung lässt sich in der Praxis und in der Fachdiskussion erkennen, die Eigenverwaltung und der Gedanke der Sanierung haben insoweit eine Stärkung erfahren. Die Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens wird in der strukturierten Befragung eher verneint, allerdings sind die Einschätzungen dazu sehr gestreut.

2. Reformperspektiven zur Eigenverwaltung

Es empfiehlt sich ein gesetzgeberisches Nachsteuern der ESUG-Reformen im Sinne einer stärkeren Begrenzung des Zugangs zur Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren, aber auch im Eröffnungsverfahren, mit dem Ziel der Ausklammerung ungeeigneter Verfahren. Dazu könnte es gehören, entweder den Nachteilsbegriff des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO zu konkretisieren oder den gesamten Zugang zur (vorläufigen) Eigenverwaltung zu vereinheitlichen und sowohl (positive) Anordnungs- als auch (negative) Versagungsgründe zu normieren. Noch klarer und zu empfehlen wäre es, unabdingbare Mindestvoraussetzungen für eine gute Eigenverwaltung festzulegen, die positiv vorliegen und nachgewiesen werden müssen, um den Zugang zur Eigenverwaltung zu erhalten; dazu könnten auch Untergrenzen bei KMU gehören. Das bedeutet, dass nur bei Vorliegen gewisser Mindestanforderungen, dann aber verlässlich, Zugang zur (vorläufigen) Eigenverwaltung gewährt wird, indes bei Nichteinhaltung der Mindestvoraussetzungen und bei unklarer Sachlage, also im „Graubereich“, keine Eigenverwaltung angeordnet wird. In allen Fällen sollten die gerichtlichen Prüfungsgrundlagen und -befugnisse und das Beweismaß konkret festgelegt werden.

Zu den möglichen Mindestanforderungen an die Zulassung der Eigenverwaltung ist nach den Hinweisen in der Rechtsprechung zu § 270 Abs. 2 InsO sowie in der Literatur und nach den Ergebnissen der Befragung insbesondere zu zählen die „Eigenverwaltungswürdigkeit“ des Schuldners sowie die stärkere Ausrichtung auf die Erfolgsaussichten der Eigenverwaltung im Sinne eines konkreten Verfahrens- und Sanierungsplanung einschließlich der Notwendigkeit einer belastbaren Liquiditätsplanung. Ferner muss insolvenzrechtliche Expertise sichergestellt sein und der Nachweis der Stakeholderunterstützung erfolgen mit hinreichender Gewährleistung eines repräsentativen Meinungsbilds. Bei der Eigenverwaltungswürdigkeit des Schuldners könnten eine erkennbare objektive Verletzung von Buchführungs- und Bilanzierungspflichten und die manifeste Verletzung der Insolvenzantragspflicht Anknüpfungspunkte bilden, ggf. auch Rückstände bei den Sozialversicherungsbeiträgen oder Steuerzahlungen.

Da das Schutzschirmverfahren die Erwartungen nicht erfüllt hat, spricht viel für die Verschmelzung des § 270a und des § 270b InsO-Verfahrens, wenn man die Zugangsvoraussetzungen zur Eigenverwaltung und damit auch zu § 270a InsO generell erhöht.

Darüber hinaus ist es sinnvoll, die Anforderungen an einen Sachwalter je nach Art von Verfahren festzusetzen, die der Gesetzgeber für die Eigenverwaltung freigibt. Gelangen nur noch gut vorbereitete Verfahren in die (vorläufige) Eigenverwaltung, so wird man die Position des (vorläufigen) Sachwalters auf die eines reinen Überwachers beschränken dürfen. Lässt man hingegen auch Verfahren aus dem „Graubereich“ für die Eigenverwaltung zu, so wird

das Vertrauen der Beteiligten sich an der Person und den Befugnissen eines „starken Sachwalters“ ausrichten müssen.

Jedenfalls sollte die hinreichende Unabhängigkeit des Sachwalters im Bestellungsverfahren gesichert sein. Dabei sind vor allem auch die systemischen Verknüpfungen und Anreizbeziehungen, die sich aus dem Beraterinfluss bei der Sachwalterauswahl ergeben, zu berücksichtigen. Es erscheint nicht unproblematisch, dass nach dem geltenden Recht der Sachwalter als Überwachungsperson vielfach über die Berater des Schuldners entweder als mitgebrachter Sachwalter (§ 270b InsO) eingesetzt und jedenfalls auch außerhalb von § 270b InsO zumindest über eine Zusammenstellung des Gläubigerausschusses seine Wahl gesteuert werden kann (§ 274 InsO i.V.m. § 56a InsO).

Der Einfluss der Schuldner auf den Sachwalter erhöht die Planbarkeit der Sanierung, kann aber eine Sanierung zu Lasten und auf dem Rücken der Gläubigergesamtheit begünstigen oder jedenfalls auch ungeeignete Verfahren „anlocken“. Zugleich erweist sich der Einfluss einzelner Gläubiger über § 56a InsO in der Eigenverwaltung als zumindest tendenziell geeignet, ein vollständiges unabhängiges Handeln des Sachwalters in Frage zu stellen. Problematisch ist nicht der Gläubigerausschuss als solcher, sondern der Einfluss spezifisch auf die Wahl des Sachwalters, der darin begründet, dass eine Bildung des vorläufigen Gläubigerausschusses kraft Natur der Sache im frühen Verfahrensstadium schwierig ist und Gestaltungsspielräume eröffnet.

Insgesamt scheint es daher angebracht, in der Eigenverwaltung eine weniger vom Schuldner und dessen Beratern abhängige Auswahl des Sachwalters zu ermöglichen und insoweit auch die Abhängigkeit des Sachwalters vom Berater und die daraus folgende Geneigtheit der Rücksichtnahme auf die Organe des Schuldners und nahestehende Personen zu verringern. Das gilt einheitlich sowohl bei § 270a InsO als auch bei § 270b InsO. Eine solche Reduzierung der Wahlmöglichkeiten geschieht allerdings um den Preis einer Reduzierung der Planbarkeit des Verfahrens aus Sicht der Unternehmen und kann mithin die Sanierungswilligkeit reduzieren. Um dies zu vermeiden, sollte es den Gerichten explizit erlaubt (und ggf. in Form einer Soll-Vorgabe auch vorgegeben) werden, ihre Sachwalterauswahlentscheidung vor einer Antragstellung mit dem Schuldner zu erörtern; zudem sind unterschiedliche Gerichtspraktiken einzudämmen und die Professionalität der Gerichte zu erhöhen.

Ferner sollte geprüft werden, ob § 56a InsO in der Eigenverwaltung und nur dort (Verweis in § 274 InsO) generell gestrichen werden sollte, um derartigen Verflechtungen keinen Vorschub zu leisten. Mit der Erhöhung der Neutralität des Sachwalters kann die Sanierung durchaus gefördert werden. In der Regelverwaltung hat § 56a InsO Vorteile, in der Eigenverwaltung sind damit die Probleme der „family&friends“-Ausschüsse und der Netzwerkbil-

dung von Beratern und Sachwaltern und Profi-Gläubigern verbunden. Jedenfalls eine verbindliche Vorgabe wie bei § 56a Abs. 2 InsO erscheint anders als bei einem reinen Anhörungs- und Vorschlagsrecht fragwürdig, wenn in dem Sachwalter eine neutrale Vertrauensperson für alle Beteiligten und die Gläubigergesamtheit erkannt werden soll. Auch insoweit ist stets die Verknüpfung mit der Frage zu beachten, ob sichergestellt ist, dass nur „gute“ Verfahren Zugang zur Eigenverwaltung erhalten.

Ferner sollte der Gesetzgeber eine etwaige Reform um die Vergütungsfragen erweitern und Korrekturen und Ergänzungen in Einzelfragen anstreben. Sinnvoll erscheint die Zusammenfassung der Aufhebungsgründe bei § 270b Abs. 4 und § 272 InsO zu einem einheitlichen Aufhebungstatbestand, wenn der Gesetzgeber am Schutzschirmverfahren festhalten will. Das Problem der ungenutzten Nachteilsanzeige sollte durch eine Konkretisierung des Nachteilsbegriffs und damit im Einklang mit den zu § 270 InsO empfohlenen Reformschritten gelöst werden. Daneben könnten Fehlanreize im Zuge einer allgemeinen Auflösung der Anreizverzerrungen im Geflecht der beteiligten Personen angegangen werden. Soweit ein nur punktuell eingreifen für rechtspolitisch erwünscht erachtet wird, könnte eine fristgebundene Entscheidungspflicht des Gerichts mit differenzierten Rechtsfolgen (Anordnung von weiteren Verfügungsbeschränkungen bis hin zur Aufhebung der Eigenverwaltung) verankert werden.

Bei der Haftung in der Eigenverwaltung muss sich der Gesetzgeber entscheiden, ob er – im Lichte einer zu erwartenden BGH-Entscheidung – aktiv werden möchte; er kann zwischen einer Organaußenhaftung gegenüber den Beteiligten oder der Klarstellung und Verfeinerung der gesellschaftsrechtlichen Binnenhaftung wählen; dabei ist auch abzustimmen, wie Generalbevollmächtigte und andere beteiligte Insolvenzexperten haften. Darüber hinaus sollte der Gesetzgeber die Möglichkeit des Schuldners, im Rahmen des § 270a InsO Masseverbindlichkeiten nach Maßgabe einer gerichtlichen Pauschal- oder Einzelermächtigung zu begründen, klarstellen. Das Problem der Abführung von Steuer- und Sozialversicherungsverbindlichkeiten in der (vorläufigen) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren ist anzugehen; es empfiehlt sich zugleich eine Diskussion über die Reichweite des § 55 Abs. 4 InsO im Rahmen eines wünschenswerten Insolvenzsteuerrechts.

Bei der Umsetzung der Richtlinie zu einem präventiven Restrukturierungsrahmen kann der Gesetzgeber je nach Gestalt einer endgültigen Richtlinie entweder das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren schlank halten und als zusätzliche Option anbieten, oder aber das vorinsolvenzliche Verfahren mit den ESUG-Verfahren verzahnen. Letzteres wäre von der zu erwartenden Richtlinie wohl nicht gedeckt und würde in stärkerem Maße als bei der ersten Vorgehensweise die Gefahr einer Entwertung des ESUG und der Sanierung im Insolvenzverfahren in sich bergen und es erscheint auch nicht praktikabel. Daher empfiehlt es sich,

das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren nur als weitere Option anzubieten. Es sollte generell darauf geachtet werden, dass insolvenzreife Schuldner nicht das präventive Verfahren in Anspruch nehmen können. Vielmehr sind die Verfahrensarten voneinander zu trennen. Der volle „Instrumentenkasten“ des Insolvenzverfahrens sollte nicht schon im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren zur Verfügung stehen. Angesichts der kontroversen Einschätzungen bei der Befragung erscheint insoweit ein behutsames Vorgehen des Gesetzgebers geboten.

C. Das Planverfahren

1. Leitfrage des Untersuchungsauftrags zum Planverfahren

Das ESUG erweiterte durch die Einbeziehung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten der Gesellschafter einer insolventen Schuldnergesellschaft bewusst den Anwendungsbereich von Insolvenzplänen. Hierauf bezieht sich die zweite Leitfrage: *Wurde von der Möglichkeit, über einen Insolvenzplan in die Rechtsstellung von Gesellschaftern einzugreifen, Gebrauch gemacht und wie hat sich dies auf die Schuldnerunternehmen ausgewirkt? In welchem Umfang wurden Forderungen in Eigenkapital umgewandelt, und hat dieser Debt-Equity-Swap im nennenswerten Umfang grob egoistische Strategien ermöglicht, die sich letztlich zum Nachteil der Unternehmen und ihrer Arbeitnehmer ausgewirkt haben?*

Die neu geschaffenen Eingriffsbefugnisse in Anteilsrechte werden nahezu allgemein begrüßt. Die – überaus kontroversen – Auseinandersetzungen in diesem Themenkreis betreffen nicht das Ob eines Eingriffs, sondern die Bestimmung der angemessenen Reichweite solcher Eingriffe und folgerichtig deren Legitimation. Eine Rückkehr zur gesellschaftsrechtlichen Abstinenz des Insolvenzrechts ist vor diesem Hintergrund nicht angezeigt. Negative Auswirkungen der ESUG-Reformen auf Schuldnerunternehmen oder deren Arbeitnehmer sind nicht erkennbar. Allerdings ist festzuhalten, dass die neuen Befugnisse nur vergleichsweise selten genutzt werden, um Forderungen in Eigenkapital umzuwandeln. Häufig werden Anteile schlicht übertragen oder zum Gegenstand von Umwandlungsmaßnahmen.

2. Reformperspektiven zum Planverfahren

Der Ausbau des Insolvenzplanverfahrens war neben der Stärkung der Gläubigerautonomie und der Eigenverwaltung das zentrale Ziel des ESUG. Dabei ging es dem Gesetzgeber insbesondere darum, den Anwendungsbereich des Insolvenzplans als Sanierungsinstrument zu erweitern und Verzögerungsgefahren im Planverfahren abzubauen.

Kernziel des ESUG war der Ausbau des Anwendungsbereichs des Insolvenzplans. Mit seiner Hilfe sollte nicht mehr nur in Gläubigerrechte, genauer in Insolvenzforderungen und Absonderungsrechte, eingegriffen werden können. Das ESUG sollte vor allem Eingriffe in Anteilsrechte der am Schuldner beteiligten Personen durch den Insolvenzplan ermöglichen und so die gesellschaftsrechtliche Abstinenz des Insolvenzrechts aufgeben, um im Wettbewerb mit den anglo-amerikanischen Restrukturierungsrechten zu bestehen. Demgegenüber war die ausdrückliche Bestimmung der Zulässigkeit eines Insolvenzplans bei Masseunzulänglichkeit in § 210a InsO weniger ein Paradigmenwechsel als eine Klarstellung. Entsprechendes gilt für die erst durch den Rechtsausschuss angeregte Aufnahme „verfahrenleitender Insolvenzpläne“ in § 217 Satz 1 InsO. Alle diese Regelungen haben in der Tat dazu geführt, dass der Insolvenzplan in der Praxis als relevanter wahrgenommen wird.

Gleichzeitig ist ein gesetzgeberisches Nachjustieren angezeigt, da die ursprünglichen gesetzgeberischen Vorstellungen, die sich auf die Ermöglichung einer Forderungsumwandlung nach englischem Vorbild fokussierten, mit der festgestellten Verwendung von Insolvenzplänen in der Praxis wenig gemein haben. Insbesondere der Bereich der Integration von Umwandlungsmaßnahmen in Insolvenzpläne bedarf angesichts der hier erreichbaren Potenziale einer Gesamtrechtsnachfolge dringend einer Harmonisierung von Umwandlungs- und Planrecht.

Im Gegensatz dazu findet sich im Bereich des grundsätzlichen Verhältnisses von Insolvenzplan- und Gesellschaftsrecht eher ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Detail, der an die ersten Erfahrungen anknüpft. Vor allem sollte der Gesetzgeber die Bedeutung gesellschaftsrechtlicher Anforderungen an Planmaßnahmen in § 225a Abs. 3 InsO zugunsten des Insolvenzrechts klarstellen (Verdrängungswirkung des Insolvenzrechts im Sinne des Verdrängungsbereichs II). Berechtigte Belange der Gesellschafter, insbesondere in Gesellschaften im Graubereich der existenzbedrohenden Krise, sollten eher im Insolvenzverfahren berücksichtigt werden, etwa durch ihre Berücksichtigung als Verfahrensbeteiligte im Eröffnungsverfahren und den daraus entstehenden Befugnissen bei der Feststellung der Eröffnungsgründe (Ablehnungsrecht für Gutachter); ein zusätzliches Beschwerderecht gegen die erfolgte Verfahrenseröffnung scheint demgegenüber zu spät zu greifen und nicht zwingend sinnvoll.

Darüber hinaus machen Fälle wie Suhrkamp deutlich, dass es überlegenswert erscheinen kann, die Willensbildung in einer Gesellschaftergruppe weiter allein dem Gesellschaftsrecht zu überlassen, solange eine so mögliche Blockadeposition einer Gesellschaftergruppe zulasten der Gläubiger oder anderer Gesellschaftergruppen durch das Obstruktionsverbot in § 245 InsO effektiv durchbrochen werden kann. Letzteres legt die Bewertung des Plans in die Hand des Gerichts, dessen Entscheidung bei begründeten Zweifeln effektiv überprüfbar

sein sollte. Entschließt man sich hingegen dafür, auch existenzbedrohende Gesellschafterkonflikte mit den Mitteln des Insolvenzrechts zu lösen, so ist zu empfehlen, an der Irrelevanz gesellschaftsrechtlicher Bindungen und Mehrheiten im Planverfahren festzuhalten.

Die Beibehaltung der Vorrangregel schützt zutreffend vor der Umverteilung von Vermögen; ihre Flexibilisierung würde es aber auch erlauben, den Unternehmer als Gesellschafter im sanierten Unternehmen zu belassen, ohne hierfür die Zustimmung *aller* Gläubigergruppen einzuholen. Für die Einführung gesellschaftsrechtlicher Maßstäbe an Planmaßnahmen, wie etwa Rechtfertigungsanforderungen für Bezugsrechtsausschlüsse, besteht demgegenüber kein Anlass.

Die mit dem ESUG erfolgte Klarstellung der Zulässigkeit verfahrensbegleitender Insolvenzpläne hat zu der Diskussion geführt, welche der Verfahrensregelungen der Insolvenzordnung nun plandispositiv sind und welche nicht. Ein taugliches dogmatisches Grundkonzept zur Beantwortung dieser Frage hatte der BGH schon zuvor entwickelt; es wurde vom ESUG-Gesetzgeber aufgegriffen und kann daher nach wie vor diesen Diskussionen zugrunde gelegt werden. Hieraus ergab sich, dass Planregelungen zur Forderungsprüfung gem. §§ 174-186 InsO weiter weder plandispositiv sind noch plandispositiv werden sollten. Fälle massenhaft streitiger Insolvenzforderungen erzeugen Handhabungsschwierigkeiten, die im Kern nicht insolvenzrechtlicher Natur sind, sondern nach einer effizienten Gestaltung einer Vielzahl gleichartiger Feststellungsprozesse verlangen. Demgegenüber wird die mit dem ESUG in den §§ 259a, 259b InsO gefundene Regelung der Nachzügler-Problematik, die dazu geführt hat, dass abweichende Präklusions- oder Ausschlussklauseln in Insolvenzplänen unzulässig sind, nicht nur von den Befragten kritisch betrachtet. Sie sollte auch nach den Ergebnissen der rechtswissenschaftlichen Analyse nachgebessert werden. Als neuer Regelungsansatz wäre insbesondere zu erwägen, anstelle der Verjährung eine verfassungsrechtlich zulässige verschuldensabhängige Ausschlussklausel in Insolvenzplänen zuzulassen.

Auch die Planfestigkeit der §§ 54 Nr. 2, 63-65 InsO und die daraus folgende Unzulässigkeit verbindlicher Vergütungsregelungen in Insolvenzplänen wurde in der Befragung kritisch betrachtet, da in der Praxis durchaus ein erheblicher Handlungsbedarf besteht, um planbare Verwaltervergütungen sicherzustellen. Für derartige Vergütungsvereinbarungen hat sich der Insolvenzplan allerdings in der rechtswissenschaftlichen Bewertung als das falsche Instrument herausgestellt. Es wird daher empfohlen, die Diskussion über die Zulassung von Vergütungsvereinbarungen unter Beachtung relevanter verfassungsrechtlicher Vorgaben im Rahmen einer notwendigen Reform der vergütungsrechtlichen Vorschriften zu führen.

Das ESUG hat in § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO die Möglichkeit geschaffen, auf die Schlussrechnungsprüfung zu verzichten. Der zur Reichweite dieser Regelung geführte Streit sollte

dadurch entschieden werden, dass die Regelung wortgleich als neuer § 66 Abs. 4 InsO formuliert wird. Hieraus würde deutlich, dass eine Schlussrechnungsprüfung einschließlich der Hilfstätigkeit des Gerichts nach Abs. 2 insgesamt plandispositiv ist. Ergänzend könnte angefügt werden, dass die Planregelung die Aufsichtsbefugnisse des Insolvenzgerichts aus § 58 InsO nicht berührt. Das eigentliche Regelungsziel des ESUG-Gesetzgebers, die Vermeidung von Verfahrensverzögerungen, kann daneben schon durch die bloße Entkoppelung der Verfahrensaufhebung von der Schlussrechnungslegung erreicht werden. Äußern die Gläubiger einen entsprechenden Willen im Plan, so sollte das Insolvenzgericht dem grundsätzlich entsprechen. Eine entsprechende Klarstellung könnte daher in einem neuen § 258 Abs. 2 Satz 3 InsO erfolgen.

Die mit dem ESUG geschaffenen Verwalterermächtigungen in §§ 221 Satz 2, 254a Abs. 2 Satz 3 InsO, aber auch die Regelung in § 259 Abs. 3 InsO sollten zumindest durch die Benennung des Sachwalters oder durch die Schaffung einer entsprechenden Regelung in einem neuen § 284 Abs. 3 InsO explizit auf Eigenverwaltungsfälle ergänzt werden. Zudem sollte die in § 221 Satz 2 InsO normierte Ermächtigung konkretisiert werden, um dem Plangestalter eine Nachsorgeregelung unter Einbindung des bisherigen Insolvenzverwalters oder Sachwalters zu erlauben. Unter Berücksichtigung der Absicherungswünsche der Insolvenzgläubiger, des Interesses des Schuldners an der umfassenden Wiedererlangung seiner Handlungsmacht und der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sollte in § 221 InsO erlaubt werden, einen Dritten, insbesondere den ehemaligen Insolvenzverwalter oder Sachwalter, nach Verfahrensaufhebung zur Vornahme von Umsetzungsmaßnahmen zu ermächtigen.

Der ESUG-Gesetzgeber hat mit der Regelung in § 210a InsO klargestellt, dass Insolvenzpläne auch nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit noch möglich sind, um die Insolvenzsituation zu bewältigen. Angesichts der nur rudimentär erfolgten Regelung zur Rechtsstellung der Beteiligten in einem Insolvenz- und Insolvenzplanverfahren nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit im ESUG sollte der Gesetzgeber hier nachsteuern. § 210a Nr. 2 InsO könnte etwa dahingehend ergänzt werden, dass für die nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger die Verfahrensregelungen der §§ 217 ff. InsO für nachrangige Insolvenzgläubiger gelten. Hieraus würden sich die entsprechenden Folgen für die Verfahrensposition der bisherigen Insolvenzgläubiger, etwa in der Gläubigerversammlung, ergeben. Zugleich sollte klargestellt werden, dass die bisherige Gläubigerversammlung in ihrer Zusammensetzung noch den Auftrag an den Insolvenzverwalter zur Ausarbeitung eines Insolvenzplans nach §§ 157 Satz 2, 210a InsO beschließen darf.

Das Nebeneinander von Zurückweisungsrecht wegen offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit einer sofortigen Beschwerde und Freigabe sollte einer vereinheitlichten

Lösung weichen, die sich an der nach dem ESUG entstandenen Praxis orientiert. Pläne sollten also im Zweifel schnell in Rechtskraft erwachsen können, soweit nicht ausnahmsweise ein behaupteter schwerer Rechtsverstoß eine Überprüfung in zweiter Instanz unter aufschiebender Wirkung rechtfertigt. Die Beschwerdebefugnis könnte angesichts einer regelmäßig schnellen Freigabe allein am behaupteten Rechtsverstoß anknüpfen.

Im Bereich der §§ 217 ff. InsO finden sich jenseits der mit dem ESUG eingeführten Normen noch Fragen, die sich als essentiell für eine erfolgreiche Plansanierung herausgestellt haben. So erscheint es angesichts der verbreiteten Unsicherheit über die konkreten Anforderungen an die Vollstreckbarkeit und Bestimmtheit von Planregelungen empfehlenswert, § 257 Abs. 1 InsO um eine Klarstellung zu erweitern, nach der § 726 ZPO anwendbar ist.

Auch wird eine gesetzgeberische Präzisierung der Darlegungslast im Insolvenzplan, insbesondere zur Vergleichsrechnung, verbreitet gewünscht. § 220 InsO könnte etwa um eine Klarstellung erweitert werden, nach der bei Feststellung des Liquidationswertes in der Vergleichsrechnung im Zweifel kein Zerschlagungswert, sondern der Fortführungswert zugrunde zu legen ist, wenn das Unternehmen nach dem Plan fortführungsfähig ist und ein Verkauf des Unternehmens ohne den Plan nicht offensichtlich aussichtslos erscheint. Zu weitgehend erscheint es demgegenüber, die Durchführung eines M&A-Prozesses zur tatsächlichen Bestimmung des Liquidationswertes generell vorzuschreiben oder aber zum notwendigen Gegenstand einer Gläubiger(ausschuss)entscheidung zu machen. Daneben wird empfohlen, dem Gläubigerausschuss oder dem (unabhängigen) Sachwalter eine frühzeitige Prüfung der Vergleichsrechnung (etwa im Rahmen der Stellungnahme nach § 232 InsO) aufzugeben.

Da die Zurückweisungsentscheidung vom Insolvenzgericht verlangt, den Planinhalt nicht nur summarisch, sondern eingehend „unter Berücksichtigung sämtlicher rechtlicher Gesichtspunkte“ zu prüfen, erscheint es empfehlenswert, im Wege der Gesetzesreform eine Anhörung zumindest der in § 232 InsO benannten Beteiligten in diesem Verfahrensstadium explizit zu erlauben und in diesem Fall auf eine nochmalige Zuleitung mit erneuter Zweiwochenfrist zur Stellungnahme zu verzichten. Die Frist des § 231 Abs. 1 Satz 2 InsO wäre entsprechend anzupassen. Es sollte dem Gericht aber in einfacher gelagerten Fällen weiter möglich bleiben, wie bislang vorgesehen ohne Stellungnahmefrist über die Zurückweisung zu entscheiden.

In Großverfahren würde man dem Gericht die Verfahrensabwicklung zudem dadurch erleichtern, dass es sich für die Massenkommunikation mit den Gläubigern und anderen Verfahrensbeteiligten der Infrastruktur des Verwalters bzw. Sachwalters bedienen darf. Hierzu könnte die Anwendbarkeit des § 8 Abs. 3 InsO in § 235 Abs. 3 InsO und in § 252 Abs. 2 InsO explizit bestimmt werden.

Die Beendigung des Insolvenzverfahrens nach rechtskräftiger Bestätigung des Insolvenzplans könnte weiter beschleunigt werden, indem die mit dem ESUG in § 258 Abs. 2 InsO geschaffene Regelung nochmals angepasst wird. Zwar bliebe die Pflicht zur Befriedigung von Masseverbindlichkeiten unangetastet; zur Verfahrensaufhebung könnte aber der Nachweis genügen, dass die im Zeitpunkt der rechtskräftigen Planbestätigung fälligen unstreitigen Masseverbindlichkeiten erfüllt sind. Für später fällig werdende oder streitige Masseschulden sollte es genügen, dass ihre Befriedigung in der Finanzplanung angemessen berücksichtigt ist, soweit sie nicht gesondert besichert werden. Die derzeit in § 258 Abs. 2 Satz 2 InsO verankerte Differenzierung könnte entfallen, zumal sie verbreitet ohnehin als Redaktionsversehen verstanden wird. Schließlich ist anzuregen, die Bekanntmachungsregelung in § 258 Abs. 3 InsO zu vereinfachen. Angesichts der Fehleranfälligkeit der derzeitigen Gesetzeslage und der Bedeutung der Verfahrensaufhebung für alle Beteiligten ist anzuregen, das Wirksamwerden des Aufhebungsbeschlusses in Anlehnung an die Regelung zum Eröffnungsbeschluss in § 27 Abs. 2 Nr. 3 InsO unabhängig von § 9 Abs. 1 Satz 3 InsO im Beschluss selbst zu bestimmen.

D. Auswahl des Insolvenzverwalters

Die Leitfrage zur Auswahl des Insolvenzverwalters lautet: *„In welchem Umfang hat sich der stärkere Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters auf dessen Unabhängigkeit ausgewirkt? Ist es im nennenswerten Umfang vorgekommen, dass im Interesse einzelner Gläubiger Verwalter bestellt wurden, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben?“* Dazu hat die Analyse folgende Ergebnisse erbracht:

Es lässt sich keine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der Insolvenzverwalter feststellen, die es erforderlich macht, die ESUG-Reformen rückgängig zu machen. In professionell, mit Erfahrung und Sachkunde durchgeführten Verfahren lässt sich die Unabhängigkeit sicherstellen. Viel hängt dabei von der professionellen Begleitung der Verfahren durch die Insolvenzgerichte ab, weil diesen die Kontrolle der Unabhängigkeit des Verwalters, aber eben auch die Entscheidung über die Besetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses zugewiesen ist. Deswegen sind Erfahrung, Sachkunde und Kompetenz der Gerichte sicherzustellen, worauf sogleich unter E. zur Gerichtsorganisation zurückzukommen ist.

Die mit dem ESUG eingeschlagene rechtspolitische Richtung ist konsequent weiter zu verfolgen, indem einem erstmals vorzusehenden vor-vorläufigen Gläubigerausschuss die Kompetenz eingeräumt wird, den Insolvenzverwalter auszuwählen. Auch dann kann das Gericht in Wahrnehmung seiner Kontrollbefugnisse der Beeinträchtigung der Unabhängigkeit

entgegenwirken. Diese Weichenstellung ist insbesondere auch dann zu begrüßen, wenn man den oben empfohlenen Weg geht, die Voraussetzungen der Eigenverwaltung restriktiver zu regeln. Die Einflussmöglichkeiten, die dort verloren gehen, werden dann an dieser Stelle ausgeglichen.

Zur Besetzung des (vor-)vorläufigen Gläubigerausschusses ist der Verweis des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a InsO auf § 67 InsO so auszuweiten, dass er sich auch auf § 67 Abs. 3 InsO erstreckt. Von der Beteiligung von Kleingläubigern sollte indessen abgesehen werden können. Die Vergütung der Ausschussmitglieder ist im Rahmen einer Vergütungsreform neu zu regeln und sollte sich für professionelle Mitglieder tendenziell erhöhen.

E. Gerichtsorganisation

Zur Gerichtsorganisation lautet die Leitfrage: *„Ist die Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger angemessen oder sollte im Interesse einer effektiven Verfahrensabwicklung die funktionelle Zuständigkeit neu austariert werden?“* Dazu hat die Analyse folgende Ergebnisse erbracht:

Im Hinblick auf die Aufgabenverteilung von Richter und Rechtspfleger lässt sich ein dringlicher rechtspolitischer Handlungsbedarf nicht feststellen. Vielmehr hat die Neuregelung durch das ESUG in § 18 Abs. 1 Nr. 2 RPfIG demonstriert, dass mit jeder Zuständigkeitsveränderung neue Auslegungsprobleme entstehen, die die Verfahrensabwicklung belasten. Vor diesem Hintergrund und angesichts der bei der Befragung ermittelten Zufriedenheit der Beteiligten sprechen gute Gründe dafür, die Regelungen zur funktionellen Zuständigkeit in § 18 RPfIG nicht zu ändern.

Eigenverwaltungsverfahren sind – im Unterschied zu den bisherigen Konzentrationsvorgaben in § 2 InsO für die Landesjustizverwaltungen verpflichtend – möglichst nach dem Vorbild des § 2 Abs. 3 InsO bei einem Gericht je Bezirk eines Oberlandesgerichts, jedenfalls aber bei maximal einem Gericht je Landgerichtsbezirk zu konzentrieren, um dort spezifische Expertise aufzubauen. Zu dieser Expertise zählen auch ökonomische Fertigkeiten.

Im Rahmen dieser Konzentration der Insolvenzgerichte wird zu prüfen sein, inwieweit eine solche auch für Streitsachen geboten ist, ob also der Einrichtung eines „großen Insolvenzgerichts“ näher getreten werden sollte. Damit einhergehende Konzentrationswirkungen hätten sicher positive Effekte auf die Kompetenz und den Erfahrungsschatz der dort versammelten Richter und Rechtspfleger. Inwieweit parallel dazu auch eine Konzentration des Marktes auf Verwalterseite in Form einer Bundesliste bzw. einer kammerartigen Berufszu-

gangsregelung vorangetrieben werden sollte, lässt sich anhand der Datenlage unserer Befragung nicht einschätzen. Die Diskussion scheint hier noch in der Entwicklung und sollte weiter verfolgt werden.

Verzeichnisse

A. Tabellen und Abbildungen

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1:	Eigenverwaltungsverfahren Deutschland 2012-2017	6
Tabelle 2:	Verteilung der Fälle über Bundesländer	6
Tabelle 3:	Eigenverwaltungsverfahren und Unternehmensklassen	7
Tabelle 4:	Verfahrensdauer bis Aufhebung nach Planbestätigung (§ 258 InsO)	7
Tabelle 5:	Vergleich Eigenverwaltungsverfahren mit Unternehmensinsolvenzen incl. ESUG und Unternehmensklassen	8
Tabelle 6:	Übersicht der Eigenverwaltungsverfahren	9
Tabelle 7:	Verteilung der Eigenverwaltungsverfahren	10
Tabelle 8:	Kombination der Verfahrenselemente	11
Tabelle 9:	Eigenverwaltungsverfahren je Gerichtsstandort (Vergleich zu Insolvenzverfahren gesamt)	13
Tabelle 10:	Verteilung der Fälle über Bundesländer	14
Tabelle 11:	Daten der ESUG-Online Befragung	17
Tabelle 12:	Verteilung der Fallzahlen über Berufe	19
Tabelle 13:	Verteilung der Fallzahlen über Funktionen	19
Tabelle 14:	Verteilung der Fälle über Bundesländer	20
Tabelle 15:	Erfolgsfaktoren der Eigenverwaltung	22
Tabelle 16:	Wichtige Maßnahmen im Insolvenzplan	27
Tabelle 17:	Unterschiedliche Erfahrungen nach Berufsgruppen	41
Tabelle 18:	Unterschiedliche Bewertungen nach Berufsgruppen	43
Tabelle 19:	Unterschiedliche Erfahrungen mit dem ESUG nach Funktionen	45
Tabelle 20:	Unterschiedliche Bewertungen des ESUG nach Funktionen	47

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Häufigkeit von Verfahren nach §§ 270a/b InsO und in Eigenverwaltung	9
Abbildung 2:	Erfahrungen mit Schutzschirmverfahren und Eigenverwaltung	23
Abbildung 3:	Erfahrungen mit Schutzschirmverfahren und Eigenverwaltung (Fortsetzung)	24
Abbildung 4:	Erfahrungen mit ESUG-Regelungen zum Insolvenzplan	26
Abbildung 5:	Erfahrungen mit ESUG-Regelungen zu Gläubigerausschuss und Insolvenzverwalter	28
Abbildung 6:	Aufgabenteilung zwischen Richtern und Rechtspflegern	29
Abbildung 7:	Erfahrungen zur Aufgabenverteilung von Richtern und Rechts- pflegern	30
Abbildung 8:	Bewertung des Schutzschirmverfahrens und der Eigenverwaltung	32
Abbildung 9:	Bewertung des Schutzschirmverfahrens und der Eigenverwaltung (Fortsetzung)	33
Abbildung 10:	Bewertungen zum Insolvenzplan	34
Abbildung 11:	Bewertungen zu Gläubigerausschuss und Insolvenzverwalter	36
Abbildung 12:	Bewertungen zur Aufgabenverteilung von Richtern und Rechts- pflegern	37
Abbildung 13:	Zentralisierte Zuständigkeiten einzelner Insolvenzgerichte	38
Abbildung 14:	Gesamtbewertung des ESUG	39
Abbildung 15:	ESUG als Meilenstein der Insolvenzkultur	40

B. Literatur

Adrianesis, Anastasios M.: Zur Dogmatik der Einbeziehung der Gesellschafterrechte in den Insolvenzplan, WM 2017, 362-370

Ahrens, Martin/Gehrlein, Markus/Ringstmeier, Andreas: Insolvenzrecht, Kommentar, 3. Auflage, Köln 2017

Andres, Dirk/Leithaus, Rolf/Dahl, Michael: Insolvenzordnung, Kommentar, 3. Auflage, München 2014

Bachmann, Gregor: Organhaftung in der Eigenverwaltung, ZIP 2015, 101-109

Baird, Douglas G.: Priority Matters: absolute Priority, Relative Priority and the Costs of Bankruptcy, 165 U. Penn L. Rev. 785 (2016)

Becker, Florian: Umwandlungsmaßnahmen im Insolvenzplan und die Grenzen einer Überlagerung des Gesellschaftsrechts durch das Insolvenzrecht, ZInsO 2013, 1885-1892

Beissenhirtz, Volker: Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen, ZInsO 2011, 57-71

Beth, Stephan: Der Insolvenzrichter als Allround-Genie?, ZInsO 2017, 152-156

Blankenburg, Daniel: Ein vergütungsrechtlicher Bären dienst mit Folgen, ZInsO 2017, 531-532

Blankenburg, Daniel: Probleme des Insolvenzplans in Kleinverfahren, ZInsO 2015, 1293-1303

Blankenburg, Daniel: Umsetzungsbedarf aufgrund des Entwurfs zur Restrukturierungsrichtlinie, ZInsO 2017, 241-255

Braun, Insolvenzordnung, Kommentar, 7. Auflage, München 2017

Böcker, Philipp: Gesellschaftsrecht versus Insolvenzrecht oder Suhrkamp: Verfall eines Verlages, DZWIR 2014, 331-337

Bork, Reinhard/Thole, Christoph: Die Verwalterauswahl, Köln 2018.

Bork, Reinhard: Die Pflicht des eigenverwaltenden Schuldners zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen im Insolvenzantragsverfahren, KTS 2017, 189-224

Bork, Reinhard: Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters ist nicht disponibel, ZIP 2013, 145-149

Braun, Eberhard/Heinrich, Jens: Auf dem Weg zu einer (neuen) Insolvenzplankultur in Deutschland- Ein Beitrag zu dem Regierungsentwurf für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, NZI 2011, 505-517

Bricongne/Demertzis/Pontuch/Turrine: Macroeconomic Relevance of Insolvency Frameworks in a High-dept Context: An EU Perspektive, DP032, June 2016, 19

Brinkmann, Moritz/Denkhaus, Stefan/Horstkotte, Martin/Schmidt, Andreas/Westpfahl, Lars/Wierzbinski, Tim/Ziegenhagen, Andreas: Evaluierung des ESUG, ZIP 2017, 2430-2432

Brinkmann, Moritz: Der strategische Eigenantrag – Missbrauch oder kunstgerechte Handhabung des Insolvenzverfahrens?, ZIP 2014, 197-207

Brinkmann, Moritz: Haftungsrisiken im Schutzschirmverfahren und in der Eigenverwaltung (Teil 1), DB 2012, 1313-1319

Brinkmann, Moritz: Haftungsrisiken im Schutzschirmverfahren und in der Eigenverwaltung (Teil 2), DB 2012, 1369-1372

Brünkmans, Christian/Thole, Christoph: Handbuch Insolvenzplan, Köln 2016

Brünkmans, Christian/Uebele, Sebastian: Rechtsschutz gegen missbräuchliche Insolvenzanträge und insolvenzzweckwidrige Insolvenzpläne?, ZInsO 2014, 265-275

Buchalik, Robert/Schröder, Kathrin/Ibershoff, Hartmut: Die Vergleichsrechnung zwischen den Fortführungskosten in der (vorläufigen) Eigenverwaltung und im Regelinsolvenzverfahren – Die Quadratur des Kreises?, ZInsO 2016, 1445-1456

Buchalik, Robert: Die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen im Eigenverwaltungseröffnungsverfahren, ZInsO 2014, 2354-2358

Buchwaldt, von, Justus: Die "Insolvenz in der Eigenverwaltung" – auf die richtige Vorbereitung kommt es an, BB 2015, 3017-3021

Bulgrin, Gerrit M.: Die strategische Insolvenz, Tübingen 2016

Büttner, Holger: Eine eigene Insolvenzgerichtsbarkeit - zwischen Wunsch und Wirklichkeit, ZInsO 2017, 13-22

Casey, Anthony J.: The Creditors Bargain and Option-Persevation Priority in chapter 11, 78 U. Chi. L. Rev., 759 (2011)

Crystal, Michael/ Mokal, Rizwaan Jameel: The Valuation of Distressed Companies: A Conceptual Framework, Part II, 3 Int Corp Rescue 123 (2006).

Drouven, Ralph: Neue Wege: „Reverse Debt-to-Equity-Swap“, ZIP 2009, 1052-1053

Eidenmüller, Horst/Engert, Andreas: Reformperspektiven einer Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (Debt-Equity Swap) im Insolvenzplanverfahren, ZIP 2009, 541-554

Eidenmüller, Horst: Der Insolvenzplan als gesellschaftsrechtliches Universalwerkzeug, NJW 2014, 17-19

Eidenmüller, Horst: Die Eigenverwaltung im System des Restrukturierungsrechts, ZHR 2011, 11-37

Flitsch, Michael/Birnbreier, Friedrich: Anforderungen an Regelungen im Insolvenzplan, DB 2015, 2012-2013

Florstedt, Tim: Der Aufbau von Fremdkapitalpositionen mit dem Ziel einer schuldenbasierten Unternehmensübernahme, ZIP 2015, 2345-2354

Flöther, Lucas/Gelbrich, Katharina: Anm. zu BGH, Beschl. v. 07.05.2015 – IX ZB 75/14, jurisPR-InsR 15/2015 Anm. 2

Flöther, Lucas: Der vorläufige Sachwalter – Pilot, Co-Pilot oder fünftes Rad am Wagen?, ZInsO 2014, 465-472

Foerste, Ulrich: Besorgter Blick nach Hamburg, ZInsO 2017, 2424-2425

Fölsing, Philipp: Die Zähmung des Widerspenstigen im Suhrkamp-Fall: Schutzschirmverfahren bei Gesellschafterstreit, ZInsO 2013, 1325-1332

Fölsing, Philipp: Suhrkamp: Das Machtwort des BGH, ZInsO 2014, 1591-1597

Freidank, Carl-Christian/Meuthen, Mario Henry/Eickmann, Simon: Steuerliche Einflüsse auf Sanierungsentscheidungen im Insolvenzverfahren, WPg 2017, 786-793

Frind, Frank: Das Verhältnis von Restschuldbefreiungsantrag und Insolvenzplan, NZI 2017, 842-845

Frind, Frank: Der Aufgabenkreis des vorläufigen Sachwalters in der Eigenverwaltung – Eine Betrachtung aus insolvenzgerichtlicher Sicht, NZI 2014, 937-942

Frind, Frank: Die Begründung von Masseverbindlichkeiten im Eigenverwaltungsverfahren“, ZInsO 2012, 1099-1106

Frind, Frank: Die Notwendigkeit des rechtzeitigen und vollständigen "conflict check" und seiner Mitteilung durch Insolvenzverwalter/Sachwalter, ZInsO 2017, 363-370

Frind, Frank: Die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters/Sachwalters nach Inkrafttreten des "ESUG", ZInsO 2014, 119-131

Frind, Frank: Eigenverwaltung für „dolos handelnde“ Unternehmen?, ZIP 2017, 993-999

Frind, Frank: Gefahrzone Eigenverwaltung – Eine Zwischenbilanz über das Instrument Eigenverwaltung nach „ESUG“ aus gerichtlicher Sicht, WM 2014, 590-598

Frind, Frank: Verwalters Zukunft? - Bundesvorauswahl-Liste ja - Berufsordnung nein, ZInsO 2017, 2146-2153

Frind, Frank: Wann ist (ein Ratschlag zur) Eigenverwaltung gerechtfertigt?, DB 2014, 165-170

Ganter, Hans Gerhard: Das personengebundene Massendarlehen, ZIP 2013, 597-604

Ganter, Hans Gerhard: Der Beruf des Insolvenzverwalters zwischen allen Stühlen?, NZI 2018, 137-144

Ganter, Hans Gerhard: Paradigmenwandel bei der Insolvenzverwaltervergütung?, ZIP 2014, 2323-2334

Gellert, Mathias: Abwicklungs- und Verteilungsprobleme bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen im Insolvenzverfahren, Marburg 2017

Goetker, Uwe/Schulz, Benedikt: Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren – Warum braucht die Praxis ein solches und wie könnte es aussehen?, ZIP 2016, 2095-2106

Gontschar, Nikita: Umwandlungsmaßnahmen im Insolvenzplanverfahren, Baden-Baden 2017

Graeber, Thorsten, Die Entwicklung der Verwalterauswahl unter der Insolvenzordnung, Festschrift für Heinz Vallender, 2015, 165-182

Graf-Schlicker, Marie Luise: Die Entwicklung des ESUG und die Fortentwicklung des Insolvenzrechts, ZInsO 2013, 1765–1769

Graf-Schlicker, Marie-Luise (Hrsg.), Insolvenzordnung, Kommentar, 4. Auflage, Köln 2014

Gruber, Urs Peter: Die neue Korruptiongefahr bei der Insolvenzverwalterbestellung, NJW 2013, 584-586

Haarmeyer, Hans: Anm. zu BGH, Beschl. v. 16.02.2017 – IX ZB 103/15, ZInsO 2017, 543-544

Haas, Ulrich: § 64 Satz 1 GmbHG im (vorläufigen) Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren, ZHR 2014, 603-627

Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsgg. von Schmidt, Andreas, Kommentar, 6. Auflage 2017

Hammes, Dirk: Das Votum des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Frage der Eigenverwaltung und die Ermittlungspflicht des Insolvenzgerichts, ZIP 2017, 1505-1513

Hammes, Dirk: Keine Eigenverwaltung ohne Berater?, NZI 2017, 233-241

Harbeck, Nils: Schlussrechnungen und Insolvenzpläne – Feuer und Wasser?, ZInsO 2014, 388-391

Harder, Sebastian: Insolvenzplan für alle? – Die Reform der außergerichtlichen und gerichtlichen Schuldenbereinigung, NZI 2013, 70-76

Harner, Michelle: The Value of Soft Variables in Corporate Reorganizations, University of Illinois Law Review, 509 (2015)

Heinrich, Jens: Neues von „Phoenix“ – Eine Anmerkung zum Insolvenzplanverfahren –, NZI 2009, 546-549

Henkel, Andreas: Anm. zu AG Ludwigshafen, Beschl. v. 10.04.2015 – 3 f IN 27/14 Lu, EWiR 2015, 523-524

Henkel, Andreas: Die Voraussetzungen für die Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung, ZIP 2015, 562-571

Henkel, Andreas: Für eine Kultur der nachhaltigen Eigenverwaltung, ZInsO 2015, 2477-2480

Hobelsberger, Alexander: Umsatzsteuerpflicht und -haftung in der vorläufigen Eigenverwaltung, DStR 2013, 2545-2550

Holzer, Johannes: Die Reform der InsVV – Ein Plädoyer für die Neustrukturierung des Vergütungsrechts im Insolvenzverfahren, NZI 2013, 1049-1055

Holzer, Johannes: Gefürchtete Leitlinien der Insolvenzgerichte, INDat Report 07_2017, 13-19

Hölzle, Gerrit / Schmidt, Andreas: Der Verzicht auf die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, ZIP 2012, 2238-2244

Hölzle, Gerrit/Beyß, Caroline: Gesellschaftsrechtliche Zweifelsfragen im Insolvenzplanverfahren, ZIP 2016, 1461-1469

Hölzle, Gerrit: Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 1978/13, ZIP 2015, 83-85

Hölzle, Gerrit: Präventiver Restrukturierungsrahmen – Beitrag zu einer Verbesserung der Restrukturierungskultur in Europa und ergänzende Sanierungsoption oder „Schlachtbank“ für die Motive des ESUG?, ZIP 2017, 1307-1312

Hölzle, Gerrit: Überlagerung des Gesellschaftsrechts durch das Insolvenzrecht und die Schlechterstellungsprüfung zu Lasten des (Minderheits-)Gesellschafters, ZIP 2014, 1819-1823

Hölzle, Gerrit: Insolvenzplan auf Initiative des vorläufigen Sachwalters im Schutzschirmverfahren – Oder: Wer erstellt und wer bezahlt den Insolvenzplan im Verfahren nach § 270b InsO?, ZIP 2012, 855-860

Hofmann, Erfordernis vorbereiteter Anträge ohne Nachteilsprognoseanlässe, Anm. zu AG Hamburg, 18.12.2013 – 67 c IN 410/13, NZI 2014, 270

Hofmann, Eigenverwaltung, 2. Auflage, Köln 2016

Jacoby, Florian: Die Haftung des Sanierungsgeschäftsführers in der Eigenverwaltung, Festschrift für Heinz Vallender, 2015, 261-280

Jaffé, Michael: ESUG – Ein Rückblick für den Fortschritt, Festschrift für Heinz Vallender, 2015, 281-290

Janger, Edward: The Logic and Limits of Liens', U. Ill L. Rev., 589 (2015)

Kahlert, Günter/Gehrke, Hans Dieter: ESUG macht es möglich: Ausgliederung statt Asset Deal im Insolvenzplanverfahren, DStR 2013, 975-981

Kahlert, Günther: Steuerzahlungspflicht im Eröffnungsverfahren der Eigenverwaltung?, ZIP 2012, 2089-2092

Kammel, Volker/Staps, Christian, Insolvenzverwalterauswahl und Eigenverwaltung im Diskussionsentwurf für ein Sanierungserleichterungsgesetz, NZI 2010, 791-798

Kampshoff, Matthias/Schäfer, Thimo: Die Aufgaben des vorläufigen Sachwalters, NZI 2016, 942-944

Kayser, Godehard/Thole, Christoph: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 9. Auflage, Heidelberg 2018

Kayser, Godehard: Eingriffe des Richtlinienvorschlags der Europäischen Union in das deutsche Vertrags-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht, ZIP 2017, 1393-1401

Kern, Jens-Hendrik: Die Bedeutung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht im Insolvenzplanverfahren, Berlin 2017

Klinck, Fabian: Die Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den Schuldner im Eigenverwaltungs-Eröffnungsverfahren, ZIP 2013, 853-862

Klusmeier, Stefan: Ist die Umsatzsteuer in der vorläufigen Eigenverwaltung keine Masseverbindlichkeit i.S.d. § 55 Abs. 4 InsO?, ZInsO 2014, 488-490

Knöpnadel, Ulf : ESUG – Der Bescheiniger und der Eigenverwalter nach InsO, AnwBl 2012, 550-552

König, Dominik: Die Haftung bei der Eigenverwaltung, Tübingen 2016

Körner, Sandra/Rendels, Dietmar: Anm. zu AG Hannover, Beschl. v. 30.09.2016 – 902 IN 607/14, EWiR 2017, 23-24

Kübler, Bruno/Prütting, Hanns/Bork, Reinhard: Kommentar zur InsO, 74. Lieferung 11/17, Köln 2017

Kübler, Bruno: Handbuch der Restrukturierung in der Insolvenz: Eigenverwaltung und Insolvenzplan, 2. Auflage, Köln 2015

Landfermann, Hans-Georg: Das neue Unternehmenssanierungsgesetz (ESUG) – Überblick und Schwerpunkte, WM 2012, 869-877

Landry, Johannes: Anm. zu BGH, Beschl. v. 05.02.2009 – IX ZB 230/07, EWiR 2009, 251-252

Lang, Dennis/Muschalle, Volker: Suhrkamp-Verlag – Rechtsmissbräuchlichkeit eines rechtmäßig eingeleiteten Insolvenzverfahrens?, NZI 2013, 953-957

Laroche, Peter/Pruskowski, Wolfgang/Schöttler, Alexandra/Siebert, Volker/Vallender, Heinz (Die Kölner Insolvenzrichter): 30 Monate ESUG – eine Zwischenbilanz aus insolvenzrichterlicher Sicht, ZIP 2014, 2153-2166

Laroche, Peter/Wollenweber, Marc: Strafbarkeit von Geschäftsführer und vorläufigem Insolvenzverwalter nach § 266a StGB im Eröffnungsverfahren und ihre Vermeidung, ZInsO 2016, 2225-2231

Laroche, Peter/Harder, Sebastian: Keine Angst vor dem Insolvenzplan!, VIA 2014, 81-84

Lau, Bero-Alexander: Das Eröffnungsverfahren (§ 270a InsO) mit anschließender Eigenverwaltung aus der Sicht eines (vorläufigen) Sachwalters, DB 2014, 1417-1423

Leib, Ingeborg Karin/Rendels, Dietmar: Anm. zu LG Berlin, Beschl. v. 20.10.2014 – 51 T 696/ 14, EWiR 2015, 23-24

Lissner, Stefan: Die (Voll-)Zuständigkeit des Rechtspflegers im (Verbraucher-) Insolvenzverfahren, ZInsO 2016, 377-381

Lubben, Stephen J.: The Overstated Absolute Priority Rule´, 21 Fordham j. Corp. & Fin. L., 581 (2016)

Mackebrandt, Lutz/Burkhard, Jung: Außergerichtliches Sanierungsverfahren versus Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO), KSI 2014, 5 ff.

Madaus, Stephan: Anm. zu BGH, Beschl. v. 07.05.2015 – IX ZB 75/14, NZI 2015, 702-704

Madaus, Stephan: Anm. zu BGH, Beschl. v. 16.02.2017 – IX ZB 103/15, EWiR 2017, 179-180

Madaus, Stephan: Anm. zu OLG Brandenburg, Beschl. v. 27.01.2015 – 7 W 118/14, NZI 2015, 566-567

Madaus, Stephan: Der Insolvenzplan, Tübingen 2011

Madaus, Stephan: Die Rechtsbehelfe gegen die Planbestätigung nach dem ESUG, NZI 2012, 597-600

Madaus, Stephan: Die zeitliche Grenze des Rechts zur Rücknahme eines Insolvenzplans durch den Planinitiator, KTS 2012, 27-58

Madaus, Stephan: Insolvenzpläne im Verbraucherinsolvenzverfahren, NZI 2017, 697-700

Madaus, Stephan: Keine Reorganisation ohne die Gesellschafter – von den Grenzen der Gläubigermacht in der Insolvenz, ZGR 2011, 749-775

Madaus, Stephan: Möglichkeiten und Grenzen einer Reform der Rechtsmittel gegen den Beschluss über die Insolvenzplanbestätigung, NZI 2010, 430-435

Madaus, Stephan: Möglichkeiten und Grenzen von Insolvenzplanregelungen, ZIP 2016, 1141-1151

Madaus, Stephan: Schutzschirme für streitende Gesellschafter? Die Lehren aus dem Suhrkamp-Verfahren für die Auslegung des neuen Insolvenzrechts, ZIP 2014, 500-508

Madaus, Stephan: Umwandlungen als Gegenstand eines Insolvenzplans nach dem ESUG, ZIP 2012, 2133-2139

Madaus, Stephan: Vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren – Perspektiven einer europäisch geprägten Rechtsentwicklung, KSzW 2015, 183-190

Madaus, Stephan: Zustand und Perspektiven der Eigenverwaltung in Deutschland, KTS 2015, 115-142

Marotzke, Wolfgang: Das deutsche Insolvenzverfahren: ein Hort institutionalisierter Unverantwortlichkeiten?, KTS 2014, 113-154

Marotzke, Wolfgang: Masseschuldbegründungskompetenz des Schuldners im eigenverwalteten Insolvenzeröffnungsverfahren, DB 2013, 1283-1290

Martini, Torsten/Horstkotte, Martin: Häufige Fehler bei der Aufstellung von Insolvenzplänen und der Durchführung von Insolvenzplanverfahren, ZInsO 2017, 1913-1926

Meller-Hannich, Caroline: Ausgewählte Probleme der Eigenverwaltung, KTS 2017, 309-331

Meyer, Susanne: Der Plan ist umgesetzt, doch manche Frage offen – Zwischenfazit zum Suhrkamp-Insolvenzverfahren, DB 2015, 538-543

Mielke, Sebastian/Sedlitz, Jochen: Die Aporie des Geschäftsführers in der vorläufigen Eigenverwaltung wegen (nicht) abzuführender Steuerverbindlichkeiten, ZInsO 2017, 1646-1650

Möhlenkamp, Andreas: Flucht nach vorn in die Insolvenz – funktioniert Suhrkamp?, BB 2013, 2828-2831

Müller, Hans-Friedrich: Reorganisation systemrelevanter Banken, KTS 2011, 1-24

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsgg. von Kirchhof, Hans-Peter/Eidenmüller, Horst/Stürner, Rolf, 3. Auflage, München 2014

Muschiol, Paul: Insolvenzgeldvorfinanzierung – unter besonderer Würdigung der Eigenverwaltung (§ 270a InsO) und des Schutzschirmverfahrens (§ 270b InsO), ZInsO 2016, 248-261

Nerlich, Jörg/Römermann, Volker: Insolvenzordnung, Kommentar, 34. EL 2017

Noack, Ulrich/Schneider, Tobias: "Gesellschaftsrechtlich zulässige" Regelungen im Insolvenzplan (§ 225a Abs. 3 InsO), DB 2016, 1619-1624

Nöll, Mario: Masseschuldbegründung durch den Schuldner im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO – Schutzschirm zum Nulltarif, ZInsO 2013, 745-754

Pape, Gerhard/Schultz, Volker, Der Gläubigerausschuss im Eröffnungsverfahren und im eröffneten Insolvenzverfahren mit Eigenverwaltung des Schuldners, ZIP 2016, 506 -514

Pape, Gerhard: Entwicklungstendenzen bei der Eigenverwaltung, ZIP 2013, 2285-2294

Pape, Gerhard: Insolvenzverwalter mit beschränkter Haftung Ade, ZInsO 2016, 428-432

Pape, Gerhard: Insolvenzverwalter mit beschränkter Haftung Vol. 2 - Übergang des Bestellungsrechts auf die Organe juristischer Personen?, ZInsO 2015, 1650-1657

Paul, Thomas/Rudow, Sebastian: Eigenverwaltung und Insolvenzplan bei KMUs, NZI 2016, 385-392

Penzlin, Dietmar/Marwedel, Niklas: Restructuring PROKON: A case study, Eurofenix Winter 2015/2016, 18-21

Piekenbrock, Andreas: Anm. zu BGH, Beschl. v. 05.02.2009 – IX ZB 230/07, LMK 2009, 281471

Piekenbrock, Andreas: Das ESUG – fit für Europa?, NZI 2012, 905-912

Pleister, Christian/Kunkel, Fabian: Reparaturbedarf am ESUG-Instrumentenkasten, ZIP 2017, 153-160

Pleister, Christian/Tholen, Laurenz: Zum Siegeszug des insolvenzrechtlichen Freigabeverfahrens, ZIP 2015, 414-419

Pollmächer, Frank/Siemon, Klaus: Der Bundesinsolvenzverwalter für die InsO oder die unverbindliche Vorauswahlliste, NZI 2017, 93-99

Prütting, Hanns: Eigenständiges Berufsrecht für Insolvenzverwalter?, Festschrift für Heinz Vallender, 2015, 455-469

Pühl, Helge: Der Dept Equity Swap im Insolvenzplanverfahren, Köln 2016

Rendels, Dietmar: Schutz der Masse durch Honorarkriterien, Festschrift für Bruno Kübler, 2015, 577-594

Sax, Stefan/Ponseck, Joachim/Swierczok, Artur: Ein vorinsolvenzliches Restrukturierungsverfahren für europäische Unternehmen, BB 2017, 323-329

Sax, Stefan / Swierczok, Artur: Das englische Scheme of Arrangement – ein taugliches Sanierungsinstrument für deutsche Unternehmen!, ZIP 2016, 1945-1951

Schaal, Friederike: Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, Tübingen 2017

Schäfer, Carsten: Insolvenzplan als Lösungsmittel für Mehrheits-/Minderheitskonflikte? – Lehren aus dem Fall Suhrkamp, ZIP 2013, 2237-2244

Schäfer, Carsten: Suhrkamp und die Folgen – Konsequenzen aus dem vorläufigen Abschluss des Suhrkamp-Insolvenzverfahrens, ZIP 2015, 1208-1213

Schäfer, Carsten: Zur Einbeziehung der Anteilshaber in den Insolvenzplan, ZIP 2016, 1911-1914

Schelo, Sven, Der neue § 270b InsO – Wie stabil ist das Schutzschirmverfahren in der Praxis? Oder: Schutzschirmverfahren versus vorläufige Eigenverwaltung, ZIP 2012, 712-714

Schmidt, Andreas/Linker, Jörg: Ablauf des sog. Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO, ZIP 2012, 963-965

Schmidt, Andreas / Hölzle, Gerrit: Der Verzicht auf die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, ZIP 2012, 2238-2244

Schmidt, Andreas: Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung im Insolvenzeröffnungsverfahren, ZIP 2017, 1357-1361

Schmidt, Jens M.: Nachzügler, in: Festschrift für Bruno Kübler zum 70. Geburtstag, 621-633, hrsg. v. Bork, Reinhard/Kayser, Godehard/Kebeke, Frank, München 2015

Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht im ESUG-Entwurf, BB 2011, 1603-1610

Schmidt, Karsten: Insolvenzordnung, Beck'sche Kurzkommentare, 19. Auflage, München 2016

Schröder, Jens-Sören / Schulz, Kristina: Schutzschirmbescheinigung nach § 270b InsO: Anforderungen an die Person des Ausstellers, ZIP 2017, 1096-1103

Schulz, Patrick: Der Debt Equity Swap in der Insolvenz, Berlin 2015

Schuster, Gunnar: Zur Stellung der Anteilseigner in der Sanierung, ZGR 2010, 325-355

Seibt, Christoph/Westphal, Lars: Auf dem Weg zu einem „Neuen Sanierungsgesellschaftsrecht“?, ZIP 2013, 2333-2343

Seibt, Christoph H./Bulgrin, Gerrit M.: Strategische Insolvenz: Insolvenzplanverfahren als Gestaltungsinstrument zur Überwindung bestandsgefährdender Umstände, ZIP 2017, 353-362

Simon, Klaus: Behandlung von Kosten der Eigenverwaltung als Gläubigerbenachteiligung, NZI 2018, 189-191

Simon, Klaus: Das Eigenverwaltungsverfahren der USA auf dem Prüfstand und die Systemfrage für das deutsche Recht, ZInsO 2013, 1861-1876

Simon, Klaus: Das Konzept für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren, NZI 2016, 57-63

Simon, Klaus: Qualität und Leistungsanforderungen in der Insolvenzverwaltung, NZI 2017, 825-832

Simon, Stefan/Brünkmans, Christian: Die Ausgliederung von sanierungswürdigen Betriebsteilen mithilfe des Insolvenzplanverfahrens nach ESUG: Verdrängt die Gläubigerautonomie den institutionalisierten Gläubigerschutz des Umwandlungsgesetzes?, ZIP 2014, 657-667

Simon, Stefan/Merkelbach, Matthias: Gesellschaftsrechtliche Strukturmaßnahmen im Insolvenzplanverfahren nach dem ESUG, NZG 2012, 121-129

Skauradszun, Dominik: Suhrkamp – Allgemeines Beschwerdeverfahrensrecht versus § 253 Abs. 4 InsO, DZWIR 2014, 338-345

Skauradzun, Dominik/Spahlinger, Andreas/Tresselt, Matthias: Insolvenzpläne auf dem Prüfstadium, DZWIR 2015, 539-550

Smid, Stefan: Pläne bei Masseunzulänglichkeit, zu Voraussetzungen und Grenzen von Insolvenzplänen nach § 210a InsO, ZInsO 2017, 2085-2099

Specovius, Detlef / Uffmann, Katharina: Interim Management in der Unternehmenskrise, ZIP 2016, 295-306

Spetzler, Sophie: Insolvenzrechtsreform und Bankenreorganisation, KTS 2010, 433-461

Stöber, Michael: Die Kompetenzverteilung bei Kapitalerhöhungen im Insolvenzverfahren, ZInsO 2012, 1811-1821

Stöber, Michael: Strukturmaßnahmen im Insolvenzplanverfahren und gesellschaftsrechtliche Treuepflicht – der Fall Suhrkamp, ZInsO 2013, 2457-2466

Storz, Thomas: Anm. zu BGH, Beschl. v. 16.02.2017 – IX ZB 103/15, NZI 2017, 264-265

Thole, Christoph/Brünkmans, Christian, Die Haftung des Eigenverwalters und seiner Organe, ZIP 2013, 1096-1107

Thole, Christoph: Der Konflikt zwischen Steuerpflicht und Massesicherung in der vorläufigen Eigenverwaltung, DB 2015, 662-670

Thole, Christoph: Der Richtlinienvorschlag zum präventiven Restrukturierungsverfahren, ZIP 2017, 101-112

Thole, Christoph: Die Insolvenzanfechtung in der Folgeinsolvenz, NZI 2017, 129-134

Thole, Christoph: Restrukturierung in der Insolvenz: Quo vadis?, in: Unternehmenssanierung im Fokus von Arbeits- und Insolvenzrechtpraxis, 2015 (hrsg. von Christian Heinrich), S 87-112

Thole, Christoph: Treuepflicht-Torpedo? Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Insolvenzverfahren, ZIP 2013, 1937-1945

Uhlenbruck, Wilhelm, Insolvenzordnung, Kommentar, 14. Auflage, München 2015

Undritz, Sven-Holger/Schur, Wolfgang: Das Recht des (vorläufigen) Sachwalters zur Kassenführung, ZIP 2016, 549-558

Undritz, Sven-Holger: Ermächtigung und Kompetenz zur Begründung von Masseverbindlichkeiten beim Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung, BB 2012, 1551-1555

Vallender, Heinz / Zipperer, Helmut: Der vorbefasste Insolvenzverwalter – ein Zukunftsmodell?, ZIP 2013, 149-153

Vallender, Heinz: Das neue Schutzschirmverfahren nach dem ESUG, GmbHR 2012, 450-455

Vallender, Heinz: Die Zeit ist reif – Plädoyer für eine Berufsordnung für Insolvenzverwalter, NZI 2017, 641-648

Vallender, Heinz: Einführung einer Insolvenzverwalterkammer als Träger der Berufsaufsicht über Insolvenzverwalter, NZI 2017, 777-782

Vallender, Heinz: Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen [ESUG] – Das reformierte Plan- und Eigenverwaltungsverfahren, MDR 2012, 125-129

Verse, Dirk A.: Anteilseigner im Insolvenzverfahren. Überlegungen zur Reform des Insolvenzplanverfahrens aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, ZGR 2010, 299-324

Wallner, Jürgen: Wann ist die Eigenverwaltung die richtige Verfahrensart?, ZIP 2015, 997-1005

Weber, Christoph: Gesamtabgeltungsklauseln auf dem Prüfstand - Zulässigkeit und Vollstreckbarkeit von Insolvenzplänen mit dynamischer Quote, ZInsO 2017, 255-261

Wertenbruch, Johannes: Gesellschafterbeschluss für Insolvenzantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit?, DB 2013, 1592-1596

Weßling, Johannes: Zur nichtigen Stimmabgabe im Abstimmungstermin über einen Insolvenzplan, ZInsO 2017, 1595-1599

Westermann, Ann-Kristin: Die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters im Widerstreit der Interessen von Gläubiger und Schuldner, Köln 2016

Westermann, Harm Peter: Der „Suhrkamp“-Gesellschafter unter dem Schutzschirm der Gesellschaftsinsolvenz, NZG 2015, 134-144

Wimmer, Klaus (Hrsg.), FK-InsO, Kommentar, 9. Auflage 2018

Wozniak, Daniel: Anm. zu BGH, Beschl. v. 16.02.2017 – IX ZB 103/15, jurisPR-InsR 7/2017 Anm. 1

Wroblewski, Andrej: Arbeitnehmervertreter im (vorläufigen) Gläubigerausschuss, ZInsO 2014, 115-119

Zimmer, Frank Thomas: Insolvenzplan bei Masseunzulänglichkeit nach § 210a InsO (ESUG), ZInsO 2012, 390-395

Zipperer, Helmut/Vallender, Heinz: Die Anforderungen an die Bescheinigung für das Schutzschirmverfahren, NZI 2012, 729-735

C. ESUG-Studien

- BCG-Studie, Fünf Jahre ESUG, Wesentliche Ziele erreicht
- Noerr/McKinsey, InsO-Studie 2015
- Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2016
- Roland Berger/HgGUR, 5 Jahre ESUG – eine Bestandsaufnahme, Januar 2018
- Evaluierung des ESUG auf dem ZIP-Kolloquium, aufgeführt unter Literatur als
- Brinkmann, Moritz/Denkhaus, Stefan/Horstkotte, Martin/Schmidt, Andreas/Westpfahl, Lars/Wierzbinski, Tim/Ziegenhagen, Andreas: Evaluierung des ESUG, ZIP 2017, 2430-2432

D. Stellungnahmen von Verbänden

- Stellungnahme zur ESUG-Evaluation, Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen und Juristinnen (AsJ) – Arbeitskreis Insolvenzrecht, ZInsO 2017, 2536 f.
- Entschließungen der Jahrestagung des BAKinso e.V. v. 20.11.2017, Zur Zukunft der Regulierung des Berufes des Insolvenzverwalters: Schaffung einer Zulassungsordnung, ZInsO 2017, 2692
- Entschlieung der BAKinso-Jahrestagung 2014 am 21.11.2014, Reformbedarf bei den „ESUG“-Regelungen aus insolvenzgerichtlicher Sicht
- Entschlieung der BAKinso Jahrestagung 2013, „Zuständigkeit des Insolvenzgerichtes und Bildung des vorläufigen Gläubigerausschusses“
- ESUG 2.0, Deutschland als Sanierungsstandort weiter ausbauen, Positionspapier BV ESUG vom 01.12.2015
- Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Insolvenzrecht in Zusammenarbeit mit Mitgliedern des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung im DAV zu der im Gesetzgebungsverfahren vorgesehenen Evaluation (BT-Drucksache 17/7511 vom 26.10.2011, Seite 5, Abschnitt II) der Erfahrungen mit der Anwendung des „Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ vom 7. Dezember 2011 (ESUG)

- Entschließung des 4. Deutschen Gläubigerkongresses 2015 zur notwendigen Fortentwicklung des Insolvenzrechts
- DIE FAMILIENUNTERNEHMER e.V., Stellungnahme ESUG-Evaluation; Verbesserungsvorschläge zu Eigenverwaltung und Insolvenzplan, 6. März 2018
- Forum 270 - Qualität und Verantwortung in der Eigenverwaltung e. V., Standard: Grundsätze für Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO), Entwurf aus dem März 2018
- ESUG: Erfahrungen, Probleme, Änderungsnotwendigkeiten, Thesenpapier des Gravenbrucher Kreises, Stand Juni 2014
- Gravenbrucher Kreis, Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren in Deutschland?, ZIP 2016, 1208 ff.

Anhang: Fragebogen der ESUG-Befragung

ESUG-Evaluation

Forschungsvorhaben im Auftrag des BMJV

Seite 01
BGO

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit diesem Fragebogen bitten wir Sie darum, uns Ihre Erfahrungen mit und Bewertungen zu dem „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ (ESUG) mitzuteilen.

Die Befragung ist ein maßgeblicher Baustein, um das ESUG **im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz** zu evaluieren. Die leitenden Fragestellungen der Evaluation sind, ob sich das ESUG insgesamt bzw. in wesentlichen Teilen bewährt hat und welcher Verbesserungsbedarf gesehen wird.

Um Erfahrungen und Einschätzungen in der gesamten Breite zu erfahren, sind wir sehr auf Ihre freundliche Mithilfe angewiesen. Der Fragebogen ist folgendermaßen aufgebaut:

In Teil A erfassen wir **allgemeine Informationen** zu Ihrer Berufsgruppe und Ihrer Befassung mit Insolvenzverfahren.

In Teil B fragen wir nach Ihren konkreten **Erfahrungen** mit den Instrumenten des ESUG.

In Teil C sind wir an Ihren **Meinungen und Bewertungen** interessiert.

Im abschließenden Teil D zur **Gesamtbewertung** finden Sie auch eine **offene Frage**, um uns Aspekte und Erfahrungen zu nennen, die Ihrer Auffassung nach zusätzlich von Bedeutung für die Evaluation des ESUG sind.

Alle zum Zwecke des Forschungsprojekts gesammelten Daten werden streng anonym verarbeitet. Bitte füllen Sie den Fragebogen möglichst sofort aus. Aus Erfahrung wissen wir, dass es besser ist, einen Fragebogen direkt nach Erhalt auszufüllen. Die Befragung endet am 18.08.2017.

Mit Fragen können Sie sich gerne per Mail über befragung@esug-evaluation.de an uns wenden.

Wir danken sehr für Ihre Mithilfe und verbleiben mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Florian Jacoby

Prof. Dr. Stephan Madaus

Prof. Dr. Detlef Sack

Heinz Schmidt

Prof. Dr. Christoph Thole

A. Fragen zu Ihrer Person/Organisation

Wir bitten Sie nachfolgend um einige Angaben zu Ihrer beruflichen Funktion und Ihrer Befassung mit Insolvenz- und ESUG-Verfahren.

1. Welcher Berufsgruppe gehören Sie an? (Mehrfachnennungen zulässig)

- Richter
- Rechtspfleger
- Rechtsanwalt
- Steuerberater/Wirtschaftsprüfer
- Betriebswirt
- Beschäftigter in einer Bank
- Beschäftigter in einem sonstigen Unternehmen
- Beschäftigter in der Finanzverwaltung
- Beschäftigter bei einem Sozialversicherungsträger
- Sonstiges und zwar:

2. In welcher Funktion sind Sie an Insolvenzverfahren beteiligt? (Mehrfachnennungen zulässig)

- Insolvenzverwalter/Sachwalter
- Schuldnerberater einschl. Unternehmensberater
- Geschäftsleiter (z.B. Chief Restructuring Officer)
- Gläubigerberater
- Richter/Rechtspfleger beim Insolvenzgericht
- Richter/Rechtspfleger bei sonstigem Gericht
- Gläubiger
- Gesellschafter
- Mitglied im Gläubigerausschuss
- Sonstiges und zwar:

3. Mit wie viel Prozent Ihrer mandats- oder fallbezogenen Arbeitszeit beschäftigen Sie sich mit Unternehmen in Krise, Sanierung und Insolvenz?

% meiner Arbeitszeit.

Seite 05

A004

4. Seit wann sind Sie in diesem Bereich tätig?

Seit Jahren.

Seite 06

A006

5. Mit wie vielen Unternehmen in Krise, Sanierung und Insolvenz waren Sie in den letzten fünf Jahren insgesamt befasst?

Circa Unternehmen.

kann ich nicht einschätzen

Seite 07

A007

6. Mit wie vielen Verfahren nach §§ 270a, 270b InsO waren Sie befasst?

Circa Verfahren.

kann ich nicht einschätzen

7. Mit wie vielen Insolvenzplanverfahren (Fremd- oder Eigenverwaltung) waren Sie befasst?

Circa Verfahren.

kann ich nicht einschätzen

8. Mit wie vielen Verfahren waren Sie befasst, in denen der Gläubigerausschuss einen Vorschlag zur Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters nach § 56a Abs. 2 InsO unterbreitet hat.

Circa Verfahren.

kann ich nicht einschätzen

Seite 08

A005

9. Welcher Umsatzklasse (Jahresumsatz) ist die Mehrheit der ESUG-Verfahren zuzuordnen, mit denen Sie sich persönlich befassen? Sofern Sie überwiegend gleich gewichtet in zwei Größenklassen arbeiten, geben Sie bitte beide Größenklassen an.

Unter 1 Mio.€

1 bis 10 Mio.€

10 bis unter 50 Mio.€

50 bis unter 100 Mio.€

100 Mio.€ und mehr

Ich bin grundsätzlich mit allen Größenklassen befasst.

kann ich nicht einschätzen

Seite 09
A008

10. In welchem Bundesland sind Sie überwiegend beruflich ansässig (z.B. Hauptkanzleisitz, Unternehmenssitz, Gerichtsstandort)?

Seite 10
B0

B. Fragen zu Ihren Erfahrungen mit ESUG-Verfahren

Das ESUG hat die Insolvenzordnung vielfältig geändert und neue Restrukturierungsinstrumente geschaffen. Zunächst sind wir daran interessiert, welche **Erfahrungen** Sie mit diesen Neuregelungen gemacht haben. Es geht also ausschließlich um Aussagen zur bisherigen Praxis. Bitte kreuzen Sie an, ob Sie aufgrund Ihrer persönlichen Erfahrung die folgenden Aussagen für vollständig zutreffend, eher zutreffend, eher unzutreffend oder überhaupt nicht zutreffend halten.

11. Ihre Erfahrungen mit dem Schutzschirmverfahren und der (vorläufigen) Eigenverwaltung

	Trifft vollständig zu	Trifft eher zu	Trifft eher nicht zu	Trifft überhaupt nicht zu	Keine Angabe
Ich habe intensive Erfahrungen mit dem „Schutzschirmverfahren“ des § 270b InsO sammeln können.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Ich habe intensive Erfahrungen mit der vorläufigen Eigenverwaltung des § 270a InsO sammeln können.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Das neu geschaffene „Schutzschirmverfahren“ des § 270b InsO hat zu einer frühzeitigen	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>

Antragstellung geführt.					
Die vorläufige Eigenverwaltung wurde häufig bei dafür nicht geeigneten Schuldnern angeordnet.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die unklare Rechtslage, wie Masseverbindlichkeiten im Verfahren nach § 270a InsO begründet werden, hat sich als Sanierungshemmnis erwiesen.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die unklare Rechtslage, wie die Geschäftsleiter der eigenverwaltenden Schuldnerin haften, hat die Abwicklung des Verfahrens erschwert.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Mit der Eigenverwaltung waren so hohe Zusatzkosten verbunden, dass der Aufwand für die Beteiligten in der Eigenverwaltung insgesamt höher ausfällt als in Insolvenzverfahren mit Insolvenzverwalter.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Der Sachwalter hat in der Eigenverwaltung eine aktive Rolle übernommen.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Der Sachverwalter wurde aufgefordert, Masseverbindlichkeiten „mitzuzeichnen“.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Wenn der Schuldner nicht über einen erfahrenen Chief Restructuring Officer (CRO) verfügte, musste der Sachwalter de facto die Aufgaben eines Insolvenzverwalters wahrnehmen.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Zusammenarbeit des (vorläufigen) Sachwalters mit dem Schuldner und seinen Beratern lief in der Regel problemlos.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Möglichkeit, den Sachwalter im Schutzschirmverfahren „mitzubringen“, war von entscheidender Bedeutung für die Wahl des Verfahrens.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Der Sachwalter hat durch sein Eingreifen das Verfahren maßgeblich im Gläubigerinteresse beeinflusst.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Von der Möglichkeit, dem Insolvenzgericht Nachteile anzuzeigen (§ 274 Abs. 3 InsO), wurde vom Sachwalter aus Reputationsgründen zu wenig Gebrauch gemacht.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Von der Möglichkeit, dem Insolvenzgericht Nachteile anzuzeigen (§ 274 Abs. 3 InsO), wurde vom Sachwalter aufgrund von Abhängigkeiten zu wenig Gebrauch gemacht.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Es ist häufig passiert, dass Schuldnerberater oder Gläubiger für den Vorschlag einer Person zum Sachwalter gewisse Zugeständnisse des Sachwalters bei dessen Amtsführung erwartet oder gar vereinbart haben.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Gesellschafter und ihre Geschäftsleiter haben im Verfahren zum Nachteil der Gläubiger egoistische Strategien verfolgt.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>

Wir bitten Sie im Folgenden darum, bestimmte Faktoren auszuweisen, die sich Ihrer Erfahrung nach als besonders maßgeblich für die Anordnung einer beantragten (vorläufigen) Eigenverwaltung erwiesen haben. Sie können **bis zu drei Maßnahmen** ankreuzen.

Die maßgeblichen Faktoren sind:

- Information aller Gläubiger im Vorfeld
- Unterstützung wesentlicher Gläubiger und Stakeholder im Vorfeld
- Organisation eines (informellen) Gläubigerausschusses im Vorfeld
- Antragstellung mit plausiblen Sanierungskonzept inklusive Liquiditätsplanung
- Vertrauen in die Zusammenarbeit zwischen Sachwalter und Eigenverwaltung
- Gemeinsamer Vorschlag eines Sachwalters durch Schuldner und Gläubiger
- Vorabstimmung der Antragstellung mit dem Insolvenzgericht
- Sonstiges:

12. Ihre Erfahrungen mit den ESUG-Regelungen zum Insolvenzplan

	Trifft vollständig zu	Trifft eher zu	Trifft eher nicht zu	Trifft überhaupt nicht zu	Keine Angabe
Ich habe intensive Erfahrungen mit dem Insolvenzplanverfahren sammeln können.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Das Insolvenzplanverfahren hat im Wesentlichen gut funktioniert.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Ein Insolvenzplanverfahren kam vor allem bei großen Unternehmen vor.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Der praktische Anwendungsbereich für Planlösungen hat sich durch das ESUG erheblich erweitert.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Von der Möglichkeit, über einen Insolvenzplan in die Rechtsstellung von Gesellschaftern einzugreifen, wurde häufig Gebrauch gemacht.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die neuen Planbefugnisse haben die Kooperationsbereitschaft der Gesellschafter in der Insolvenz erhöht.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Der Insolvenzplan hat häufig dazu gedient, den bisherigen Gesellschaftern Werte der Gesellschaft zum Nachteil der	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>

Gläubiger zu erhalten.					
Wenn in einem Insolvenzplan gesellschaftsrechtliche Regelungen enthalten waren, wurden in den meisten Fällen Forderungen in Eigenkapital umgewandelt (Debt-Equity-Swap).	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital hat sich letztlich zum Nachteil des Unternehmens und ihrer Arbeitnehmer ausgewirkt.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>

Wir bitten Sie im Folgenden darum, bestimmte Maßnahmen, die in den Insolvenzplan aufgenommen werden können, als besonders wichtig auszuweisen. Sie können **bis zu drei Maßnahmen** ankreuzen.

Die meiner Erfahrung nach wichtigsten gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen sind:

- Debt-Equity-Swap
- Sonderformen des Debt-Equity-Swaps (z.B. sog. unechter Swap; Debt Push-Up u.a.)
- Kapitalschnitt (Kapitalherabsetzung und effektive Kapitalerhöhung)
- reine Kapitalerhöhung (Schaffung neuer Anteile)
- Übertragung der bestehenden Gesellschafteranteile an einen Erwerber
- Formwechsel
- Ausgliederung
- Abspaltung

Meiner Erfahrung nach sind die folgenden, noch nicht genannten Maßnahmen besonders wichtig:

13. Ihre Erfahrungen mit den ESUG-Regelungen zum Gläubigerausschuss sowie zur Auswahl und Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters

	Trifft vollständig zu	Trifft eher zu	Trifft eher nicht zu	Trifft überhaupt nicht zu	Keine Angabe
Ich habe intensive Erfahrungen mit Verfahren sammeln können, in denen ein Gläubigerausschuss gebildet wurde.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Gerichte akzeptierten grundsätzlich den einstimmigen Vorschlag zur Person	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>

des Verwalters nach § 56a Abs. 2 InsO.

Die Gerichte versuchten über die Eignungsprüfung des § 56a Abs. 2 InsO, die Auswahl in der Hand zu behalten und insbesondere die bei ihnen gelisteten Verwalter einzusetzen.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Auch ohne einen einstimmigen Vorschlag haben die Gerichte Anregungen von Gläubigerseite in stärkerem Maße berücksichtigt als früher.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Der stärkere Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters hat sich erheblich auf das Verfahren ausgewirkt.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Es ist häufig vorgekommen, dass im Interesse einzelner Gläubiger Insolvenzverwalter bestellt wurden, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Während des Verfahrens ist es vorgekommen, dass Insolvenzverwalter mit Rücksicht auf einflussreiche Gläubiger und/oder Schuldnerberater von der Geltendmachung bestimmter Ansprüche Abstand genommen haben.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Der Gläubigerausschuss hat sich als wichtiges Organ der Verfahrensabwicklung erwiesen.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Häufig wurden dem Schuldner nahestehende Personen zum Mitglied des Gläubigerausschusses bestellt.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>

Seite 15

B007

14. Ihre Erfahrungen mit den ESUG-Regelungen zur Aufgabenverteilung von Richtern und Rechtspflegern sowie zur Zuständigkeit

	Trifft vollständig zu	Trifft eher zu	Trifft eher nicht zu	Trifft überhaupt nicht zu	Keine Angabe
Die Gerichte sind mit ESUG-Verfahren im Großen und Ganzen kompetent umgegangen.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Verfahrensabwicklung hat zuweilen darunter gelitten, dass Gerichtspersonen zu wenig Erfahrung mit der Abwicklung von ESUG-Verfahren haben.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Abstimmung mit den Gerichten zur Vorbereitung eines Insolvenzplans gelingt regelmäßig gut.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>

Die Gerichte sind für Vorgespräche vor Antragstellung offen.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Eine unterschiedliche Behandlung von ESUG-Verfahren bei den einzelnen Gerichten hat die Planbarkeit des Sanierungsprozesses erschwert.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die unterschiedliche Behandlung von ESUG-Verfahren bei den einzelnen Gerichten hat zu Ausweichstrategien (z.B. Sitzverlegung) geführt.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Der wirtschaftlichen Komplexität des Sanierungsprozesses sind Richter und Rechtspfleger regelmäßig gut gewachsen.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Dauer der gerichtlichen Bearbeitung in ESUG-Verfahren hat sich häufiger als Sanierungshemmnis erwiesen.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger hat sich als angemessen erwiesen.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>

C. Fragen zu Ihrer Bewertung einzelner Aspekte der ESUG-Verfahren

Nachdem es bisher um Ihre konkreten Erfahrungen ging, sind wir im folgenden Abschnitt daran interessiert, wie Sie die ESUG-Verfahren **bewerten**. Es geht hier also um Ihre Meinung aufgrund Ihrer bisherigen Erfahrungen und Ihrer eigenen Überlegungen. Bitte kreuzen Sie an, ob Sie die folgenden Aussagen als vollständig zutreffend, eher zutreffend, eher unzutreffend oder überhaupt nicht zutreffend bewerten.

15. Ihre Meinung zum Schutzschirmverfahren und zur (vorläufigen) Eigenverwaltung

	Trifft vollständig zu	Trifft eher zu	Trifft eher nicht zu	Trifft überhaupt nicht zu	Keine Angabe
Meiner Meinung nach bietet das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO erhebliche Vorteile gegenüber einem Verfahren nach § 270a InsO.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Anforderungen an die Bescheinigung nach § 270b InsO und den „Bescheiniger“ sind im Gesetz ausreichend normiert.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Bescheinigung nach § 270b Abs. 1	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>

InsO ist keine taugliche Verfahrensgrundlage.					
Die Eigenverwaltung wird insgesamt zu häufig angeordnet.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Möglichkeit der Aufhebung der Eigenverwaltung sollte erleichtert werden.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Es sollte klar definierte Gründe geben, bei deren Eintritt die Eigenverwaltung zwingend nicht anzuordnen bzw. aufzuheben ist.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Der offene Nachteilsbegriff des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO vermindert die Planbarkeit der Eigenverwaltung.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Möglichkeit, den Sachwalter im Schutzschirmverfahren „mitzubringen“, ist sinnvoll und wichtig.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Organe des eigenverwaltenden Schuldners sollten in der Eigenverwaltung den Gläubigern unmittelbar haften wie ein Insolvenzverwalter.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Aufgabenbereich und Vergütung eines (vorläufigen) Sachwalters sollten gesetzlich klarer umrissen werden.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Der (vorläufige) Sachwalter sollte mehr Einflussmöglichkeiten bekommen und seine Unabhängigkeit gestärkt werden.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Eine Eigenverwaltung ist auch ohne Beteiligung eines Sanierungsexperten in der Geschäftsführung/Organstellung sinnvoll.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Neben § 270b InsO ist ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren notwendig.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren sollte durch Schwellenwerte auf größere Unternehmen beschränkt sein.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren sollte außerhalb der InsO geregelt werden.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>

	Trifft vollständig zu	Trifft eher zu	Trifft eher nicht zu	Trifft überhaupt nicht zu	Keine Angabe
Meiner Meinung nach ist der Ablauf des Planverfahrens zu kompliziert.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Position der bisherigen Gesellschafter wird im Planverfahren angemessen berücksichtigt.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Position von Minderheitsgesellschaftern bedarf eines besseren Schutzes im Planverfahren.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Anforderungen an die Vergleichsrechnung müssten präzisiert werden.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Das Freigabeverfahren nach § 253 Abs. 4 InsO soll beibehalten werden.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Der Gesetzgeber sollte materielle Präklusionsklauseln mit Blick auf sog. Nachzügler zulassen.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Anforderungen zur Vollstreckbarkeit des Planinhalts sind, insbesondere bei flexiblen Planquoten, unklar.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Ein Insolvenzplan sollte auch dazu dienen können, die Verwalter-/Sachwaltervergütung verbindlich für das Festsetzungsverfahren nach § 64 InsO regeln zu können.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>

17. Ihre Meinung zum Gläubigerausschuss und zur Auswahl des Insolvenzverwalters

	Trifft vollständig zu	Trifft eher zu	Trifft eher nicht zu	Trifft überhaupt nicht zu	Keine Angabe
Meiner Meinung nach sollte die Haftung von Mitgliedern des Gläubigerausschusses beschränkt werden.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Vergütung von Mitgliedern des Gläubigerausschusses sollte erhöht werden.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Das Recht des vorläufigen Gläubigerausschusses, den Verwalter verbindlich auszuwählen (§56a Abs. 2 InsO), sollte gestärkt werden.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Verwalterauswahl sollte wieder gänzlich dem Insolvenzgericht obliegen.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Bildung eines vor-vorläufigen	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>

Gläubigerausschusses zum Zwecke des Vorschlags der Person des vorläufigen Insolvenzverwalters ist sinnvoll.					
Die Bildung und Zusammensetzung eines vor-vorläufigen Gläubigerausschusses sollte gesetzlich geregelt werden.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Die Schwellenwerte für Pflichtausschüsse (§ 22a InsO) sind angemessen.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>

18. Ihre Meinung zur Aufgabenverteilung von Richtern und Rechtspflegern sowie zur Zuständigkeit

	Trifft vollständig zu	Trifft eher zu	Trifft eher nicht zu	Trifft überhaupt nicht zu	Keine Angabe
Meiner Meinung nach sollten die Qualifikationsanforderungen an die Richter der Insolvenzgerichte erhöht werden.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Es sollte mehr zentralisierte Spruchkörper für Insolvenzsachen und insolvenzbezogene Rechtsstreitigkeiten in den Bundesländern geben.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Es sollte zentralisierte Zuständigkeiten einzelner Insolvenzgerichte für ESUG-Verfahren geben.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Es wäre wichtig, dass die Verfahrensführung in Eigenverwaltungsverfahren (noch) stärker vom Richter als vom Rechtspfleger vorgenommen wird.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>

D. Fragen zu Ihrer Gesamtbewertung des ESUG

In diesem Abschnitt sind wir daran interessiert, wie Sie das ESUG **insgesamt bewerten**. Es geht hier also um Ihre Gesamtbewertung aufgrund Ihrer bisherigen Erfahrungen und Ihrer eigenen Überlegungen.

Bitte kreuzen Sie an, ob Sie die folgenden Aussagen als vollständig zutreffend, eher zutreffend, eher unzutreffend oder überhaupt nicht zutreffend bewerten.

	Trifft vollständig zu	Trifft eher zu	Trifft eher nicht zu	Trifft überhaupt nicht zu	Keine Angabe
Das ESUG hat in der Summe meine Erwartungen erfüllt.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
ESUG-Sanierungen sind insgesamt zu komplex.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Das ESUG ist noch nicht hinreichend rechtssicher.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Das ESUG hat zu einer angemessenen Stärkung des Gläubigereinflusses geführt.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Durch das ESUG hat sich das Stigma der Insolvenz abgeschwächt.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Das ESUG hat sich als ein wichtiger Meilenstein für eine positive Veränderung der Insolvenzkultur erwiesen.	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>

19. Für die Evaluation und Gesamtbewertung des ESUG sind mir folgende Aspekte besonders wichtig, die im Fragebogen bisher nicht zur Sprache gekommen sind:

Letzte Seite

Vielen Dank für Ihre Teilnahme!

