

STELLUNGNAHME

a) zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung

„Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ („ESUG“- BT-Drs. 17/5712)

b) zu dem Antrag der Fraktion Bündnis 90/ Die Grünen

„Insolvenzrechtsreform unverzüglich vorlegen –
Außergerichtliche Sanierungsverfahren stärken –
Insolvenzplanverfahren attraktiver gestalten“
(BT-Drs. 17/2008)

von
Rechtsanwältin Barbara Brenner
Vorstandsvorsitzende

Inhalt:

1. Einleitung	S. 3
2. Thesenpapiere	
a. Erleichterung der Eigenverwaltung und der Sanierung	S. 7
b. § 2 RegE - Neubesetzung der Gerichte	S. 12
c. § 225a RegE - debt-to-equity-swap	S. 13
d. § 270b RegE – Schutzschirmverfahren	S. 15
3. Kommentierung des Gesetzentwurfs	S. 18
a. Art. 2 - Änderungen der InsO	S. 19
b. Art. 3 – Änderungen des GVG	S. 67
c. Art. 4 – Änderungen des RPfIG	S. 70
4. Vermerk „Neuregelung des Anfechtungsrechts“	S. 72
5. Österreichische Verfahrensvorschriften zur Beteiligung der Gläubigerschutzvereine	S. 80

I. Einleitung

Der KSI ist ein Gläubigerschutzverein, der die Interessen der einfachen Insolvenzgläubiger im Auge hat. Seine Mitglieder sind sowohl Unternehmen der Großindustrie und des Großhandels als auch KMU's, Handwerksbetriebe etc., aber auch Verbraucher, die ihre Rechte im Insolvenzverfahren kostenfrei mitvertreten lassen wollen. Der Verein nimmt nicht die Rechte der Mitglieder aus Kreditsicherheiten wahr, er vertritt daher ausschließlich die Zielgruppe des Insolvenzverfahrens, nämlich die Insolvenzgläubiger nach § 1 InsO.

1. Die Gläubiger beteiligen sich nicht am Insolvenzverfahren

Bei den Unternehmen in Deutschland, die als Gläubiger von einem Insolvenzverfahren betroffen sind, herrscht großes Frustrationspotential. Das liegt vor allem daran, dass eine sachliche Beteiligung der Gläubiger offensichtlich unerwünscht ist:

- Der Zugang zu den Akten wird erschwert, weil sie nicht digitalisiert sind,
- Die Gutachten sind nicht standardisiert und können nicht ausgewertet werden,
- die Berichte der Verwalter sind oft nichtssagend, konkrete Auskünfte werden verweigert.
- Die Gläubiger können sich nicht untereinander abstimmen, weil die Gläubigerliste nicht vorliegt oder nicht zur Verfügung gestellt wird,
- bei missliebigen Abstimmungen werden Stimmrechte zielorientiert festgesetzt, Abstimmungen vertagt etc.,
- der unternehmerische Aspekt eines Insolvenzverfahrens wird allenthalben durch verzögerte Bearbeitung vernachlässigt,
- eine Aufsicht für die Verwalter gibt es nicht,
- Beschwerden werden „abgebügelt“.
- Die „gefühlte“ Quote ist gleich Null und
- die Verfahrensdauer dafür exorbitant.
- Fristgebundene Maßnahmen des Gerichts werden nicht zugestellt, sondern irgendwann unerkannt „ins Netz“ gestellt, so dass die Fristen längst versäumt sind, bevor man Kenntnis nehmen konnte.
- Die Fristen sind viel zu kurz und für Unternehmen mit Abstimmungsbedarf in der Geschäftsleitung unerreichbar. Im Vergleich

zur durchschnittlichen Verfahrensdauer kann eine Eilbedürftigkeit nicht mehr erkannt werden,

- etc.

Unter solchen Umständen ist das Verfahren für die Gläubiger nicht mehr beherrschbar und wird uninteressant.

Wir begrüßen daher den Entschluss der Bundesregierung, das Insolvenzverfahren einer grundlegenden Reform in drei Stufen zu unterziehen sehr.

2. Prämissen für die Stellungnahme

Bei der Vorbereitung der nachfolgenden Stellungnahme haben wir die Mitglieder befragt und haben Vergleiche zu den benachbarten Ländern

- Frankreich,
- Belgien
- England und
- Österreich

gezogen und ausgewertet; dies allerdings in rein praktischer Hinsicht.

Wir ziehen dabei in Betracht, dass Unternehmen immer gleichzeitig Gläubiger und Schuldner sind und durch Forderungsausfälle selbst in Zahlungsschwierigkeiten geraten können. Das Sanierungsverfahren kann daher auch für die Gläubiger als selbst Betroffene von Interesse sein.

Ferner ziehen wir in Betracht, dass Lieferanten, Handwerker und Dienstleister als Gläubiger häufig am Erhalt ihrer Schuldner interessiert sind, um ihre Vertriebsstruktur und damit ihre Umsätze künftig zu erhalten. Dafür engagieren sie sich bereits außergerichtlich, etwa durch Ratenzahlungsvereinbarungen, u.U. auch durch Beteiligungen.

Ferner ziehen wir in Betracht, dass mittelständische Unternehmer an ihrer Unternehmensbeteiligung nicht nur wegen des Kapitalwertes interessiert sind, sondern dass sie das Unternehmen langfristig erhalten und die Arbeitsplätze erhalten wollen. Mittelständische Unternehmerfamilien sind quasi der Garant

für die Erhaltung von Arbeitsplätzen. Banken und andere Großgläubiger sind dafür weniger bekannt.

Ferner gehen wir davon aus, dass eine faire und effiziente Beteiligung der einfachen Insolvenzgläubiger durch die Zulassung von gläubigerschützenden Vereinen zur Entlastung der Gerichte führen wird, insbesondere bei der Auswahl des Insolvenzverwalters, der Akteneinsichtsgesuche und der weiteren Verfahrensführung. Ein Erfolgsmodell für die frühzeitige Beteiligung der Insolvenzgläubiger ohne unnötige Belastung der Gerichte und ihrer Geschäftsstellen findet sich in Österreich.

Schießlich ziehen wir die Ziele der InsO und des ESUG in Entsprechung des Antrags der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in Betracht, die wir wie folgt zusammenfassen und voranstellen möchten:

10 Ziele des Insolvenzverfahrens und der Reform:

1. Verhinderung der Abwanderung von sanierungswilligen Unternehmen ins Ausland, damit verbunden die Herstellung der internationalen Konkurrenzfähigkeit des deutschen Insolvenzverfahrens
2. die Förderung der erhaltenden Sanierung gegenüber der Zerschlagung
3. die Förderung frühzeitiger Eigenanträge
4. Vermeidung von Anschlußinsolvenzen
5. bessere Beteiligung der Insolvenzgläubiger
6. höhere Ausschüttungsquoten
7. kürzere Verfahrensdauern
8. Entlastung der Gerichte und der Geschäftsstellen
9. der Grundsatz der *par condicio creditorum* (soll nicht aufgegeben werden)
10. mittelbar: Arbeitsplatzert halt
 - a. beim Schuldner, aber auch
 - b. beim Gläubiger durch oben 4.

Dies vorausgeschickt, soll nachfolgend untersucht werden, ob diese Ziele von den Maßnahmen, die Gesetzentwurf vorgesehen sind, auch erreicht werden.

Nachfolgend werden zunächst die Thesen zu den wichtigsten Anmerkungen vorgestellt; sodann werden die vorgesehenen Änderungen anhand ihrer textlichen Ausgestaltung im InsO-E (n.F.) kommentiert.

Dabei sind die **Neuerungen im Text rot** markiert, die **Anmerkungen blau**.

Thesenpapier 1:

Erleichterung der Eigenverwaltung und der Sanierung:

Aus der Sicht der einfachen Insolvenzgläubiger begrüßen wir die Initiative, außergerichtliche und gerichtliche Sanierungsverfahren zu vereinfachen und effizienter zu gestalten, sehr. Auch aus der Sicht der Gläubiger ist dies sinnvoll, denn nur so können Umsätze für die Zukunft erhalten und Verfahren abgekürzt werden. Durch eine Zerschlagung – das gilt auch für die Variante der sog. „übertragenden“ Sanierung – verändern sich die Einkaufsstrukturen des Unternehmens und der Umsatz geht im Zweifel an einen *global player* verloren. Deshalb arbeiten gerade die mittelständischen Gläubiger in aller Regel an einer Sanierung mit.

Gleichzeitig ist aber klar, dass für ein Sanierungsverfahren nur eine Handvoll Unternehmen in Betracht kommt. Die meisten Unternehmen, die insolvent werden, sind im Kern nicht überlebensfähig, sei es aufgrund einer mangelhaften Geschäftsführung, sei es aufgrund von Fehlproduktionen „am Markt vorbei“, oder aufgrund einer Marktsättigung.

Für diejenigen Unternehmen aber, die im Kern gesund sind, lohnt sich die Anstrengung. Es gilt daher, diese Unternehmen zu identifizieren und von den anderen zu unterscheiden, und dann das Sanierungsverfahren zu ermöglichen und Hürden abzubauen.

Dafür gibt es Vorbilder:

1. Vorbild Vergleichsordnung (VerglO)

Die Eigenverwaltung hatten wir in der Vergleichsordnung ja schon. Deshalb empfiehlt es sich zu untersuchen, ob die dortigen Strukturen heute wieder geeignet sind:

Damals konnte der *Antragsteller* wählen, ob er ein Vergleichsverfahren einleiten wollte oder ein Konkursverfahren. Das Vergleichsverfahren war damals halt an eine Fortbestandsprognose geknüpft und an eine Mindestquote von 35 %. Deshalb hatten wir nur ca. 1 % Vergleichsverfahren. Wenn man die Quote einfach weglassen würde, würde das klappen. Davon bin ich fest überzeugt. Man konnte das Verfahren dann immer noch ins Konkursverfahren überleiten, wenn die Erhaltung nicht klappte. War gar keine so schlechte Idee. Es wurde halt nicht so stark genutzt, aber das lag an der hohen Mindest-Quote, die erreicht werden musste. Das passt heute vielleicht ohne diese Hürde ganz gut ins Bild. Vielleicht sollten wir diesen Grundsatz der Zweiteilung wieder aufgreifen und den antragstellenden Schuldner entscheiden lassen, welches Verfahren er wählt:

- Eigenverwaltung mit Insolvenzplan (also erhaltende Sanierung) – dazu müssen wir noch die entsprechenden Voraussetzungen formulieren -
oder
- Fremdverwaltung mit Zerschlagung (manche sagen auch "übertragende Sanierung", da wird aber nichts saniert, sondern alles *en bloc* verkauft)

Die Voraussetzung für einen Eigenverwaltungs-Antrag müsste aber sein, dass das Unternehmen unter Insolvenzbedingungen für die nächsten 6 bis 9 Monate überlebensfähig, also liquide ist. Das ist nicht so schwer, denn im Eröffnungsverfahren muss es 3 Monate lang keine Löhne und Lohnnebenkosten zahlen (das wird ja über das Insolvenzgeld gelöst), außerdem keine Umsatzsteuern (das gefällt dem Finanzminister nicht) und keine Mieten (das ist zwar rechtswidrig, aber der Vermieter kann nichts machen; oft handelt es sich aber um eine eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung durch einen Gesellschafter im Rahmen einer – schief gegangenen – Betriebsaufspaltung; für diesen Fall ist die kostenfreie Nutzung durch den Verwalter nunmehr gesetzlich geregelt)

Deswegen wird es nicht so viele Unternehmen betreffen. Aber der Anreiz für die Gesellschafter, den Antrag zu stellen, ist höher. Man müsste es auch an Straffreiheit und Haftungsfreiheit für die Geschäftsführer/Vorstände knüpfen etc. - so wie in Frankreich. Deshalb sind die Franzosen so immens erfolgreich mit ihren außergerichtlichen Sanierungen. Die Unternehmen strömen angeblich nur so hinein, und zwar rechtzeitig. Denn darum geht es ja. Das wollen wir erreichen: den rechtzeitigen Insolvenzantrag, lange bevor die Liquidität zu Ende ist.

Das Problem ist, wenn man diese Entscheidung den Verwaltern - also denen, die das Eröffnungsgutachten schreiben – überlässt. In diesem Fall wird aus der Eigenverwaltung nichts werden, denn die Verwalter werden kaum die Eigenverwaltung empfehlen, weil sie dann nichts verdienen.

2. Vorbild "Eröffnungsverfahren", § 21 Abs. 2 Ziff. 2 (2. Alt.) InsO

Im Antragsverfahren haben wir im Übrigen auch derzeit schon die Eigenverwaltung, denn in der Regel wird nach § 21 Abs. 2 Ziff. 2 (2. Alt.) InsO nur ein sog. "schwacher" Verwalter bestellt, d.h. die Verfügungen des Geschäftsführers/Vorstands stehen unter dem Vorbehalt der Zustimmung durch den vorläufigen "schwachen" Insolvenzverwalter. Nur selten wird hier die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis vollumfänglich auf den vorläufigen Verwalter übertragen. Warum muss das Gericht ab der Eröffnung dann aber unbedingt die Fremdverwaltung anordnen? Das ist nicht zwingend. Man könnte das Problem mit der Eigenverwaltung deshalb u. E. so lösen, dass man **im Eröffnungsbeschluss grundsätzlich die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen aus dem Antragsverfahren fortsetzt** und den schwachen Verwalter mit Zustimmungsvorbehalt für bestimmte Geschäfte einsetzt - so wie es das Gesetz es für den **Sachwalter** ohnehin vorsieht, und **nur in besonders begründeten Fällen die Fremdverwaltung** anordnet.

Also:

- Entweder zweigeteiltes Verfahren so wie früher oder
- Grundsatz der schwachen Verwaltung auch nach der Eröffnung, und nur ausnahmsweise durch begründungspflichtigen und begründeten Beschluss

oder auf Antrag oder mit Einverständnis der Gesellschafter/Geschäftsführer die starke Verwaltung.

Aber:

So wie die Anordnung der starken vorläufigen Verwaltung im Antragsverfahren, die als Regelfall gedacht war, in der Praxis nur als Ausnahme umgesetzt wurde, werden wir auch hier wieder ein Umsetzungsproblem bekommen, weil die Richter und etablierten Verwalter das Modell ablehnen werden.

Um erfolgreich zu sein, braucht es qualifizierte Richter, die die Fortführungsprognose im Eröffnungsantrag bewerten können, also die Anlagen lesen und auswerten können.

Wird die derzeitige sachliche Zuständigkeit bei den Amtsrichtern und Rechtspflegern belassen, wird das im Leben nichts, da hilft auch die örtliche Nähe eines OLG nicht weiter.

3. Problem: Wettbewerb

Das Problem bei ausufernden Sanierungsszenarien ist immer das, dass die Wettbewerber in dieser Zeit das Nachsehen haben. Sie müssen die Löhne, USt., Bankzinsen etc. brav weiterzahlen, der antragstellende Konkurrent ist davon auf unabsehbare Zeit befreit, so lange das Antragsverfahren halt dauert (Löhne und Lohnnebenkosten sind allerdings auf 3 Monate begrenzt). Das ist wettbewerbswidrig. In USA hatten die insolventen Unternehmen unter Gläubigerschutz (Chapt. 11) so viel Speck angefressen, dass sie ihre Konkurrenten am Ende aufkaufen konnten. In den USA rudert man dem Vernehmen nach deshalb schon kräftig zurück mit ihrem Gläubigerschutz.

Deshalb könnte es sein, dass die gesunden Teilnehmer am Wirtschaftsleben *not amused* reagieren (vgl. Stellungnahme des Verbandes der Familienunternehmer). Vorsicht also!

Aber 3 Monate sind – nach hier vertretener Einschätzung – verkraftbar. Danach sollten wieder normale Wettbewerbsbedingungen herrschen, d.h. das Verfahren sollte dann eröffnet sein oder die Privilegien sollten befristet werden. Darauf sollte geachtet werden.

4. Problem: notwendiger Marktberäumigungsprozess wird verhindert

Derzeit beobachten wir, dass Verwalter ihre Insolvenzplan-Statistik aufpolieren und Unternehmen ohne Sinn und Verstand ins Insolvenzplanverfahren „reinprügeln“. Dann kommt es dazu, dass Unternehmen im Insolvenzplanverfahren restschuldbefreit werden, die am Markt stören. Unternehmen stören am Markt, wenn sie mittelfristig bis langfristig nicht überlebensfähig sind (zu klein, zu viel Konkurrenz etc.) und/oder weil sie schlecht geführt sind. In diesem Fall werden sie erneut Gläubiger hinterlassen.

Das Unternehmen muss dem Richter also nicht nur eine saubere Liquiditätsplanung vorlegen, der Richter/Gutachter muss auch sauber prüfen:

- die absatzmarktwirtschaftliche Situation
- die finanzmarktwirtschaftliche Situation und
- die betriebswirtschaftliche Situation

des Kandidaten.

Diese Mühe macht sich aber keiner der Richter. Wie auch: sie sind ja nicht zuständig. Deswegen geht das oft schief. Hier können allenfalls Richter von der Qualifikation der Handelsrichter korrigierend eingreifen, weil sie den Markt kennen. Das sind Profis.

Also auch hier gilt wieder das Motto:

Erfolgreiche Sanierung braucht Handelsrichter auf der Richterbank
– wie im restlichen Europa –

Wir befürchten auch, dass grenzüberschreitende Sanierungen von Anfang an gefährdet sind, weil die Richter untereinander nicht kooperieren können. Das geht nur auf Augenhöhe, d.h. mit vergleichbarem wirtschaftlichem und juristischem Sachverstand und mit gewissen Sprachkompetenzen. Beides kann man von normalen Amtsrichtern nicht erwarten. Dies korrespondiert unbedingt mit einer Karrierestelle.

Thesenpapier 2
- Neubesetzung der Gerichte -

1. Das Ergebnis der Insolvenzverfahren, die Dauer und die Quote sind auch 12 Jahre nach Einführung der InsO eher *lamentable*. Die gefühlte Quote ist gleich Null, die Verfahrensdauern exorbitant.
2. Unsere Mitglieder führen das auf die falsche Besetzung der Insolvenzgerichte zurück, und empfinden die derzeitige Besetzung sowohl in sachlicher als auch in funktionaler Hinsicht als Fehlbesetzung. Dies insbesondere im Vergleich zum gesamten europäischen Ausland.
3. Die in der Begründung zum RegE beschriebene betriebswirtschaftliche und wirtschaftsrechtliche Kompetenz der Richter liegt bei den deutschen Gerichten bei den Kammern für Handelssachen bereits vor. Bei einigen Landgerichten wurden bereits Kammern für Internationale Handelssachen eingerichtet (NRW). Diese Spezial-Kammern könnten die Internationalen Insolvenzverfahren übernehmen. Das ist aber nur erfolgversprechend, wenn sie im Insolvenzrecht auch ansonsten befasst sind und Übung erwerben können. Unsere Mitglieder erwarten, dass diese Kompetenz jetzt endlich für die Unernehmensinsolvenzverfahren eingesetzt wird.
4. Die Einnahmen der Justiz aus Insolvenzverfahren sind so hoch, dass unsere Mitglieder ein entsprechendes *know-how* erwarten dürfen. Sie sind aber auch mit einer Gebührenerhöhung einverstanden.
5. Das in der Begründung zu Recht geforderte *know-how* ist bei den Amtsgerichten nicht aufzubauen. Daran ändert auch eine Konzentration nichts. Denn Bildung und Ausbildung lässt sich nun mal nicht verordnen. Die Richterstellen sind als Karrierestellen auszurichten, auf die diejenigen Richterinnen und Richter, die die entsprechende Beurteilung haben, sich bewerben können. Dabei kann man die Richterinnen und Richter in der Beförderungsstufe berücksichtigen.
6. Die Kosten können durch eine Anhebung und Ergänzung der Gerichtsgebühren kompensieren. Wir gehen auch davon aus, dass die Masse nicht unerheblich angereichert wird, wodurch wiederum höhere Einnahmen erzielt werden.

Thesenpapier 3

zu § 225a RegE-InsO (ESUG) “debt-equity-swap”

1. Die zwangsweise Enteignung der Inhaber der Unternehmen, die der RegE in § 225a vorsieht, wird vor allem die Mittelständischen Familienunternehmen in Form der personalistisch geführten Kapitalgesellschaft noch weiter abschrecken, einen Insolvenzantrag zu stellen, als bisher. Denn die Berater werden sie vor dieser Gefahr warnen müssen.
2. Die Abwanderung ins Ausland wird noch stärker erfolgen, zumal eine Zwangs-Enteignung im europäischen Ausland nirgendwo vorgesehen ist, nicht einmal in England, wo das Modell ursprünglich beheimatet ist.
3. Sollte ein Rettungsverfahren nach § 270b InsO-E in ein Insolvenzverfahren einmünden, wird dieses Verfahren durch die Gefahr der Enteignung ebenfalls unattraktiv. Die Berater werden auf diese Gefahr hinweisen müssen.
4. Ein debt-to-equity-swap sollte aber als Möglichkeit zur freiwilligen Beteiligung von Gläubigern, etwa von Haupt-Lieferanten, zur Verfügung stehen.
5. Notwendige Klarstellungen zum Wert der Umwandlung in Eigenkapital fehlen; dadurch gilt die derzeitige Rechtsprechung zur verdeckten Sacheinlage weiter (Bewertung zum tatsächlichen Wert mit Nachschussverpflichtung der Gläubiger). Der Ausweis der Finanzierung des Unternehmens in der Bilanz wird intransparent; Auswirkungen auf die Kapitalerhaltungsmaxime sind abzuwägen.
6. Eine Umwandlung zum Nominalwert lockt Schnäppchenjäger an, die Forderungen zu 10 % aufkaufen und sodann zum Nennwert umwandeln können. So können sich Konkurrenten die Lizenzen und Patente eines Unternehmens einverleiben und das Schuldnerunternehmen anschließend liquidieren.
7. Der Entwurf lässt die Frage offen, ob steuerliche Verlustverrechnungen bei Umwandlungen für den aufnehmenden Rechtsträger erhalten bleiben, auch wenn der Gesellschafterkreis vor Ablauf von 10 Jahren nach der Umwandlung durch ein § 225a-Verfahren verändert wird. Das könnte zu existenzbedrohlichen Steuernachforderungen führen.

Bleiben die Fragen 5. und 7. ungeklärt, wird kein Gläubiger die Umwandlung nutzen, denn Kapital ist bekanntlich risikoscheu.

Wenn Gläubiger am künftigen Gewinn beteiligt werden möchten, kann man das auch heute schon über Besserungsscheine vorsehen. Das wird auch gemacht.

Rettungsvorschläge:

1. Der debt-to-equity-swap braucht grds. nur als Möglichkeit zur Verfügung gestellt zu werden, damit die Familienunternehmer sich ihren strategischen Partner aussuchen können, wenn sie das möchten. In aller Regel brauchen sie einen finanzstarken Partner und müssen und wollen diesen auch beteiligen. Sie müssen aber unbedingt vor „Plünderern“ geschützt werden, sonst gehen sie nicht in das Verfahren hinein.
2. Der debt-to-equity-swap sollte – wenn man ihn denn für unverzichtbar hält – unbedingt auch für außergerichtliche Sanierung und in dem Rettungsverfahren nach § 270b InsO-E zur Verfügung stehen.
3. Der Wert der umgewandelten Forderung ist zwingend festzulegen; hier sind Sachverständige zu konsultieren, die die Kollateralschäden im Gesellschafts- und Steuerrecht beurteilen können.
4. Die steuerlichen Auswirkungen im Umwandlungssteuerrecht sind zwingend festzulegen.

Thesenpapier 4

zu § 270b RegE-InsO (ESUG) "Schutzschirm-Verfahren"

- Statt Eröffnungsantrag sollte ein "**Antrag auf Einleitung eines Sanierungsverfahrens**" vorgesehen werden. Das Verfahren sollte in die Obhut der **IHK's** gelegt werden, die regional übergreifend bereits seit langem über die einschlägige Institution "Runder Tisch" verfügen. Die Strukturen sind dort bereits vorhanden. Die Finanzierung erfolgt durch verfahrensbezogene Gebühren, die der Schuldner zahlt (also aus der Masse zu erheben sind). Das Verfahren wird im Übrigen von der KfW mit finanziert.
- Das Verfahren muss unbedingt und **GERADE auch zahlungsunfähigen Unternehmen eröffnet werden** (idem in Österreich + Frankreich). Anderenfalls wird die Konkurrenzfähigkeit nicht erreicht und die Anzahl der Unternehmen, die für dieses Verfahren in Betracht kommen, bleibt eine quantité négligeable. Die Zahlungsmittel für die lfd. Betriebskosten der nächsten 3 Monate und für das Verfahren selbst müssen jedoch vorhanden sein. Das ist bei der Zulässigkeit zu prüfen. Die **IHK's** können das leisten.
- Es muss klagestellt werden, dass die Lohn- und Lohnnebenkosten können nach den Regeln über das **Insolvenzgeld** gezahlt werden, das entsprechend vorfinanziert werden kann.
- Das Verfahren beruht auf Freiwilligkeit auch seitens der Gläubiger. Die **IHK's** werden ein Moratorium vorlegen. Wir empfehlen, nur einen Vollstreckungsschutz auszusprechen und die **Fälligkeit der (Alt-)Forderungen zu suspendieren**.
- Das Gericht bestellt auf Vorschlag der **IHK einen vorläufigen Sachwalter**, den die **IHK's** aus dem Kreis ihrer Sachverständigen benennen kann.
- Die **zeitliche Befristung auf 3 Monate** bleibt, kann aber auf Antrag der **IHK** verlängert werden, wenn die notwendige Liquidität da ist. Der wettbewerbsrechtliche Konkurrenzschutz in der Region ist dabei zu beachten.

-
- Das Verfahren wird bei den IHK's in einem best-practice-Verfahren standardisiert, die dort ausgehandelten Vergleiche werden vom Landgericht, KfH, **tituliert**.
 - **Streitige Forderungen** werden im Bestreitensfalle und auf Antrag und auf Kosten der Gläubiger von den KfH's in einem Eilverfahren dem Grunde und der Höhe nach auf Plausibilität geprüft. Für das Stimmrecht kann eine Quote festgesetzt werden. Hier könnte der Sachwalter ein Votum abgeben (das entspricht dem derzeitigen Verfahren bei Eigenverwaltung). Anderenfalls müsste man im Plan Rückstellungen bilden und die Forderungen in einem ordentlichen Feststellungsrechtsstreit durchprüfen lassen. Das geht auch.
 - Bei der Abstimmung herrscht **Einstimmigkeitsprinzip**. Die Zustimmung obstruktiver Gläubiger kann vom Landgericht, KfH, in einem Eilverfahren ersetzt werden, wenn dies erforderlich ist.
 - Die Gläubiger können sich durch Vereine vertreten lassen, die satzungsgemäß keine Gewinne machen dürfen und den Schutz von Gläubigern als Satzungszweck haben (Akkreditierung durch IHK's?)
 - **strafrechtliche Privilegierung**: Gegen Unternehmer / Geschäftsführer / Vorstände, die diesen Weg in zulässiger Weise beschritten haben, darf nicht mehr wegen Insolvenzverschleppung ermittelt werden; eine persönliche und strafrechtliche Haftung der Organe wegen Insolvenzverschleppung ist ausgeschlossen, auch wenn sich ein Liquidationsverfahren anschließt (französisches Modell – zieht die Unternehmen in der Krise magisch an!)

Im Falle eines Anschluss-Insolvenzverfahrens:

- Der Sachwalter / der Sachverständige der IHK attestiert den Zeitpunkt des Eintritts der materiellen Insolvenz. Dagegen ist auf Antrag des Schuldners und jedes Gläubigers Rechtsmittel zu den Landgerichten, KfH, eröffnet.
- **anfechtungsrechtliche Privilegierung** Zahlungen, die aufgrund des Vergleiches an Gläubiger gezahlt wurden, sind nicht anfechtbar. Dasselbe gilt für Sicherheiten, die zur Finanzierung des Unternehmens während des Verfahrens neu gegeben oder revolviert wurden (damit haben die

Franzosen und die Australier großen Erfolg bei den Gläubigern. Die machen mit!)

- Der Anknüpfungzeitpunkt für Anfechtungen nach der InsO wird auf den Eingang des Antrags auf Eröffnung des Sanierungsverfahrens bei der IHK festgelegt.

Dieses Modell findet sein Vorbild in der französischen *procédure de conciliation* und der *procédure de sauvegarde* und in dem neuen österreichischen IRÄG 2010. Beide werden in der Praxis sehr gut angenommen.

vgl. für Österreich: Zotter, Insolvenzstatistik für Österreich, ZIK 2011, Heft 1

Stellungnahme

zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von
Unternehmen („ESUG“)

- BT-Drs. 17/5712 v. 04.05.2011 -

I.	Art. 2 - Änderungen der InsO	S. 19 – 66
II.	Art. 4 - Änderungen des GVG	S. 67 – 69
III.	Art. 5 – Änderung des RPflG	S. 70 – 71

I. Änderungen der InsO

§ 2 Amtsgericht als Insolvenzgericht

(1) Für das Insolvenzverfahren ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk ein Landgericht seinen Sitz hat, als Insolvenzgericht für den Bezirk dieses Landgerichts ausschließlich zuständig.

(2) Die Landesregierungen werden ermächtigt, zur sachdienlichen Förderung oder schnelleren Erledigung der Verfahren durch Rechtsverordnung *ein anderes Amtsgericht zum Insolvenzgericht für den Landgerichtsbezirk zu bestimmen und die Zuständigkeit eines Insolvenzgerichts über den Landgerichtsbezirk hinaus zu erstrecken*. Die Landesregierungen können die Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.

Anm. KSI:

- Die Ermächtigung an die Landesregierungen war schon in der Vergangenheit kein Erfolg. Zumeist wurde davon gar kein Gebrauch gemacht. In den Ländern, die davon Gebrauch gemacht haben, hat es nichts genützt. Die Verfahren wurden weder „sachdienlich gefördert“ noch wurden sie „schneller erledigt“. Die durchschnittliche Verfahrensdauer liegt auch bei am LG konzentrierten Gerichten bei 5 – 7 Jahren. Die Befriedigungsquote liegt seit 1999 unverändert bei 2 – 5 %, die erhaltende Sanierung (ehem. VerglVerfahren) ist sogar unter 1 % abgerutscht. Erst langsam kommen wir wieder auf das Niveau der VerglO heran.

-
- Durch Mengengeschäft in der Vollstreckungsabteilung wird keine sachlich-wirtschaftliche Kompetenz aufgebaut, wie sie etwa bei den KfH sowieso schon vorhanden ist. Die Fluktuation der (Karriere-)Richter wird bleiben.
 - eine Ermächtigung an die Landesregierungen allein bringt noch keine Rechtseinheitlichkeit,
 - der Insolvenztourismus in andere Bundes- und EU-Länder wird davon befördert und nicht abgebaut.

Vorschlag KSI:

§ 2 Abs. 1 InsO wird wie folgt ergänzt:

„Für das Insolvenzverfahren, **soweit es nicht das Regelinsolvenzverfahren betrifft**, ...“

Unsere Mitglieder erwarten, dass das Regelinsolvenzverfahren, insbesondere das internationale Verfahren, in die sachliche Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen fallen, und dort in die funktionale Zuständigkeit der Richter und der beisitzenden Handelsrichter.

Im GVG empfehlen wir daher folgende Änderungen:

1. in § 71 Abs 2 GVG (Zuständigkeit Landgerichte) wird eingefügt:

„5. für Insolvenzverfahren mit Ausnahme der Verbraucherinsolvenzverfahren und der sonstigen Kleinverfahren (Neunter Teil InsO).“

2. in § 95 Abs 2 GVG (Zuständigkeit KfH) wird eingefügt:

„3. Insolvenzverfahren gem. § 71 Abs. 2 Ziff. 5 GVG“

Begründung: s. Anmerkung II. und III.

§13 Eröffnungsantrag

(1) Das Insolvenzverfahren wird nur auf schriftlichen Antrag eröffnet. Antragsberechtigt sind die Gläubiger und der Schuldner. *Dem Antrag des Schuldners ist ein Verzeichnis der Gläubiger und ihrer Forderungen beizufügen. Wenn der Schuldner einen Geschäftsbetrieb hat, der nicht eingestellt ist, sind in dem Verzeichnis besonders kenntlich zu machen*

1. die höchsten Forderungen,
2. die höchsten gesicherten Forderungen,
3. die Forderungen der Finanzverwaltung,
4. die Forderungen der Sozialversicherungsträger sowie
5. die Forderungen aus betrieblicher Altersversorgung.

Der Schuldner hat in diesem Fall auch Angaben zur Bilanzsumme, zu den Umsatzerlösen und zur durchschnittlichen Zahl der Arbeitnehmer des vorangegangenen Geschäftsjahres zu machen.

(2) Der Antrag kann zurückgenommen werden, bis das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Antrag rechtskräftig abgewiesen ist.

(3) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates für die Antragstellung durch den Schuldner ein Formular einzuführen. Soweit nach Satz 1 ein Formular eingeführt ist, muss der Schuldner dieses benutzen. *Für Verfahren, die von den Gerichten maschinell bearbeitet, und für solche, die nicht maschinell bearbeitet werden, können unterschiedliche Formulare eingeführt werden.*

Anm. KSI:

1. Durch die Änderung gegenüber dem DiskE ist zunächst nur die Präzisierung des Begriffs der „wesentlichen“ Gläubiger vorgenommen worden. Nach der Begründung zu Nr. 2, lit. a) soll gerade diese Auflistung aber nach wie vor dazu dienen, dem Gericht die Zusammensetzung des Gläubigerausschusses zu ermöglichen, der offenbar aus den o.g. Gläubigern konstituiert werden soll
2. § 67 Abs. 2 InsO, der insoweit nicht verändert werden soll, sieht aber vor, dass neben den absonderungsberechtigten Gläubigern und den Gläubigern mit der höchsten Forderung auch die Kleingläubiger vertreten sein sollen. Dies ist als Korrektiv zu den im Entwurf vorgesehenen Gläubigergruppen besonders wichtig, da die letzteren **nicht repräsentativ für die Zielgruppe der InsO** sind:

- a. die Gläubiger mit den höchsten Forderungen und die absonderungsberechtigten Gläubiger sind zumeist identisch (**Banken**), diese sind somit doppelt vertreten,
- b. § 67 Abs. 3 InsO sieht vor, dass zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses auch Personen bestellt werden können, die keine Gläubiger sind. Dadurch kommen die

- **Kreditversicherungen** und die
- **Lieferantenpoolverwalter**

mit den an sie abgetretenen Absonderungs- und Aussonderungsansprüchen der Lieferanten in die Gläubigerausschüsse.

a+b: Damit sind schon **3 institutionelle Gläubigergruppen** mit **insolvenzzweckwidrigen Partikularinteressen** im Gläubigerausschuss vertreten, deren Ansprüche ja zivilrechtlich noch korrekt zu prüfen sind. Die Aus- und Absonderungsrechte können sittenwidrig, anfechtbar oder schlicht untergegangen sein; sie können aber auch nicht ausreichend belegt sein. Das ist häufig der Fall.

Die aus- und absonderungsberechtigten Gläubiger sind in der Praxis tatsächlich vornehmlich an der Verwertung ihrer Sicherungsrechte interessiert, weniger an der Masse und an der Quotenerhöhung; sie nehmen daher typischerweise auch eine **Aufzehrung der Masse in Kauf**, wenn dadurch ihre Sicherheiten im Wert erhalten bleiben oder sogar werthaltig gemacht werden.

Sie werden daher eher für einen Verwalter stimmen, der regelmäßig und problemlos ihre Interessen bedient, **gern auch zu Lasten der Masse**.

- c. Die **Arbeitsämter** (höchste Forderung wg. Insolvenzgeld) und die **Arbeitnehmer** (§ 67 Abs. 2 Satz 2 RegE-InsO) repräsentieren zwar auch die Gruppe der einfachen Insolvenzgläubiger, sie sind jedoch überwiegend an einer Fortführung des Betriebes interessiert, auch unter Aufzehrung der letzten Masse.

Damit sind 2 weitere Gläubigergruppen mit Partikularinteressen im Gläubigerausschuss vertreten, die sich nicht am Insolvenzzweck des § 1 InsO orientieren werden.

- d. Die **Sozialversicherungsträger** und die **Finanzämter** verfolgen primär keine insolvenzzweckwidrigen Partikularinteressen; sie sind aber typischerweise die größte Zielgruppe für Anfechtungsansprüche des künftigen Verwalters.

Sie werden deshalb bei der Auswahl des Verwalters gem. § 56 Abs. 2 und insbesondere des Abs. 3 RegE-InsO naturgemäß diejenigen Verwalter meiden, die in der Vergangenheit tüchtig waren und die Masse durch Anfechtungen von Vorzugszahlungen angereichert haben, und sich auf diejenigen Verwalter konzentrieren, die sie in der Vergangenheit damit verschont haben.

Dies wurde auch schon deutlich zum Ausdruck gebracht.

Auch diese beiden Gläubigergruppen werden bei der Verwalterwahl insoweit insolvenzzweckwidrige Interessen vertreten.

3. Wenn die Verfolgung des Insolvenzzwecks nach § 1 InsO überhaupt eine Chance haben soll, und wenn der Gesetzgeber dafür sorgen will, dass die Gruppe der einfachen Insolvenzgläubiger ohne Partikularinteressen angemessen an der Auswahl des geeigneten Verwalters beteiligt wird, ist ein Korrektiv zu bilden, das in Stärke und Organisation den o.g. Gläubigergruppen mindestens entspricht.

Am ehesten gelingt dies in **Österreich**. Denn dort wurde den einfachen Gläubigern erlaubt, sich in entsprechenden **Kreditschutzvereinen** zu organisieren; diesen Vereinen wurde ein **Beteiligungsrecht per Gesetz** eingeräumt. Diese Vereine, deren Vereinszweck akkreditiert werden muss, poolen die Interessen der einfachen Insolvenzgläubiger und sind daher

- repräsentativ für die Zielgruppe der InsO
- gut erreichbar und
- personell gut qualifiziert, so dass schnelle Abstimmungswege erreicht werden,
- völlig unverdächtig bei sämtlichen Abstimmungen im Gläubigerausschuss

und vor allem:

- sie werden dafür sorgen, dass höhere Ausschüttungsquoten und kürzere Verfahrensdauern erreicht werden.

Eine Aufstellung der im Österreichischen Insolvenzgesetz vorgesehenen Regelungen ist in der Anlage beigefügt. Die Vorschriften sind unkompliziert, und die Einrichtung hat sich über inzwischen 140 Jahre gut bewährt.

- die Verfahren laufen zügig,
- die Zerschlagungsquote ist nicht höher als in Deutschland und
- es werden 2-stellige Ausschüttungsquoten erreicht.

Dafür ist sicherlich auch förderlich, dass **in Österreich die Handelsgerichte für die Unternehmensinsolvenzen zuständig** sind, und zwar funktional die Richter.

4. Das spricht dagegen:

a. Kosten:

Die Kosten für die Vertretung können die Vereine von ihren Mitgliedern selbst erheben. In der Regel wird ein Prozentsatz aus den Ausschüttungsquoten genügen. Das fördert auch den Vereinszweck, höhere Quoten und frühere Ausschüttungen für die Gläubiger zu erzielen, sehr.

Kosten für Rechtsmittel gegen insolvenzzweckwidrige Maßnahmen des Verwalters können sozialisiert, d.h. aus der Masse erhoben werden, da sie im Sinne der Zielgruppe und mithin im Eigeninteresse der Gläubiger eingelegt werden. So ist es jedenfalls in Österreich und die Erfahrung hat gezeigt, dass dort kaum jemals Rechtsmittel eingelegt werden musste.

Kosten für die Justiz entstehen keine.

b. Autonomie der Verwalter

Die Verwalter sehen sich einer qualifizierten Einheit gegenüber, die die Interessen der homogenen Zielgruppe zielstrebig verfolgen. Ein Großteil der Autonomie geht verloren. Das werden sie nicht mögen.

5. Das spricht dafür:

a. Vermeidung der Staatshaftung für fehlerhafte Auswahl der Verwalter

Bei der **Auswahl des geeigneten Verwalters im Einzelfall** haben die Gerichte einen Beurteilungsspielraum, den korrekt auszuüben sie sich in der Fläche SEHR SCHWER tun. Dabei treten Nachlässigkeiten auf, die die Gläubiger künftig immer öfter zum Anlass nehmen werden, die konkrete Auswahl auf Pflichtenverstöße hin untersuchen zu lassen. Die Auswahl des Verwalters im Einzelfall sowie die anschließende Überwachung sind daher höchst haftungsträchtig.

Diese Gefahr kann vollends vermieden werden, wenn das Gericht die § 1-Gläubiger umfassend in die Auswahl einbinden kann.

Die § 1-Gläubiger sind völlig unverdächtig bei der Auswahl der Verwalter. Sie sind außerdem **frei bei der Entscheidung**, einen gelisteten Verwalter zu bestellen oder nicht; sie können **Beratungs-Kapitalgesellschaften aus dem EU-Ausland ohne Begründung nicht wählen**, sie sind nicht an verfassungsrechtliche Vorgaben gebunden und brauchen bei der Auswahl des Verwalters daher nicht auf **berufsrechtliche Zugangsrechte von Kandidaten Rücksicht** zu nehmen. Sie werden automatisch auf eine Vielfalt der Verwalter achten, um die Monopolisierung auf einige wenige Großkanzleien zu vermeiden.

Dadurch fällt der Begründungszwang und der Untersuchungszwang weg, der geeignete Verwalter im Einzelfall ist, bei Gericht weitestgehend weg. Das Gericht kann sich auf die Prüfung der generellen Geeignetheit, d.h. die „Listung“ der Kandidaten zurück ziehen.

b. Entlastung der Gerichte

Die Einbindung von Kreditschutzvereinen hat auch im weiteren Verlauf des Verfahrens große Vorteile. Die Geschäftsstellen werden entlastet, weil die **unzähligen Gläubigeranfragen** und **Akteneinsichtsgesuche** entfallen, die so manche Akte unnötig aufblähen.

Manche Geschäftsstelle ist zugeschüttet mit **Anforderungen nach § 299 ZPO** (Übersenden von Kopien aus der Akte), mit Eingaben der Gläubiger und mit der Gewährung von Akteneinsicht an verschiedenste Einzelgläubiger.

Das alles entfällt vollständig, wenn ein Kreditschutzverein die Akte einsieht und sodann die Information an die betroffenen Gläubiger vornimmt.

Die Richter müssen sich nicht mehr mit Beschwerden von Gläubigern über einzelne Verwalter auseinandersetzen. Denn der Umstand, dass der Verein bei der Bestellung regelmäßig mitwirkt, übt eine disziplinierende Wirkung auf bestimmte Verwalter aus.

Die Abstimmung über Einzelfragen erfolgt intern unter den Mitgliedern, so dass die § 1- Gläubiger dem Gericht gegenüber mit einer Stimme auftreten.

Deshalb verlaufen auch die Gläubigerversammlungen schlank, da nur wenige Gläubiger anwesend sind, die in die Anwesenheitsliste aufgenommen werden müssen, und diese auch noch sachkundig sind. Der Zeitaufwand für Fragen reduziert sich dadurch ebenfalls erheblich.

Trotzdem sind alle Gläubiger vertreten und präsent.

c. Kooperation mit den Gerichten und den Verwaltern

Der KSI arbeitet schon seit 2007 auf freiwilliger Basis mit Verwaltern zusammen. Er genießt großes Vertrauen bei bestimmten Verwaltern, die ihn dem jeweiligen Gericht als externes Gläubigerausschussmitglied empfohlen haben. Die Gerichte haben den KSI bislang auch in allen Verfahren bestellt.

Der Verein führt die Kassenprüfung im Gläubigerausschuss selbst durch und berichtet an die Gerichte. Unklarheiten werden schnell aufgeklärt, Kosten für Sachverständige gespart.

Der KSI konnte den Verwalter verschiedentlich bei dessen Auseinandersetzung gegenüber den Partikularinteressenten, vornehmlich den Sicherungsgläubigern, im Sinne der Masse unterstützen, was generell als sehr angenehm und hilfreich angenommen wurde.

Im Einzelfall ist selbstverständlich der Rat des zuständigen Richters bei der Auswahl eines Verwalters im Einzelfall sehr wertvoll, wie das Verfahren in Detmold, **sog. „Detmolder Modell“**¹ zeigt. Dieses Modell, von dem Detmolder Insolvenzrichter Dr. Busch entwickelt und praktiziert, findet große Anerkennung wenngleich leider wenig Verbreitung. Es basiert auf Kooperation und Konsens zwischen allen Beteiligten und schafft großes Vertrauen. Wir gehen davon aus, dass es mehr Verbreitung findet, wenn die Handelsrichter zuständig sind, weil diese Verflechtungen, insolvenzzweckwidrige Ziele und Interessenkonflikte der Verwalter selbst erkennen und ansprechen können, und in der Regel auch keinen Druck von seiten institutioneller Gläubiger abzuwehren wissen werden.

Die Kreditschutzvereine werden dem Rat eines erfahrenen Handelsrichters sicherlich nicht entgegen stehen.

Bestimmte Verwalter und auch Gerichte verschließen sich natürlich noch einer Zusammenarbeit. Deshalb ist es erforderlich, die Anerkennung gesetzlich zu eröffnen. Wir sind auch sicher, dass wir uns das notwendige Vertrauen bei den Skeptikern durch eine offene und sachkundige Arbeitsweise erwerben werden, und dass unser Anspruch an Qualität und Transparenz des Verwalterhandelns schnell flächendeckend Anerkennung findet.

Ein Kreditschutzverein darf aber sicherlich nur dann das Vertrauen des Gesetzgebers genießen, soweit er keine eigenen Zertifikate an Verwalter verkauft und auch nicht mit Unternehmen verflochten ist, die solche Zertifikate verkaufen.

Da der KSI keine eigenen Produkte auf den Verwaltermarkt bringt und offen ist für verschiedene Qualitätsstandards, gilt er auch insofern als unverdächtig.

6. Ergebnis:

¹ *Busch*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters nach dem »Detmolder Modell«, DZWIR 2004, 353;
Uhlenbruck, in: *Uhlenbruck et al.*, *InsO*, 13. Aufl. 2010, § 56 Rz 58

Drei Ziele der InsO und der Reform,

- eine *größtmögliche Gläubigerbefriedigung*, eine
- *bessere Beteiligung der (§ 1-) Gläubiger* und
- eine *Entlastung der Gerichte und der Geschäftsstellen*

werden sehr gut erreicht, wenn die (§ 1-) *Gläubiger* institutionell und sachkundig vertreten sind. Dazu sind Kreditschutzvereine offenbar ein angemessenes und effizientes Instrumentarium, denen Beteiligungsrechte bis hin zur zwingenden Beteiligung im Gläubigerausschuss und der Einräumung von Veto-Rechten bei der Abstimmung über insolvenzzweckwidrige Maßnahmen eingeräumt werden können.

§ 15a Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit

(1) Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Insolvenzantrag (neu „*Eröffnungsantrag*“) zu stellen. Das Gleiche gilt für die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter oder die Abwickler bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist; dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

(2) Bei einer Gesellschaft im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 gilt Absatz 1 sinngemäß, wenn die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter ihrerseits Gesellschaften sind, bei denen kein Gesellschafter eine natürliche Person ist, oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.

(3) Im Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist auch jeder Gesellschafter, im Fall der Führungslosigkeit einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft ist auch jedes Mitglied des Aufsichtsrats zur Stellung des Antrags verpflichtet, es sei denn, diese Person hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis.

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen Absatz 1 Satz 1, auch in Verbindung mit Satz 2 oder Absatz 2 oder Absatz 3, einen Insolvenzantrag (neu „*Eröffnungsantrag*“) nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellt.

(5) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 4 fahrlässig, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

Die Vorschrift könnte bei der Gelegenheit EU-konform zurück-gestaltet werden, um eine Untersuchung und ein Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission zu vermeiden.

Problem:

Die Vorschrift soll es ermöglichen, Pflichten eines Geschäftsführers einer deutschen GmbH auch auf die Geschäftsführer von ausländischen Gesellschaften (amerikanische „Inc.“, französische „S.A.R.L.“, holländische „B.V.“, serbische „d.o.o.“, vor allem aber englische „Ltd.“) Anwendung finden kann, über die in Deutschland ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Das Problem ist, dass in deren Heimatstaaten eine bilanzielle Überschuldung als Antragsgrund und eine Antragspflicht mit zivil- und strafrechtlichen Sanktionen unbekannt sind.

Diese Wirkung und die Europarechtliche Konformität ist daher zweifelhaft, weil

- a) die Vorschrift gegen Art. 49 und 54 AEUV (vormals: Artt. 43, 48 EGV) verstoßen dürfte, weil sie niederlassungsfeindliche Wirkung hat. vgl.

EuGH v. 30.9.2003 – Rs C-167/01, ZIP 2003, 1885 („Inspire Art“):

- Zweigniederlassungen werden als solche behandelt, auch wenn sie faktisch den Hauptverwaltungssitz bilden.
- Publizitätspflichten, die außerhalb der Zweigniederlassungsrichtlinie liegen, sind unzulässig.
- die Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft darf nicht den insoweit strengeren Regeln des inländischen Rechts bezüglich des Mindestkapitals **und der Haftung der Geschäftsführer** unterworfen werden.

Ebenso kommt eine Verletzung des Deutsch-Amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrages von 1954 in Betracht, nach dem beide Staaten sich verpflichtet haben, die wechselseitigen Gesellschaften uneingeschränkt anzuerkennen;

- b) die Konformität mit dem deutschen internationalen Strafrecht möglicherweise nicht gegeben ist,
- c) das englische Haftungssystem des *wrongful trading* im Zusammenhang mit den relativ einfachen Gründungsvorschriften strenger und – wegen des Gleichlaufs - in sich schlüssig erscheint und möglicherweise eher zu einer zivilrechtlichen Haftung führt als § 15a InsO. Denn nach englischem Recht haftet der GF mindestens genau so streng (bei übrigens ebenso wenn nicht einfacheren Darlegungslasten für die IV! - das ist zu überprüfen!)

Im Falle der englischen Ltd. sind die Gläubiger also möglicherweise besser geschützt, wenn die *directors* vollständig nach englischem Recht haften. § 15a bedeutet daher u.U. keine Verbesserung der Gläubigerstellung, sondern eher eine Entlastung der *directors*.

Im Sinne der internationalen Gläubigerinteressen sollte man gleichlaufende Haftungs- und Gründungssysteme nicht trennen, denn sie passen in der Regel zusammen.

KSI-Vorschlag daher:

Die Vorschrift sollte auf seine Konformität mit EU-Recht und mit bilateralen Staatsverträgen hin sowie rechtsvergleichend auf seine Effizienz belastbar durchgeprüft werden, notfalls wieder in § 64 Abs. 2 GmbHG zurück“verwandelt“ werden.

Der Effekt, die Haftung der Geschäftsführer gegenüber dem Heimatrecht ihrer Gesellschaft zu erleichtern, muss unbedingt vermieden werden!

§ 21 Anordnung vorläufiger Maßnahmen

(1) Das Insolvenzgericht hat alle Maßnahmen zu treffen, die erforderlich erscheinen, um bis zur Entscheidung über den Antrag eine den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten. Gegen die Anordnung der Maßnahme steht dem Schuldner die sofortige Beschwerde zu.

(2) Das Gericht kann insbesondere

1. einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen, für den § 8 Abs. 3 und die §§ 56, 58 bis 66 entsprechend gelten;

1a. einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, für den § 67 Absatz 2 und 3 und die §§ 69 bis 73 entsprechend gelten;

2. ...

...

5. anordnen, dass Gegenstände, die im Falle der Eröffnung des Verfahrens von § 166 erfasst würden oder deren Aussonderung verlangt werden könnte, vom Gläubiger nicht verwertet oder eingezogen werden dürfen und dass solche Gegenstände zur Fortführung des Unternehmens des Schuldners eingesetzt werden können, soweit sie hierfür von erheblicher Bedeutung sind; § 169 Satz 2 und 3 gilt entsprechend; ein durch die Nutzung eingetretener Wertverlust ist durch laufende Zahlungen an den Gläubiger auszugleichen. Die Verpflichtung zu Ausgleichszahlungen besteht nur, soweit der durch die Nutzung entstehende Wertverlust die Sicherung des absonderungsberechtigten Gläubigers beeinträchtigt. Zieht der vorläufige Insolvenzverwalter eine zur Sicherung eines Anspruchs abgetretene Forderung anstelle des Gläubigers ein, so gelten die §§ 170, 171 entsprechend.

Anregung des KSI zu Ziff. 5:

Ziff. 5 entspricht dem „automatic stay“ des US-amerikanischen Systems. Sie stellt einen extremen Eingriff in das Eigentum der Lieferanten dar. Um eine Fortführungsmöglichkeit prüfen zu können, ist sie allerdings notwendig.

Um die Vorschrift nicht zu einem Sonderopfer einzelner Lieferanten zum Wohle der übrigen Gläubiger werden zu lassen, muss ein Ausgleich nach § 812 BGB geschaffen werden. Das ist misslungen. Den Gläubigern nutzt ein Wertausgleich nur etwas, wenn dieser Wertausgleich

einigermaßen konkret, schnell liquide und angemessen

ist. Das wird durch die Vorschrift nicht erreicht. Probleme macht immer Folgendes:

- Wer bestimmt (und vor allem: wann?), ob die Gegenstände für die Fortführung „von erheblicher Bedeutung“ sind?
- Wer bestimmt die Höhe des Wertverlustes und den Kausalzusammenhang mit der Nutzung durch den Verwalter
- § 169 Satz 3 („soweit“) ist überhaupt nicht justiziabel.

Vorschlag KSI:

Ziff. 5. wird wie folgt geändert:

Satz 1 wird nach dem Strichpunkt wie folgt ergänzt und geändert:

„die Anordnung ist zu begründen.“

Der Satz „§ 169 Satz 2 und 3 gilt entsprechend,“ fällt weg und wird wie folgt ersetzt:

„für die Zeit der Nutzung ist dem Eigentümer ist eine angemessene, marktübliche Nutzungsschädigung aus der Masse zu zahlen. Sofern der Verwalter nicht ein niedrigere Nutzungsschädigung nachweist, sind mindestens die gesetzlichen Zinsen **gem. §§ 353, 352 HGB (Fälligkeitszinsen)** auf den Netto-Kaufpreis zu zahlen.“

Dadurch wird erreicht, dass der gem. Art. 14 III GG angeordnete Wertausgleich geschaffen wird.

§ 22a Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses

(1) Das Insolvenzgericht hat einen vorläufigen Gläubigerausschuss nach § 21 Absatz 2 Nummer 1a einzusetzen, wenn der Schuldner im vorangegangenen Geschäftsjahr mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale erfüllt hat:

- 1. mindestens 2 000 000 Euro Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrags im Sinne des § 268 Absatz 3 des Handelsgesetzbuchs;*
- 2. mindestens 2 000 000 Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag;*
- 3. im Jahresdurchschnitt mindestens zehn Arbeitnehmer.*

(2) Absatz 1 ist nicht anzuwenden, wenn der Geschäftsbetrieb des Schuldners eingestellt ist, die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses im Hinblick auf die zu erwartende Insolvenzmasse unverhältnismäßig ist oder die mit der Einsetzung verbundene Verzögerung zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt.

(3) Auf Aufforderung des Gerichts hat der Schuldner Personen zu benennen, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen.

KSI-Vorschlag:

Diese „muss“- Regelung kann zu praktischen Problemen führen, wenn kein Gläubiger bereit steht, das Amt zu übernehmen. € 2 Mio. Jahresumsatz ist relativ wenig; davon wird eine Vielzahl von Unternehmen betroffen sein. Es kann andererseits durchaus sein, dass bestimmte, nicht-institutionelle Gläubiger sich auch bei (noch) kleineren Unternehmen für eine Mitwirkung im Gläubigerausschuss interessieren.

Eine gute Begründung, warum das Gericht die Einrichtung eines Gläubigerausschusses versagen sollte, ist ohnehin nicht erkennbar. Kleine Unternehmen können ausreichend Masse schaffen, um die – relativ geringen – Kosten eines Gläubigerausschusses zu tragen.

Wir raten daher von Größen-Kennzahlen insgesamt ab.

Da die Gläubiger für den Gläubigerausschuss freiwillig zur Verfügung stehen müssen, halten wir es für sinnvoller, den Gerichten aufzugeben, einen Gläubigerausschuss immer dann einzusetzen, wenn dies von den Gläubigern gewünscht und beantragt wird.

Dabei mag – wie in Frankreich – ein einzelner Gläubiger durchaus ausreichen.

Denn da der Gläubigerausschuss ohnehin keine Regelungsbefugnisse hat und auch keine Maßnahmen des Verwalters verhindern oder auslösen kann, kommt es auf eine größere Besetzung nicht an.

§ 22a könnte also heißen:

„Das Insolvenzgericht hat einen vorläufigen Gläubigerausschuss nach § 21 Absatz 2 Nummer 1a einzusetzen, wenn ein einzelner oder mehrere Gläubiger dies beantragen und übernahmebereit sind. Die Gläubiger sind durch Anhörung aufzufordern, sich entsprechend zu erklären. Das Gericht kann dafür eine Frist bestimmen, die nicht unter einer Woche liegen darf.“

Mehr ist nicht erforderlich.

Bei der Besetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses sollte die **Vertretung der § 1-Gläubiger über einen institutionalisierte Gläubigervertretung sichergestellt** werden.

s. Anlage „Österreichische Gesetze“

Erfahrungsgemäß stellt der vorläufige Insolvenzverwalter sich seinen „Es herrscht Einigkeit darüber, dass die wichtigsten Entscheidungen im Verfahren zu Beginn des vorläufigen Verfahrens getroffen werden. Bleiben die § 1-Gläubiger hier außen vor, befördert dies Misstrauen und mangelnde Kooperation im gesamten weiteren Verfahren.“

Gleichzeitig wird nur dadurch sichergestellt werden können, dass die Zielgruppen-Gläubiger auch bei der Bestellung des endgültigen Verwalters über § 56 InsO angemessen beteiligt sind.

Die Maßnahme wird die aktive Beteiligung der § 1-Gläubiger sehr befördern, die Gerichte entlasten und den reibungslosen Ablauf des weiteren Verfahrens befördern.

§ 26 Abweisung mangels Masse

(1) ...

...

(4) Zur Leistung eines Vorschusses nach Absatz 1 Satz 2 ist jede Person verpflichtet, die entgegen den Vorschriften des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts pflichtwidrig und schuldhaft keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hat. Ist

streitig, ob die Person pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt hat, so trifft sie die Beweislast. Die Zahlung des Vorschusses kann der vorläufige Insolvenzverwalter sowie jede Person verlangen, die einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat.

Wir empfehlen dringend, den letzten Satz zu streichen; der Vorschuss ist von den Gerichten aufgrund des GKG anzufordern, selbst zu titulieren und beizutreiben. Das geht am Schnellsten und Eile ist ja geboten. Alles andere ist fruchtlos und wird faktisch im Zweifel niemals zu dem gewünschten Ziel, nämlich der alsbaldigen Eröffnung des Verfahrens, führen.

Außerdem sollte ein Höchstgrenze eingeführt werden, um Privatpersonen nicht zu überfordern, und den Verwalter zu umsichtigem Handeln anzuhalten.

Diese Regelung könnte aber in § 23 GKG fruchtbar gemacht werden: § 23 GKG könnte daher folgende Ergänzung erfahren:

„(4) Die voraussichtlichen Kosten für die Durchführung des eröffneten Verfahrens schuldet jede Person, die entgegen den Vorschriften des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts pflichtwidrig und schuldhaft keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hat. Die Kostenanforderung darf € 3.500,- nicht überschreiten. Ist streitig, ob die Person pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt hat, so trifft sie die Beweislast. Der Rechtsstreit ist außerhalb des Insolvenzverfahrens vor den Zivilgerichten zu führen. Die Kosten sind im Vorschusswege einzuzahlen. Der Kostenbeschluss ist sofort vollstreckbar; die Einlegung eines Rechtsmittels hat keine aufschiebende Wirkung.“

§ 27 Eröffnungsbeschuß

(1) ...

(2) Der Eröffnungsbeschluss enthält:

1. ...

...

5. *die Gründe, aus denen das Gericht von einem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des Verwalters abgewichen ist; dabei ist der Name der vorgeschlagenen Person nicht zu nennen.*

(3) ...

Hier sollte sich der Gesetzgeber festlegen, inwieweit der richterliche Beurteilungsspielraum nachprüfbar ist.

Sätze wie „der von mir ausgewählte Verwalter kann das auch“ sind als Begründung an der Tagesordnung und eher nichtssagend.

§ 28 Aufforderungen an die Gläubiger und die Schuldner (Frist zur Forderungsanmeldung)

Abs 1 sollte wie folgt ergänzt werden:

Satz 3 wird angefügt:

„Die Gläubiger sind nach Ablauf von 12 Monaten ab Eröffnung und Zustellung der Eröffnungsentscheidung mit der Anmeldung von Forderungen ausgeschlossen. Dies gilt nicht für Forderungen, die nach erfolgter Anfechtung wieder aufleben.“

Begründung:

Die Empfehlung schränkt die Gläubiger zwar vordergründig ein; sie erleichtert aber die Vorab-Ausschüttungen an die Gläubiger, die so schneller ihre Verluste ausgleichen können.

Der zeitliche Umfang trägt dem Umstand Rechnung,

- a) dass ausländische Gläubiger erst verspätet von der Eröffnung Kenntnis erlangen, und
- b) dass Gläubiger sonst zu viele Eventual-Forderungen anmelden müssten.

Im Falle eines Insolvenzplanverfahrens, das vor Ablauf der Ausschlussfrist zur Abstimmung kommen soll, mag eine Rückstellung gebildet werden.

Den Vorschlag, die Forderungen nach Ablauf der Frist zum **Erlöschen** zu bringen, **lehnen wir dagegen ab**, weil

- a) das Erlöschen nicht erforderlich ist und
- b) akzessorische Sicherheiten vernichtet und nicht-akzessorische Sicherheiten aufgrund ihrer Sicherheitenabrede ebenfalls nicht mehr durchsetzbar sein werden, wenn die Forderung selbst, die dadurch abgesichert werden sollte, erlöschen würde.

Diese Lösung wurde in Frankreich in der Reform von 2006 aus diesem Grunde denn auch eigens aufgegeben.

§ 56 Bestellung des Insolvenzverwalters

(1) Zum Insolvenzverwalter ist eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen, die aus dem Kreis aller zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen bereiten Personen auszuwählen ist. Die Bereitschaft zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen kann auf bestimmte Verfahren beschränkt werden. *Die erforderliche Unabhängigkeit wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass die Person*

1. vom Schuldner oder von einem Gläubiger vorgeschlagen worden ist,

- damit sind wir sehr einverstanden!
In Entsprechung der Rechtsprechung des BVerfG, ... sollte aus unserer Sicht sogar klargestellt werden, dass das Ermessen des Richters auf Null reduziert ist, wenn Gläubiger und Schuldner sich auf eine Person verständigt haben, und diese Person den Auswahlkriterien für die Auswahlliste am betroffenen Gericht entspricht.

2. den Schuldner vor dem Eröffnungsantrag in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat oder

3. unter Einbindung von Schuldner und Gläubigern einen Insolvenzplan erstellt hat.

- Diese Öffnung lehnen wir grundsätzlich und ganz entschieden ab, und zwar aus folgenden Gründen:

Ziff. 2.:

Der Inhalt der Beratung ist für Außenstehende nie nachvollziehbar; der Anwalt unterliegt gemäß § 203 StGB einer strafrechtlich bewehrten Schweigepflicht, die es ihm verbietet, Einzelheiten der Beratung offen zu legen, und wenn er es tut, ist die Vollständigkeit und Richtigkeit nicht nachzuprüfen. Bei Sanierungen geht es immer und vor allem auch um Vorstandshaftung und deren Vermeidung, so dass eine Interessenkollision im Mandat und nachher im eröffneten Verfahren vorprogrammiert ist. Und: In Deutschland gibt es noch immer keine Überwachungsbehörde für Verwalter – ganz im Gegensatz zu England, wo die Idee möglicherweise herrührt.

Die Vorschrift kollidiert mit § 45 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 BRAO:

„(2) dem Rechtsanwalt ist es untersagt:

- 1. in Angelegenheiten, in denen er bereits als Rechtsanwalt gegen den Träger des zu verwaltenden Vermögens befasst war, als Insolvenzverwalter... tätig zu werden.*

2. in Angelegenheiten, mit denen er bereits als Rechtsanwalt befasst war, außerhalb seiner Anwaltstätigkeit ... beruflich tätig zu werden“

Bei Anwälten schützt die Vorschrift des § 45 BRAO die Beteiligten daher zu Recht vor einer Interessenkollision; dabei sollte es auch sein Bewenden haben.

Ziff. 3:

Es ist nie nachprüfbar, inwieweit der Verwalter vorgerichtlich die Gläubiger adäquat eingebunden und ob er Interessen ausgeglichen oder egoistische Interessen gewahrt und Fehler vertuscht hat.

Das ergibt sich immer nur aus denjenigen Informationen, die im Insolvenzplan NICHT enthalten sind.

Es erscheint uns im übrigen auch viel zu idealistisch, dass ein Verwalter im vorgerichtlichen Teil der Sanierungsverhandlungen nur als „Mediator“ agiert, ganz im Gegenteil: Er / sie wird sehr stark gestalten müssen und stets die Interessen der Geschäftsführer und Vorstände im Auge behalten müssen. Er wird ausschließlich im Auftrag des Schuldnerunternehmens tätig und hat ausschließlich dessen egoistische Interessen im Auge zu haben.

Erfahrungsgemäß gilt das auch für Insolvenzpläne, die von Verwaltern im eröffneten Verfahren gestaltet wurden. Hier ist in der Vergangenheit viel Missbrauch festgestellt worden. Dass dies ausgerechnet im vorgerichtlichen Verfahren korrekt ablaufen soll, mag vorkommen, ist eher unwahrscheinlich.

Den einen Fall vom anderen zu trennen, erscheint unrealistisch, insbesondere bei der derzeitigen sachlichen und funktionalen Zuständigkeit bei Gericht.

prepackaged plans (sog. „pre-packs“), die offenbar das Modell für diese Regelung sind, genießen in den USA und in England genau aus diesem Grunde das grundsätzliche Misstrauen der einfachen Insolvenzgläubiger.

(2) Vor der Bestellung des Verwalters ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zu geben, sich zu den Anforderungen, die an den Verwalter zu stellen sind, und zur Person des Verwalters zu äußern, soweit dies nicht offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt.

(3) Das Gericht darf von einem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des Verwalters nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist. Das Gericht hat bei der Auswahl des Verwalters die vom vorläufigen Gläubigerausschuss beschlossenen Anforderungen an die Person des Verwalters zugrunde zu legen.

(4)

Abs. 2:

„Soweit...“-Sätze sind meistens nicht justiziabel. Dieser auch nicht. Denn „*offensichtlich*“ ist in solchen Fällen meistens gar nichts. Es eröffnet nur Möglichkeiten, vom Regelfall aus unsachgemäßen Gründen abzuweichen.

Die Einschränkung greift ja auch nur bei Eilfällen. Das ist bei der Bestellung nach Ablauf des Eröffnungsverfahrens gar nicht denkbar (s. auch Begründung zum RegE, S. 26, Buchstabe b). Die Eröffnung kommt ja nur selten überraschend für das Gericht.

Diese Umstände sind im Übrigen nur „*offensichtlich*“ für Personen, die sich im Markt und in der Branche auskennen. Abhilfe kann auch insoweit nur geschaffen werden, indem die Handelsrichter der IHK's in die Entscheidungsfindung eingebunden werden.

Abs. 3:

Auf die institutionellen Gläubiger kann hier nur dann rekuriert werden, wenn die einfachen Insolvenzgläubiger sich ebenfalls institutionalisieren konnten, nämlich über die Einführung gesetzlicher Vorrechte ähnlich den Kreditschutzvereinen in Österreich. Anderenfalls greift ein Missverhältnis zu Gunsten der Partikularinteressen ein, was gerade bei der Auswahl des Insolvenzverwalters für die unbesicherten Gläubiger nicht hinnehmbar ist.

Die einschlägigen Vorschriften aus der österreichischen InsO liegen in der
Anlage „Österreichische Gesetze“

bei und sind auch in die deutsche InsO leicht einzufügen. Ein Akkreditierungsvorgang könnte ebenfalls leicht eingeführt werden, etwa beim Bundesrechnungshof oder dem Bundesamt für Justiz.

Vorschlag KSI:
§ 77 – Feststellung des Stimmrechts

Abs. 3 wird wie folgt geändert:

„Gläubiger mit Absonderungsrechten sind nur mit ihrer Ausfallforderung stimmberechtigt. Der Ausfall muss konkret beziffert werden. Solange die Absonderungsgüter nicht verwertet wurden, sind die absonderungsberechtigten Gläubiger nur stimmberechtigt, wenn sie auf ihr Absonderungsrecht verzichtet haben.“

Begründung:

Ziel aller Maßnahmen - und daher auch aller Abstimmungen - ist die bestmögliche Befriedigung der (einfachen) Insolvenzgläubiger (§ 1 InsO), mithin die Mehrung der freien Masse, die allen Gläubigern gleichermaßen als Haftungsmasse zur Verfügung steht („Insolvenzzweck“).

Die absonderungsberechtigten Gläubiger sind ausschließlich an der Realisierung ihrer Sicherungsrechte interessiert. Die Quotenausschüttung (2-5 % nach 5 – 7 Jahren) ist für sie uninteressant. Sie stimmen einer weiteren Masseschmälerung stets zu, wenn dadurch ihr Absonderungsrecht im Wert erhalten oder sogar aufgewertet wird.

Das ist in der Regel bei einer Fortführung mit dem Ziel des *asset deals* der Fall, die trotz Unterdeckung von der Gläubigerversammlung und/oder vom Gläubigerausschuss regelmäßig bewilligt wird. Der Erlös fließt meist nur den Sicherungsgläubigern zu, die Masse hat aber die Kosten der Fortführung zu tragen. Die – rechtswidrige – Zustimmung zu einer solchen Fortführung erfolgt überwiegend mit den Stimmen der Absonderungsberechtigten (und natürlich der Arbeitnehmer und der Vertreter der Arbeitsverwaltung). Der Effekt bleibt für die einfachen Insolvenzgläubiger und die Rechtspfleger meist unerkannt.

Da hier unmittelbar die Masse betroffen ist, kommt es auf das Stimmrecht der absonderungsberechtigten Gläubiger im Insolvenzverfahren nicht an.

- Wir befürworten ausdrücklich eine insolvenzrechtliche Stärkung der Sicherungsrechte, da sie die Kreditwürdigkeit der KMU's sicherstellen und daher insolvenzfest sein müssen.
- Im Insolvenzverfahren, in dem nur die freie Masse betroffen ist, sollten sie dagegen kein Stimmrecht genießen, und zwar

Die begünstigten (AN-Vertreter, Arbeitsverwaltung und Sicherungsgläubiger) sind daher vom Stimmrecht auszuschließen.

-
- Bei der Abstimmung über die Fortführung oder die Einstellung des Betriebs sollte der Verwalter verpflichtet werden, die Auswirkung der Fortführung auf die Entwicklung der Verteilungsmasse nach Abzug der Sicherungsrechte darzulegen.

§ 80 wird wie folgt ergänzt:**An Abs. 1 wird folgender Satz 2 angefügt:**

„Die Beschlagnahmewirkung greift auf den Zeitpunkt der Antragstellung zurück.“

Begründung:

Nach der EuInsVO gilt das Verfahren als maßgeblich, welches als erstes eröffnet wurde. In England und Irland greift die Beschlagnahmewirkung des Eröffnungsbeschlusses auf den Zeitpunkt der Antragstellung zurück. Daher sind die dort eröffneten Verfahren häufig die Hauptinsolvenzverfahren nach der EuInsVO (vgl. Eurofood-Entscheidung des

EuGH, Urteil vom 2. 5. 2006 - C-341/ 04:

Tenor 2:

Artikel 16 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Verordnung Nr. 1346/ 2000 ist dahin auszulegen, dass das von einem Gericht eines Mitgliedstaats eröffnete Hauptinsolvenzverfahren von den Gerichten der übrigen Mitgliedstaaten anzuerkennen ist, ohne dass diese die Zuständigkeit des Gerichts des Eröffnungsstaats überprüfen können.

Tenor 3:

„Artikel 16 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Verordnung Nr. 1346/ 2000 ist dahin auszulegen, dass die von einem Gericht eines Mitgliedstaats auf einen entsprechenden, auf die Insolvenz des Schuldners gestützten Antrag auf Eröffnung eines in Anhang A der Verordnung genannten Verfahrens hin ergangene Entscheidung eine Eröffnung eines Insolvenzverfahrens im Sinne dieser Vorschrift darstellt, wenn sie den Vermögensbeschlagnahme gegen den Schuldner zur Folge hat und durch sie ein in Anhang C der Verordnung genannter Verwalter bestellt wird. Ein solcher Vermögensbeschlagnahme bedeutet, dass der Schuldner die Befugnisse zur Verwaltung seines Vermögens verliert.“

Das möchten wir auch in Deutschland nutzen.

§ 66 Rechnungslegung

(1) Der Insolvenzverwalter hat bei der Beendigung seines Amtes einer Gläubigerversammlung Rechnung zu legen. *Der Insolvenzplan kann eine abweichende Regelung treffen.*

Diese Regelung halten wir für sehr gefährlich. Sie befördert Misstrauen.

Ein Treuhänder hat jederzeit Rechnung zu legen; wird eine Ausnahme eröffnet, finden die Verwalter sicher eine Möglichkeit, diese auch zu nutzen, notfalls im Einvernehmen mit den Mehrheitsgläubigern. Es kann dann nicht mehr überprüft werden, ob insolvenzzweckwidrige Zahlungen an diese Mehrheitsgläubiger geleistet wurden.

Die Regelung sollte wieder gestrichen werden.

§ 67 Einsetzung des Gläubigerausschusses

(1) Vor der ersten Gläubigerversammlung kann das Insolvenzgericht einen Gläubigerausschuß einsetzen.

(2) Im Gläubigerausschuß sollen die absonderungsberechtigten Gläubiger, die Insolvenzgläubiger mit den höchsten Forderungen und die Kleingläubiger vertreten sein. Dem Ausschuß soll ein Vertreter der Arbeitnehmer angehören, *wenn diese als Insolvenzgläubiger mit nicht unerheblichen Forderungen beteiligt sind.* **(Anm. 1)**

(3) Zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses können auch Personen bestellt werden, die keine Gläubiger sind. **(Anm. 2)**

Anm. 1 (Streichung des Abs. 2 Satz 2):

Arbeitnehmer, die keine Gläubigerstellung haben, verfolgen Partikularinteressen, die insolvenzzweckwidrig sein können - s. Anmerkung zu § 13.

Stimmen sie einer Betriebsschließung aus Gründen der Masseschonung zu, so haben sie Rechtfertigungszwang gegenüber der übrigen Belegschaft. Stimmen sie für die Fortführung, so haften sie mit, wenn die Entscheidung insolvenzzweckwidrig war und die Masse geschädigt wurde.

Über Beratungen zur Veräußerung oder Stilllegung des Betriebes haben sie der Belegschaft gegenüber jedenfalls Stillschweigen zu bewahren.

Um dem Dilemma zu entkommen, enthalten sie sich in der Praxis häufig der Stimme.

Andererseits ist ihre Einschätzung der Lage und ihre Einbindung in die Entscheidungsfindung sehr wertvoll.

Wir schlagen vor, die Interessenkollision herauszunehmen den Arbeitnehmern im Gläubigerausschuss und ihnen eine beratende Stellung einzuräumen, das Stimmrecht aber wie vorher davon abhängig zu machen, dass sie auch erhebliche Forderungen haben. Denn nur dann werden sie im Sinne der Masse stimmen.

Anm. 2 (Inhalt Abs. 3):

Bei der Bestellung von Personen zu Gläubigerausschussmitgliedern, die selbst nicht gläubiger sind, kommt es oft zu Missverständnissen. Manche Verwalter nutzen diese Öffnungsklausel dazu, dem Gericht Personen zu empfehlen, denen sie verpflichtet sind, etwa Angestellte der Warenkreditversicherungen, die ihnen anderweitig als Poolverwalter Aufträge erteilen.

Damit geht einher die Hoffnung, dass diese Personen ihre Maßnahmen vorbehaltlos unterstützen.

Diese Hoffnung geht nach unserer Beobachtung auf; eine Überwachung und ggf. Korrektur des Verwalterhandelns findet dadurch nicht mehr statt.

Der Satz sollte also statt dessen heißen:

„(3) Nicht-Gläubiger können nur dann zu Mitgliedern der Gläubigerausschüsse bestellt werden, wenn sie einzelne Gläubiger oder eine Gläubigergruppe vertreten und dies offen legen. Vereine können nur dann zu Mitgliedern der Gläubigerausschüsse bestellt werden, wenn ihr satzungsmäßiger Geschäftszweck ausschließlich die Vertretung der Interessen der einfachen Insolvenzgläubiger zum Inhalt hat. Bei begründeten Zweifeln kommt eine Bestellung nicht in Betracht. Die Akkreditierung durch eine vom Bundesministerium der Justiz eingerichtete Akkreditierungsstelle reicht aus.“

Diese Regelung ist geeignet, das Vertrauen der einfachen Insolvenzgläubiger in ein transparentes und faires Verfahren zu stärken.

Das Ziel, die Gläubiger besser in die Verfahren einzubeziehen, wird erreicht.

§ 35 Begriff der Insolvenzmasse (Freigabe des Betriebes)

Abs. 2 wird wie folgt geändert:

„hat der Insolvenzverwalter ihm gegenüber zu erklären“ wird ersetzt durch

„beschließt die Gläubigerversammlung, und, wenn ein solcher bestellt ist, der vorläufige oder endgültige Gläubigerausschuß, ob... In Eilfällen und zur Vermeidung von Nachteilen für die Masse darf der Verwalter mit Zustimmung des Gerichts die Freigabe erklären.“

Begründung:

Verwalter machen sich manchmal nicht gern die Mühe, einen Betrieb fortzuführen. Die Freigabe erfolgt oft genug, obwohl die selbständige Tätigkeit lukrativ ist und für die Masse Überschüsse abwirft. Deshalb sollte die Gläubigerversammlung darüber entscheiden, ob der Betrieb freizugeben ist.

Notfalls hat das Gericht die Freigabe zu überprüfen und ggf. zu bestätigen, um Nachteile von den Gläubigern abzuwenden. Auch insoweit ist die Kammer für Handelssachen die geeignete Stelle.

§ 36 Unpfändbare Gegenstände

Abs. 2 Ziff. 2

„Zur Insolvenzmasse gehören jedoch ...2. die Sachen, die nach § 811 Abs. 1 Nr. 4 und 9 der ZPO nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen.“

wird ersatzlos gestrichen.

Begründung:

§ 811 Abs. 1 Nr. 4 und 9 der ZPO betrifft die Betriebsmittel der Landwirte und Apotheker. Auch Landwirte und Apotheker können ihren Lebensunterhalt nach Restschuldbefreiung nur verdienen, wenn sie ihre Arbeitsmittel weiter nutzen können.

Die Verwertung entzieht ihnen die Existenzgrundlage und sie fallen der Allgemeinheit zur Last. Das ist nicht gewünscht.

vor Abs. 3 einfügen:

„Die zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit unbedingt erforderlichen Gegenstände unterliegen zwar der Beschlagnahme, dürfen im Rahmen einer Betriebsveräußerung vom Verwalter aber nur mit Einwilligung des Schuldners verwertet werden.“

Begründung:

Verwalter veräußern gern den gesamten Geschäftsbetrieb des Schuldners an Dritte. Ob die zur Erwerbstätigkeit des Schuldners erforderlichen Gegenstände ebenfalls veräußert werden dürfen, ist streitig. Der Schuldner kann sich häufig nicht dagegen wehren. Die Schuldner können ihren Lebensunterhalt nach Restschuldbefreiung aber nur dann weiter verdienen, wenn sie die dazu erforderlichen Arbeitsmittel weiter nutzen können.

Die Verwertung entzieht ihnen die Existenzgrundlage und sie fallen der Allgemeinheit zur Last. Das ist nicht gewünscht.

Der Absatz 3 verhindert, dass sie ihre Existenzgrundlage verlieren; sie können sich selbst unterhalten und fallen der Allgemeinheit nicht zur Last.

Eine solche Rechtsgüterabwägung wird von den Gläubigern geteilt.

Änderungen im Anfechtungsrecht

§ 140 InsO

§ 140 InsO wird wie folgt ergänzt:

„Dies gilt nicht für Forderungen, die vorausabgetreten sind, wenn zum Zeitpunkt der Vorausabtretung ein Anfechtungsgrund nicht erkennbar war.“

Begründung:

Die KMU's finanzieren sich gegen Sicherheitsleistung, zum größten Teil gegen dingliche Abtretung von künftig aus dem Geschäftsbetrieb entstehenden Forderungen (Globalzessionen). Es handelt sich also um revolvingende Sicherheiten. Sie geben dem Kreditnehmer die erforderliche Freiheit, die Forderungen jeweils selbst einzuziehen und über sie zu verfügen. UNCITRAL hat in seinem Legislative Guide erkannt, dass solche Sicherheiten unbedingt insolvenzfest sein müssen, damit die KMU weiterhin bezahlbare Kredite bekommen können und am Markt operieren können.

Derzeit gelten solche Globalzessionen aber als anfechtbar, weil die abgetretenen Forderungen jeweils erst 30 – 60 Tage vor Antragstellung entstanden sind, und daher von § 140 erfaßt werden.

Unanfechtbarkeit von (Alt-)Lohnzahlungen u.a.:

s. Anhang „Anfechtungsrecht“

Änderungen weiterer Verfahrensvorschriften

§ 154 Niederlegung in der Geschäftsstelle

§ 154 InsO wird wie folgt geändert:

„Das Verzeichnis der Massegegenstände, das Gläubigerverzeichnis und die Vermögensübersicht sind ~~spätestens eine Woche vor dem Berichtstermin in der Geschäftsstelle zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen~~ unverzüglich nach der Eröffnung des Verfahrens vorzulegen. Auf Antrag eines Gläubigers, der mit der Forderungsanmeldung verbunden werden kann, hat der Verwalter die Verzeichnisse auf Datenträger oder auf elektronischem Wege an den antragstellenden Gläubiger zu übermitteln.“

Begründung:

In vielen Fällen liegen die Verzeichnisse bei der Geschäftsstelle nicht aus. Die Rechtsfolgen sind unklar.

Es ist den Gläubigern auch nicht zuzumuten, zu Gericht zu reisen, um die Akten zu kopieren; die Geschäftsstellen selber sind nicht in der Lage, die Kopien rechtzeitig herzustellen und zu versenden.

Die Einsichtnahme ist also erschwert bis unmöglich, der gesetzgeberische Zweck wird nicht erreicht.

Die Übermittlung auf elektronischem Wege oder auf Datenträger belastet die Verwalter nicht unbotmäßig.

Auch hier können aber die Kreditschutzvereine Abhilfe schaffen, wenn sie zur Akteneinsicht zugelassen, d.h. Verfahrensbeteiligte sind.

§ 208 Anzeige der Masseunzulänglichkeit

in Abs. 2 einzufügen als Satz 2:

„Die Masseunzulänglichkeit ist vom Verwalter in geeigneter Form zu belegen.“

Begründung:

Die Verwalter zeigen Masseunzulänglichkeit häufig nur vorsorglich an, um ihre Vergütungsansprüche zu sichern. Sie führen daraufhin Prozesse ohne beim Unterliegen die Kosten aus der Masse zu erstatten. Das sorgt häufig für Verärgerung der KMU, die den Prozess gewonnen haben und nun auf den Kosten sitzen bleiben.

Da der IX. Zivilsenat des BGH auch noch von der eindeutigen Vorschrift des § 210 InsO abweicht und Zwangsvollstreckungen in die Masse für unzulässig erklärt hat, sind die Gläubiger darauf angewiesen, dass das Vorliegen der Masseunzulänglichkeit nachprüfbar wird.

Der Verwalter wird dadurch nicht unangemessen belastet.

Sechster Teil. Insolvenzplanverfahren

§ 210a Insolvenzplan bei Masseunzulänglichkeit

Bei Anzeige der Masseunzulänglichkeit gelten die Vorschriften über den Insolvenzplan mit der Maßgabe, dass

- 1. an die Stelle der nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger die Massegläubiger mit dem Rang des § 209 Absatz 1 Nummer 3 treten und*
- 2. für die nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger § 246 Nummer 2 entsprechend gilt.*

Wir gehen davon aus, dass das Verfahren bei Masseunzulänglichkeit grundsätzlich ins Liquidationsstadium übergeleitet werden muss. Gerade bei unvorhergesehenen Belastungen der Masse aufgrund von Umweltereignissen (s. Begründung RegE) ist nicht ersichtlich, wie diese Belastungen im Wege eines Insolvenzplans abzubauen wären.

Ein Insolvenzplanverfahren kommt dann überhaupt nur in Betracht,

- a) wenn der Betrieb liquide bleibt, was anhand einer Liquiditätsplanung nachzuweisen ist, und
- b) wenn die Gläubiger einverstanden sind.

Es ist deshalb auf jeden Fall eine Gläubigerversammlung einzuberufen, die über die wirtschaftliche Lage korrekt unterrichtet wird und dann entscheidet, ob sie die Liquidation bevorzugt oder die Risiken einer Fortführung des Betriebes tragen will.

Die einfachen Insolvenzgläubiger können dabei wiederum durch Vereine vertreten werden, damit das Abstimmungsverfahren zügig und fachkundig erfolgen kann. Die Befassung der Kammern für Handelssachen ist dabei wiederum unentbehrlich.

Vorsorglich sollte zumindest eine Frist ähnlich der des § 270b Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs gesetzt werden.

§ 225a Rechte der Anteilshaber

(1) Die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen bleiben vom Insolvenzplan unberührt, es sei denn, dass der Plan etwas anderes bestimmt.

(2) Im gestaltenden Teil des Plans kann vorgesehen werden, dass Forderungen von Gläubigern in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte am Schuldner umgewandelt werden. Eine Umwandlung gegen den Willen der betroffenen Gläubiger ist ausgeschlossen. Insbesondere kann der Plan eine Kapitalherabsetzung oder -erhöhung, die Leistung von Sacheinlagen, den Ausschluss von Bezugsrechten oder die Zahlung von Abfindungen an ausscheidende Anteilshaber vorsehen.

(3) Im Plan kann jede Regelung getroffen werden, die gesellschaftsrechtlich zulässig ist, insbesondere die Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft oder die Übertragung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten.

Anm. KSI:

Die Enteignung von Unternehmern gegen ihren Willen im Rahmen einer Sanierung gefährdet die frühe Antragstellung und befördert die Tendenz der Abwanderung ins Ausland.

Im Einzelnen:

8. In keiner Jurisdiktion ist eine Zwangs-Enteignung der Anteilseigner im Insolvenzverfahren vorgesehen, auch nicht in England (Die Prüfung der Rechtslage in USA steht allerdings noch aus).
9. Die zwangsweise Enteignung der Inhaber der Unternehmen wird vor allem die Mittelständischen Familienunternehmen in Form einer Kapitalgesellschaft noch weiter abschrecken, einen Insolvenzantrag zu stellen, als bisher. Denn die Berater werden sie vor dieser Gefahr warnen müssen.
10. Die Abwanderung ins Ausland wird noch stärker erfolgen, und zwar nicht nur nach England, sondern vor allem nach *Österreich, Frankreich und Belgien*, die alle inzwischen ein gut funktionierendes Sanierungsverfahren entwickelt haben, ohne eine Enteignung einzuplanen. Das spricht sich herum.
11. Das Schutzschirm-Verfahren nach § 270b InsO-E wird durch die Gefahr der späteren Enteignung in einem Anschluß-Insolvenzverfahren ebenfalls unattraktiv.
12. Ein debt-to-equity-swap wird in der Praxis nur vereinzelt von Gläubigern gewünscht, etwa von Hauptzulieferern. Es reicht daher, ihn als Möglichkeit zur

außergerichtlichen Sanierung zur Verfügung zu stellen. Dafür ist er aber gar nicht vorgesehen.

Dabei mag zwischen Publikumsgesellschaften und personalistisch organisierten Gesellschaften unterschieden werden.

Das Gesetz lässt darüber hinaus grobe handwerkliche Fehler erkennen, die es zu einem Misserfolg führen werden:

13. Notwendige Klarstellungen zum **Wert der Umwandlung in Eigenkapital** fehlen; dadurch gilt die derzeitige Rechtsprechung zur verdeckten Sacheinlage weiter (Bewertung zum tatsächlichen Wert mit Nachschussverpflichtung der Gläubiger). Entschließt man sich, den Wert festzusetzen, so sind vorher die Auswirkungen auf die Kapitalerhaltungsmaxime abzuwägen. Denn die Umwandlung zum nominalwert oder eines Teils, der nicht dem tatsächlichen Wert entspricht, bedeutet den Anfang vom Ende der Kapitalerhaltungsgrundsätze des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts.

Unsicherheiten über den Wert der Umwandlung und die Gefahr von Nachzahlungen machen das Instrument einstweilen vollständig unbrauchbar.

Eine **Umwandlung zum Nominalwert lockt Schnäppchenjäger** an, die Forderungen zu 10 % aufkaufen und sodann zum Nennwert umwandeln können.

So können sich Konkurrenten die Lizenzen und Patente eines Unternehmens einverleiben und das Schuldnerunternehmen anschließend liquidieren.

14. Der Entwurf lässt die Frage offen, ob **steuerliche Verlustverrechnungen bei Umwandlungen** für den aufnehmenden Rechtsträger erhalten bleiben, auch wenn der Gesellschafterkreis vor Ablauf von 10 Jahren nach der Umwandlung durch ein § 225a-Verfahren verändert wird. Das könnte zu existenzbedrohlichen Steuernachforderungen führen.

Bleiben die Fragen 6. bis 7. ungeklärt, wird kein Gläubiger die Umwandlung nutzen, denn Kapital ist bekanntlich risikoscheu.

Wenn Gläubiger am künftigen Gewinn beteiligt werden möchten, kann man das auch heute schon über Verzichtverträge mit Besserungsscheinen vorsehen. Das wird auch gemacht.

Rettungsvorschläge:

5. Der debt-to-equity-swap braucht grds. nur als Möglichkeit zur Verfügung gestellt zu werden, damit die Familienunternehmer sich ihren strategischen Partner aussuchen können, wenn sie das möchten. In aller Regel brauchen sie einen finanzstarken Partner und müssen und wollen diesen auch beteiligen. Sie müssen aber unbedingt vor „Plünderern“ geschützt werden, sonst gehen sie nicht in das Verfahren hinein.
6. Der debt-to-equity-swap sollte – wenn man ihn denn für unverzichtbar hält – unbedingt auch für außergerichtliche Sanierungen und in dem Rettungsverfahren nach § 270b InsO-E zur Verfügung stehen.
7. Der Wert der umgewandelten Forderung ist zwingend festzulegen; hier sind Sachverständige zu konsultieren, die die Kollateralschäden im Gesellschafts- und Steuerrecht beurteilen können.
8. Die steuerlichen Auswirkungen im Umwandlungssteuerrecht sind zwingend festzulegen.

Formulierungsvorschläge:

§ 225a Abs. 2 Satz 2 InsO-E sollte daher wie folgt geändert / ergänzt werden:

"Eine Umwandlung gegen den Willen der betroffenen Gläubiger **und der betroffenen Anteilseigner** ist ausgeschlossen."

und an **Satz 1** müsste angefügt werden:

"Dem Plan ist die Zustimmung der betroffenen Anteilseigner beizufügen."

Der Plan kann dann auch durchgeführt werden, wenn nur ein einzelner Anteilseigner seine Anteile abgeben möchte. Es müssen dann nicht alle übrigen zustimmen, denn das gelingt oft nicht. Diese "Kröte" müssen die übrigen dann schlucken, aber sie kommt ja aus dem Kreis der Gesellschafter selbst. Das Problem taucht bei vinkulierten Namensaktien und bei GmbH- und KG-Anteilen auf.

Für die Publikums-Gesellschaft müsste man das Verfahren evtl. auch ohne Zustimmung der Anteilseigner eröffnen. Darüber und über eine entsprechende Formulierung müssen Gesellschaftsrechtler befragt werden.

In einem **Satz 4** sollte der Gesetzgeber anfügen:

"Dasselbe gilt für Vergleiche, die in dem Rettungs-Verfahren nach § 270b InsO geschlossen werden."

In einem **Absatz 4** könnte z.B. angefügt werden:

"Die Umwandlung erfolgt in Höhe von maximal 20 % des Nominalwertes der Forderung, es sei denn eine Bewertung ergibt tatsächlich einen höheren Wert."
(Das verprellt Schnäppchenjäger, die Forderungen zu 20 % ankaufen, aber zum Nominalwert umwandeln möchten, und entspricht den Kapitalerhaltungsregeln am Ehesten, wie ich finde)

und:

"Die Umwandlung nach diesen Vorschriften ist kein Inhaberwechsel im Sinne des UmwStG (muss noch genauer formuliert werden.)" Grund: sonst drohen erhebliche Steuernachzahlungen, wenn das Schuldnerunternehmen ein paar Jahre zuvor umgewandelt worden war und der aufnehmende Rechtsträger Verlustvorträge genutzt hatte.

§229 Vermögensübersicht. Ergebnis- und Finanzplan

Sollen die Gläubiger aus den Erträgen des vom Schuldner oder von einem Dritten fortgeführten Unternehmens befriedigt werden, so ist dem Insolvenzplan eine Vermögensübersicht beizufügen, in der die Vermögensgegenstände und die Verbindlichkeiten, die sich bei einem Wirksamwerden des Plans gegenüberstünden, mit ihren Werten aufgeführt werden. Ergänzend ist darzustellen, welche Aufwendungen und Erträge für den Zeitraum, während dessen die Gläubiger befriedigt werden sollen, zu erwarten sind und durch welche Abfolge von Einnahmen und Ausgaben die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens während dieses Zeitraums gewährleistet werden soll. *Dabei sind auch die Gläubiger zu berücksichtigen, die zwar ihre Forderungen nicht angemeldet haben, jedoch bei der Ausarbeitung des Plans bekannt sind.*

Hier plädieren wir für die Einführung einer Ausschlussfrist für die Anmeldung von Forderungen. Dadurch wird gewährleistet, dass der Plan aufgestellt werden kann.

s. Anmerkungen zu § 259b InsO-E

§230 Weitere Anlagen

(1) Ist im Insolvenzplan vorgesehen, daß der Schuldner sein Unternehmen fortführt, und ist der Schuldner eine natürliche Person, so ist dem Plan die Erklärung des Schuldners beizufügen, daß er zur Fortführung des Unternehmens auf der Grundlage des Plans bereit ist. Ist der Schuldner eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, so ist dem Plan eine entsprechende Erklärung ~~der persönlich haftenden Gesellschafter beizufügen~~ *der Personen beizufügen, die nach dem Plan persönlich haftende Gesellschafter des Unternehmens sein sollen.* Die Erklärung des Schuldners nach Satz 1 ist nicht erforderlich, wenn dieser selbst den Plan vorlegt.

(2) Sollen Gläubiger Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte oder Beteiligungen an einer juristischen Person, einem nicht rechtsfähigen Verein oder einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit übernehmen, so ist dem Plan die zustimmende Erklärung eines jeden dieser Gläubiger beizufügen.

(3) Hat ein Dritter für den Fall der Bestätigung des Plans Verpflichtungen gegenüber den Gläubigern übernommen, so ist dem Plan die Erklärung des Dritten beizufügen.

§231 Zurückweisung des Plans

(1) Das Insolvenzgericht weist den Insolvenzplan von Amts wegen zurück,

1. wenn die Vorschriften über das Recht zur Vorlage und den Inhalt des Plans, *insbesondere zur Bildung von Gruppen*, nicht beachtet sind und der

-
- Vorlegende den Mangel nicht beheben kann oder innerhalb einer angemessenen, vom Gericht gesetzten Frist nicht behebt,
2. wenn ein vom Schuldner vorgelegter Plan offensichtlich keine Aussicht auf Annahme durch die *Gläubiger Beteiligten* oder auf Bestätigung durch das Gericht hat oder
 3. wenn die Ansprüche, die den Beteiligten nach dem gestaltenden Teil eines vom Schuldner vorgelegten Plans zustehen, offensichtlich nicht erfüllt werden können.

hier ist einzufügen:

4. wenn der Plan keinen vollstreckbaren Inhalt hat.

Die Entscheidung des Gerichts soll innerhalb von zwei Wochen nach Vorlage des Plans erfolgen

Wir benötigen eine zwingende Frist. Wenn das Verfahren bei den KfH's geführt wird, mag eine „Soll“-Vorschrift ausreichen; bleibt es bei den Amtsgerichten, so ist festzustellen, dass Pläne bis zu 1 Jahr liegen bleiben. Eine Soll-Vorschrift hilft dabei nicht.

(2) Hatte der Schuldner in dem Insolvenzverfahren bereits einen Plan vorgelegt, der von den *Gläubigern Beteiligten* abgelehnt, vom Gericht nicht bestätigt oder vom Schuldner nach der öffentlichen Bekanntmachung des Erörterungstermins zurückgezogen worden ist, so hat das Gericht einen neuen Plan des Schuldners zurückzuweisen, wenn der Insolvenzverwalter mit Zustimmung des Gläubigerausschusses, wenn ein solcher bestellt ist, die Zurückweisung beantragt.

(3) Gegen den Beschluß, durch den der Plan zurückgewiesen wird, steht dem Vorlegenden die sofortige Beschwerde zu.

§235 Erörterungs- und Abstimmungstermin

(1) Das Insolvenzgericht bestimmt einen Termin, in dem der Insolvenzplan und das Stimmrecht der *Gläubiger Beteiligten* erörtert werden und anschließend über den Plan abgestimmt wird (Erörterungs- und Abstimmungstermin). Der Termin soll nicht über einen Monat hinaus angesetzt werden. *Er kann gleichzeitig mit der Einholung der Stellungnahmen nach § 232 anberaumt werden.*

(2) Der Erörterungs- und Abstimmungstermin ist öffentlich bekanntzumachen. Dabei ist darauf hinzuweisen, daß der Plan und die eingegangenen Stellungnahmen in der Geschäftsstelle eingesehen werden können. § 74 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend.

Anm. KSI:

Die öffentliche Bekanntmachung reicht nicht aus, um die Gläubiger zu informieren, weil sie über mehrere Jahre täglich aktiv einsehen müssen, um nichts zu verpassen. Das ist nicht zumutbar.

Es ist eine push-info erforderlich, die die Gläubiger auf die Einstellung der Nachricht aufmerksam macht und auch darauf, dass die Veröffentlichung Termine enthält und Fristen auslöst. Diese Information kann durch den Verwalter per E-Mail erfolgen. Sie belastet die Verwalter und die Masse nicht.

Sie ist insbesondere bei Verfahren mit ausländischen Gläubigern unverzichtbar.

(3) Die Insolvenzgläubiger, die Forderungen angemeldet haben, die absonderungsberechtigten Gläubiger, der Insolvenzverwalter, der Schuldner, der Betriebsrat und der Sprecherausschuß der leitenden Angestellten sind besonders zu laden. Mit der Ladung ist ein Abdruck des Plans oder eine Zusammenfassung seines wesentlichen Inhalts, die der Vorlegende auf Aufforderung einzureichen hat, zu übersenden. *Sind die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen in den Plan einbezogen, so sind auch diese Personen gemäß den Sätzen 1 und 2 zu laden; dies gilt nicht für Aktionäre oder Kommanditaktionäre. Für börsennotierte Gesellschaften findet § 121 Absatz 4a des Aktiengesetzes entsprechende Anwendung; sie haben eine Zusammenfassung des wesentlichen Inhalts des Plans über ihre Internetseite zugänglich zu machen.*

§ 259b Besondere Verjährungsfrist

(1) Die Forderung eines Insolvenzgläubigers, die nicht bis zum Abstimmungstermin angemeldet worden ist, verjährt in einem Jahr.

(2) Die Verjährungsfrist beginnt, wenn die Forderung fällig und der Beschluss rechtskräftig ist, durch den der Insolvenzplan bestätigt wurde.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind nur anzuwenden, wenn dadurch die Verjährung einer Forderung früher vollendet wird als bei Anwendung der ansonsten geltenden Verjährungsvorschriften.

(4) Die Verjährung einer Forderung eines Insolvenzgläubigers ist gehemmt, solange wegen Vollstreckungsschutzes nach § 259a nicht vollstreckt werden darf. Die Hemmung endet drei Monate nach Beendigung des Vollstreckungsschutzes.

siehe Anm. zu § 28

Siebter Teil. Eigenverwaltung

§ 270 Voraussetzungen

(1) Der Schuldner ist berechtigt, unter der Aufsicht eines Sachwalters die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie zu verfügen, wenn das Insolvenzgericht in dem Beschluß über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Eigenverwaltung anordnet. Für das Verfahren gelten die allgemeinen Vorschriften, soweit in diesem Teil nichts anderes bestimmt ist.

(2) Die Anordnung setzt voraus,

1. daß sie vom Schuldner beantragt worden ist *und*

~~2. wenn der Eröffnungsantrag von einem Gläubiger gestellt worden ist, daß der Gläubiger dem Antrag des Schuldners zugestimmt hat und~~

~~3. 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.~~

2. dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird.

~~(3) Im Falle des Absatzes 1 wird anstelle des Insolvenzverwalters ein Sachwalter bestellt. Die Forderungen der Insolvenzgläubiger sind beim Sachwalter anzumelden. Die §§ 32 und 33 sind nicht anzuwenden.~~

~~(3) Vor der Entscheidung über den Antrag ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zur Äußerung zu geben, wenn dies nicht offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners führt. Wird der Antrag von einem einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses unterstützt, so gilt die Anordnung nicht als nachteilig für die Gläubiger.~~

~~(4) Wird der Antrag abgelehnt, so ist die Ablehnung schriftlich zu begründen; § 27 Absatz 2 Nummer 5 gilt entsprechend.~~

§ 270a Eröffnungsverfahren

*(1) Ist der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos, so **soll** das Gericht im Eröffnungsverfahren davon absehen,*

- 1. dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen oder*
- 2. anzuordnen, dass alle Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind.*

Anstelle des vorläufigen Insolvenzverwalters wird in diesem Fall ein vorläufiger Sachwalter bestellt, auf den die §§ 274 und 275 entsprechend anzuwenden sind.

(2) Hat der Schuldner den Eröffnungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt und die Eigenverwaltung beantragt, sieht das Gericht jedoch die Voraussetzungen der Eigenverwaltung als nicht gegeben an, so hat es seine Bedenken dem Schuldner mitzuteilen und diesem Gelegenheit zu geben, den Eröffnungsantrag vor der Entscheidung über die Eröffnung zurückzunehmen.

§ 270b Vorbereitung einer Sanierung

(1) Hat der Schuldner den Eröffnungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gestellt und die Eigenverwaltung beantragt und ist die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos, so bestimmt das Insolvenzgericht auf Antrag des Schuldners eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans. Die Frist darf höchstens drei Monate betragen. Der Schuldner hat mit dem Antrag eine mit Gründen versehene Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorzulegen, aus der sich ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.

(2) In dem Beschluss nach Absatz 1 bestellt das Gericht einen vorläufigen Sachwalter nach § 270a Absatz 1. Das Gericht kann von dem Vorschlag des Schuldners nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person offensichtlich für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist; dies ist vom Gericht zu begründen. Das Gericht kann vorläufige Maßnahmen nach § 21 Absatz 1 und 2 Nummer 1a, 3 bis 5 anordnen; es hat Maßnahmen nach § 21 Absatz 2 Nummer 3 anzuordnen, wenn der Schuldner dies beantragt.

(3) Das Gericht hebt die Anordnung nach Absatz 1 vor Ablauf der Frist auf, wenn

- 1. Zahlungsunfähigkeit eintritt;*
- 2. die angestrebte Sanierung aussichtslos geworden ist;*
- 3. der vorläufige Gläubigerausschuss die Aufhebung beantragt oder*
- 4. ein absonderungsberechtigter Gläubiger oder ein Insolvenzgläubiger die Aufhebung beantragt und Umstände bekannt werden, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird; der Antrag ist nur zulässig, wenn kein vorläufiger Gläubigerausschuss bestellt ist und die Umstände vom Antragsteller glaubhaft gemacht werden.*

Der Schuldner oder der vorläufige Sachwalter haben dem Gericht den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit unverzüglich anzuzeigen. Nach Aufhebung der Anordnung oder nach Ablauf der Frist entscheidet das Gericht über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens

§ 270 b InsO-E

Die Einführung eines Schutzschirm-Verfahrens ohne Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist notwendig und richtig, um die internationale Konkurrenzfähigkeit des deutschen Insolvenzverfahrens zu befördern.

Wir stimmen dem aus Gläubigersicht explizit zu.

Die Ausgestaltung halten wir jedoch nur dann für erfolgversprechend, wenn es **auch für bereits zahlungsunfähige Unternehmen geöffnet** wird, die aber ihre laufenden betriebsnotwendigen Kosten bezahlen können. Anderenfalls wird es wiederum eine *quantité négligeable* bleiben, die das Verfahren in Anspruch nimmt. In England, Frankreich, Belgien und Österreich sind die vergleichbaren Verfahren jedenfalls **gerade für zahlungsunfähige Unternehmen** gedacht und können **auch von drohend zahlungsunfähigen Unternehmen** in Anspruch genommen werden.

Daher ist die Konkurrenzfähigkeit als Ziel der Reform noch nicht erreicht.

Wir glauben auch, dass die Gläubiger sich dem **Verfahren** verschließen werden, weil das Vertrauen in ein Verfahren, das **allein in Schuldner-Regie** geführt wird und ohne Aufsicht bleibt, sehr gering sein wird.

Wir schlagen daher eine geringfügige konzeptionelle Änderung entlang dem SEHR erfolgreichen Österreichischen bzw. Französischen Verfahren vor, und zwar wie folgt:

- Statt Eröffnungsantrag sollte ein **"Antrag auf Einleitung eines Sanierungsverfahrens"** vorgesehen werden. Das Verfahren sollte in die Obhut der **IHK's** gelegt werden, die regional übergreifend bereits seit langem über die einschlägige Institution **"Runder Tisch"** verfügen. Die Strukturen sind dort bereits vorhanden. Die Finanzierung erfolgt durch verfahrensbezogene Gebühren, die der Schuldner zahlt (also aus der Masse zu erheben sind). Das Verfahren wird im Übrigen **von der KfW mit finanziert**.
- Das Verfahren muss unbedingt und **GERADE** auch zahlungsunfähigen Unternehmen eröffnet werden (idem in Österreich + Frankreich). Die Zahlungsmittel für die lfd. Betriebskosten der nächsten 3 Monate und für das Verfahren selbst müssen jedoch vorhanden sein.
- Es muss klargelegt werden, dass die Lohn- und Lohnnebenkosten können nach den Regeln über das **Insolvenzgeld** gezahlt werden, das entsprechend vorfinanziert werden kann.
- Das Verfahren beruht auf Freiwilligkeit auch seitens der Gläubiger. Die **IHK's** werden ein Moratorium vorlegen. Wir empfehlen, nur einen Vollstreckungsschutz auszusprechen und die Fälligkeit der (Alt-)Forderungen zu suspendieren.

-
- Das Gericht bestellt auf Vorschlag der IHK einen vorläufigen Sachwalter, den die IHK's aus dem Kreis ihrer Sachverständigen benennen kann.
 - Die zeitliche Befristung auf 3 Monate bleibt, kann aber auf Antrag der IHK verlängert werden, wenn die notwendige Liquidität da ist.
 - Das Verfahren wird bei den IHK's in einem best-practice-Verfahren standardisiert, die dort ausgehandelten Vergleiche werden vom Landgericht, KfH, tituliert.
 - **Streitige Forderungen** werden im Bestreitensfalle und auf Antrag und auf Kosten der Gläubiger von den KfH's in einem Eilverfahren dem Grunde und der Höhe nach auf Plausibilität geprüft. Für das Stimmrecht kann eine Quote festgesetzt werden. Hier könnte der Sachwalter ein Votum abgeben (das entspricht dem derzeitigen Verfahren bei Eigenverwaltung). Anderenfalls müsste man im Plan Rückstellungen bilden und die Forderungen in einem ordentlichen Feststellungsrechtsstreit durchprüfen lassen. Das geht auch.
 - Bei der Abstimmung herrscht **Einstimmigkeitsprinzip**. Die Zustimmung obstruktiver Gläubiger kann vom Landgericht, KfH, in einem Eilverfahren ersetzt werden, wenn dies erforderlich ist.
 - Die Gläubiger können sich durch Vereine vertreten lassen, die satzungsgemäß keine Gewinne machen dürfen und den Schutz von Gläubigern als Satzungszweck haben (Akkreditierung durch IHK's?)
 - **strafrechtliche Privilegierung** Gegen Unternehmer / Geschäftsführer / Vorstände, die diesen Weg in zulässiger Weise beschritten haben, darf nicht mehr wegen Insolvenzverschleppung ermittelt werden; eine persönliche und strafrechtliche Haftung der Organe wegen Insolvenzverschleppung ist ausgeschlossen, auch wenn sich ein Liquidationsverfahren anschließt (französisches Modell – zieht die Unternehmen in der Krise magisch an!)

Im Falle eines Anschluss-Insolvenzverfahrens:

- Der Sachwalter / der Sachverständige der IHK attestiert den Zeitpunkt des Eintritts der materiellen Insolvenz. Dagegen ist auf Antrag des Schuldners und jedes Gläubigers Rechtsmittel zu den Landgerichten, KfH, eröffnet.
- **anfechtungsrechtliche Privilegierung** Zahlungen, die aufgrund des Vergleiches an Gläubiger gezahlt wurden, sind nicht anfechtbar. Dasselbe gilt für Sicherheiten, die zur Finanzierung des Unternehmens während des Verfahrens neu begeben oder revolviert wurden (damit haben die Franzosen und die Australier großen Erfolg bei den Gläubigern. Die machen mit!)
- Der Anknüpfungzeitpunkt für Anfechtungen nach der InsO wird auf den Eingang des Antrags auf Eröffnung des Sanierungsverfahrens bei der IHK festgelegt.

Nur durch diese konzeptionelle Änderung ist das deutsche Verfahren gegenüber dem neuen österreichischen Verfahren, das offenbar sehr gut genutzt wird, konkurrenzfähig. Eine Abwanderung kann vermieden werden.

Die Kosten für die Justiz werden abgewendet; der Personalaufwand entsteht bei den IHK's, die in den KfH's auch die Beisitzenden Richter ehrenamtlich stellen. Die Gebühren können dort ein eigener Verantwortung festgelegt werden.

Sanierung auch für Freiberufler

nach § 270c wird folgender § 270d eingefügt:

§ 270d

„Die Berufszulassung oder sonstige besondere behördliche Erlaubnisse zur Ausübung eines Gewerbes dürfen dem Schuldner nicht deshalb entzogen werden, weil über sein Vermögen die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragt oder ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Die Vermögensverhältnisse gelten in diesem Fall vielmehr (wieder) als geordnet. Dies gilt auch nach der Freigabe seines Betriebs nach § 35 Abs. 2 fort.“

Begründung:

Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist für Apotheker, Steuerberater und Rechtsanwälte immer noch ein Grund, die **Berufszulassung zu entziehen**, weil die Vermögensverhältnisse angeblich sodann ungeordnet sind. Das ist bemerkenswert, zumal die Vermögensverhältnisse ja durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens meist erstmalig wieder geordnet sind. Eine Gefährdung der Mandanten eines Rechtsanwalts ist weitgehend ausgeschlossen, da er keine Alt-Gläubiger mehr zu befriedigen hat und bei Eröffnung des Verfahrens deshalb gerade nicht mehr in der Versuchung ist, Fremdgelder dafür aufzuwenden und überhöhte Gebühren zu kassieren. Außerdem wacht der Verwalter über die Einnahmen und Ausgaben.

Die **Sanierung dieser Berufsträger** wird durch die Entziehung der Berufszulassung **ernsthaft gefährdet**, wenn nicht unmöglich gemacht. Sie fallen der Öffentlichkeit zur Last. Das ist nicht erwünscht.

Unklarheiten und eine uneinheitliche Rechtsprechung verunsichern den Schuldner und **hindern ihn an einer frühzeitigen Antragstellung**.

Durch die Klarstellung in der InsO wird

- die Quotenerwartung der Gläubiger daher erhöht,
- zudem wird die Sanierung ermöglicht und
- eine frühzeitige Antragstellung wird befördert.

Die Einführung des § 270d ist deshalb zielführend im Sinne der InsO und des Reformgesetzes.

Beispiele:

-
- Gem. §§ 5, 7 ApothekerG
ist die umfassende Eigenverantwortlichkeit der Apothekerin, des Apothekers für die Betriebserlaubnis erforderlich

(bestätigt durch: OVG Berlin, ZVI 2004, 620)
 - Gem. § 14 II Nr. 7 und § 55 BRAO
reicht die abstrakte Gefährdung der Mandanteninteressen für den Widerruf der Zulassung bereits aus!

Zwar haben der BGH, ZVI 2004, 247 und das BVerfG, ZVI 2004, 297 bestätigt, dass der Widerruf der Zulassung bei geordneten Vermögensverhältnissen in der Insolvenz unterbleiben kann, jedoch wird dies in der Gerichtspraxis bisher nur dann bejaht, wenn der Rechtsanwalt / die Rechtsanwältin in einem Angestelltenverhältnis arbeitet. Das wird vielen nicht gelingen.
 - gegen die Gewerbeuntersagung bei Freigabe des Betriebes gem. § 35 Abs. 2 InsO nun z.B.: VG Trier, Urt. v. 14.4.2010 – 5 K 11/10, VerbraucherInsolvenz aktuell, Heft 7/2010, 55 ff. m. zusti. Anm. Vallender

§ 337 Arbeitsverhältnis

Die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf ein Arbeitsverhältnis unterliegen dem Recht, das nach dem ~~Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (ABl. L 177 vom 4.7.2008, S. 6)~~ für das Arbeitsverhältnis maßgebend ist.

Im Sinne der Arbeitnehmer sollte eine Günstigkeitsklausel eingeführt werden, d.h. dasjenige Recht ist anzuwenden, das für den AN günstiger ist, entweder das Insolvenzarbeitsrecht des Eröffnungsstaates oder das des Vertragsstaates.

Das ist besonders wichtig z.B. für das Insolvenzgeld, das in den EU-Mitgliedstaaten in unterschiedlicher Höhe und für unterschiedliche Zeiträume gewährt wird.

Ein Deutscher AN kann z.B. einen Arbeitsvertrag nach englischem Recht haben, das Insolvenzverfahren wird aber in Deutschland eröffnet. Dann wäre das deutsche Insolvenzgeld für ihn günstiger.

Die Vorschrift ist mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften über die Gewährung von Insolvenzgeld abzustimmen.

§ 348 Zuständiges Insolvenzgericht. *Zusammenarbeit der Insolvenzgerichte*

(1) Für die Entscheidungen nach den §§ 344 bis 346 ist ausschließlich das Insolvenzgericht zuständig, in dessen Bezirk die Niederlassung oder, wenn eine Niederlassung fehlt, Vermögen des Schuldners belegen ist. § 3 Abs. 2 gilt entsprechend.

(2) Sind die Voraussetzungen für die Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens gegeben, so **hat** das Insolvenzgericht mit dem ausländischen Insolvenzgericht **zusammenzuarbeiten**, insbesondere Informationen weiter**zugeben**, die für das ausländische Verfahren von Bedeutung sind.

(3)

(4) Die Länder können vereinbaren, dass die Entscheidungen nach den §§ 344 bis 346 für mehrere Länder den Gerichten eines Landes zugewiesen werden. Geht ein Antrag nach den §§ 344 bis 346 bei einem unzuständigen Gericht ein, so leitet dieses den Antrag unverzüglich an das zuständige Gericht weiter und unterrichtet hierüber den Antragsteller.

Gelöscht: *kann*

Formatiert: Schriftart: Fett,
Schriftartfarbe: Blau

II. Art. 4 - Änderungen des GVG

Dem § 22 Absatz 6 des Gerichtsverfassungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (BGBl. I S. 1077), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2474) geändert worden ist, werden die folgenden Sätze angefügt:

„Richter in Insolvenzsachen sollen über belegbare Kenntnisse auf den Gebieten des Insolvenzrechts, des Handels- und Gesellschaftsrechts sowie über Grundkenntnisse der für das Insolvenzverfahren notwendigen Teile des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts und des Rechnungswesens verfügen. Einem Richter, dessen Kenntnisse auf diesen Gebieten nicht belegt sind, dürfen die Aufgaben eines Insolvenzrichters nur zugewiesen werden, wenn der Erwerb der Kenntnisse alsbald zu erwarten ist.“

Wir halten diese Anfügung nicht für tauglich und schlagen stattdessen die folgenden Änderungen vor:

1. in § 71 Abs 2 GVG (Zuständigkeit Landgerichte) wird eingefügt:

„5. für Insolvenzverfahren mit Ausnahme der Verbraucherinsolvenzverfahren und der sonstigen Kleinverfahren (Neunter Teil InsO).“

2. in § 95 Abs 2 GVG (Zuständigkeit KfH) wird eingefügt:

„3. Insolvenzverfahren gem. § 71 Abs. 2 Ziff. 5 GVG“

Begründung:

„Insolvenzrecht ist Wirtschaftsrecht“

Das schrieb *Wilhelm Uhlenbruck* bereits 1977 im Vorwort zu: *Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler (Hrsg.), Einhundert Jahre Konkursordnung, 1877 – 1977*. Die Fortführung und Sanierung von insolventen Unternehmen steht heutzutage vor der routinemäßigen Liquidation im Vordergrund eines Insolvenzverfahrens.

Darüber besteht gerade in heutiger Zeit gesellschaftlicher und auch politischer Konsens. Andererseits gilt es, die sanierungsfähigen Unternehmen zu identifizieren und von liquidationspflichtigen Unternehmen zügig zu unterscheiden. Dafür benötigt die Wirtschaft aber nicht nur qualifizierte Gutachter/Verwalter, sondern auch Gerichte mit speziellem know-how, die in der Lage sein müssen, die Empfehlungen, die Maßnahmen und das Zahlenwerk des Verwalters ohne viel zusätzlichen Aufwand, d.h. durch eigenen Sachverstand, nachzuvollziehen und zu beurteilen.

Dieses know-how, nämlich der notwendige betriebswirtschaftliche Sachverstand, die Kenntnis der Märkte, die Umsicht bei der Betrachtung der Auswirkungen bestimmter Maßnahmen auf den Werterhalt oder Werteverzehr der Masse, der „unternehmerische Blick“, all das ist bei den Handelsrichtern bereits heute vorhanden und es wäre schade, wenn dieses wertvolle Potenzial weiterhin ungenutzt bleiben würde.

Der Vorschlag orientiert sich an den Zuständigkeitsregelungen im gesamten EU- und Nicht-EU-Ausland. Überall sind die Insolvenzverfahren in der Zuständigkeit der Handelsgerichte, in Österreich, in Italien, in Polen und sogar in Serbien. In Frankreich führen sogar die IHK's das Verfahren in originärer Zuständigkeit beim Tribunal de Commerce. Dort sind die *juges consulaires* allein zuständig, die vergleichbar sind mit den beisitzenden Handelsrichtern der IHK's. In den USA sind die Bundesgerichte zuständig

Nach unserer Beobachtung herrscht bei den Betroffenen eines Insolvenzverfahrens – und damit meinen wir nicht nur die Gläubiger, sondern auch die sanierungswilligen Schuldnerunternehmen, die Arbeitnehmer und die Investoren – deshalb schon so lange ein großes Frustrationspotential, weil für Unternehmensinsolvenzen in Deutschland keine „Unternehmensrichter“ zuständig sind, sondern nach § 18 RPfG die Rechtspfleger bei den Vollstreckungsabteilungen der Amtsgerichte. Diese beherrschen hin und wieder hervorragend die Verfahrensvorschriften, Hilfestellung und Überwachung des Verwalters in Groß-Insolvenzen kann man von dort aber natürlich nicht erwarten, und so sieht das Verfahren dann auch aus. Die fachliche Kompetenz der Richter muss dringend an die fachliche Kompetenz der Verwalter angepasst werden – idealerweise in Richtung betriebswirtschaftlicher Grundkenntnisse.

Die Zuständigkeit der Vollstreckungsgerichte erscheint deshalb als ein Relikt aus Zeiten der Konkursordnung, als Insolvenzrecht noch reines Zwangsvollstreckungsrecht und das Verfahren ein reines Liquidationsverfahren war. Das war aber bereits im Jahre 1977 offenbar schon nicht mehr der Fall. Nach unserer Auffassung war die Anpassung der sachlichen Zuständigkeit deshalb schon lange notwendig und wurde bei Einführung der InsO unterbewertet.

Wir zitieren die

Begründung des RegE (mit einigen kleinen Änderungen):

„Eine Stärkung des Sanierungsgedankens setzt nicht nur auf Seiten der Insolvenzverwalter, sondern auch auf Seiten des Gerichts das Tätigwerden von Personen voraus, die über die erforderlichen Kenntnisse der relevanten Rechtsgebiete verfügen. An einen Insolvenzrichter werden dabei erhöhte Anforderungen gestellt. Dies wird bereits heute darin deutlich, dass ein Proberichter im ersten Jahr nach seiner Ernennung nach § 22 Absatz 2 GVG nicht mit der Wahrnehmung von Insolvenzsachen betraut werden darf. Die bestehenden Anforderungen werden durch die Neuregelung erhöht. Für die sachgerechte Bearbeitung von Insolvenzsachen sind fundierte Kenntnisse auf den Gebieten des Insolvenzrechts, des Handels- und Gesellschaftsrechts sowie jedenfalls Grundkenntnisse der für das Insolvenzverfahren notwendigen Teile des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts und des **kaufmännischen** Rechnungswesens erforderlich. Diese besonderen, vom Gesetz nunmehr klarer gefassten Anforderungen bilden den wesentlichen Grund für die Zuständigkeit **der Kammer für Handelssachen** und sollen einer **Nutzung der bereits vorhandenen** Sachkunde und Erfahrung der mit **Handels**sachen betrauten Richter dienen...“

In dieser Fassung stimmen wir dem Entwurf zu.

Kosten:

Mit dieser Änderung sind womöglich höhere Kosten für die Länder verbunden. Der erhöhte Bedarf sollte korrekt ermittelt werden

Die Kosten könnten durch eine signifikante Anhebung der Gerichtsgebühren wie folgt ausgeglichen werden:

GKG-KV

2310	Eröffnungsverfahren (Antrag Schuldner)	0,8 (früher: 0,5)
2311	Eröffnungsverfahren (Antrag Gläubiger)	0,8 (früher: 0,5)
2320	Durchführung d InsVerfahrens die Gebühr ermäßigt sich auf in einem reinen Liquidationsverfahren ohne Insolvenzplan	3,0 (früher: 2,5) 1,0
neu einfügen:		
2323	Entscheidung über Insolvenzplan	3,0 (früher: 0,0)

III. Art. 5 - Änderungen des RPfIG

§ 18 RPfIG:

(1) In Verfahren nach der Insolvenzordnung bleiben dem Richter vorbehalten: 1. das Verfahren bis zur Entscheidung über den Eröffnungsantrag unter Einschluss dieser Entscheidung und der Ernennung des Insolvenzverwalters sowie des Verfahrens über einen Schuldenbereinigungsplan nach den §§ 305 bis 310 der Insolvenzordnung,

„(2) das Verfahren über einen Insolvenzplan nach den §§ 217 bis 256 und den §§ 258 bis 269 der Insolvenzordnung.“

(3) ~~Hat sich die Entscheidung des Rechtspflegers über die Gewährung des Stimmrechts nach § 77 der Insolvenzordnung auf das Ergebnis einer Abstimmung ausgewirkt, so kann der Richter auf Antrag eines Gläubigers oder des Insolvenzverwalters das Stimmrecht neu festsetzen und die Wiederholung der Abstimmung anordnen; der Antrag kann nur bis zum Schluss des Termins gestellt werden, in dem die Abstimmung stattgefunden hat.~~

Gelöscht: Die Entscheidung des Rechtspflegers über die Gewährung des Stimmrechts nach den §§ 77, 237 und 238 der Insolvenzordnung hat nicht die in § 256 der Insolvenzordnung bezeichneten Rechtsfolgen.

(4) Rechtspfleger in Insolvenzsachen sollen über belegbare Kenntnisse des Insolvenzrechts und Grundkenntnisse des Handels- und Gesellschaftsrechts und der für das Insolvenzverfahren notwendigen Teile des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts und des Rechnungswesens verfügen. Einem Rechtspfleger, dessen Kenntnisse auf diesen Gebieten nicht belegt sind, dürfen die Aufgaben eines Rechtspflegers in Insolvenzsachen nur zugewiesen werden, wenn der Erwerb der Kenntnisse alsbald zu erwarten ist.“

In Entsprechung der Änderung des § 2 InsO und der §§ 71 Abs 2 und 95 Abs. 2 GVG wird § 18 RPfIG wie folgt geändert:

Abs. 1 lautet künftig:

„Die Verfahren nach der Insolvenzordnung mit Ausnahme des Verfahrens nach dem Neunten Teil der Insolvenzordnung bleiben dem Richter vorbehalten.“

Abs. 2 wird gestrichen und ersetzt durch:

„Der Richter kann einzelne Angelegenheiten der Verfahrensleitung an den Rechtspfleger delegieren.“

Abs. 3 - wird gestrichen

Abs. 4 - wird gestrichen.

Zur **Begründung**

verweisen wir auf die Begründung zur Änderung des GVG.

Die Rechtspfleger und Rechtspflegerinnen sind im übrigen ausreichend kompetent, um auch in den Verfahren über einen Schuldenbereinigungsplan nach den §§ 305 bis 310 der Insolvenzordnung eigenverantwortlich entscheiden zu können.

Soweit rein verfahrensrechtliche Maßnahmen zu treffen sind, mag der Richter das Verfahren an den Rechtspfleger bei der KfH delegieren. Dazu zählen Akteneinsichtsgesuche, die Vorbereitung der Gläubigerversammlungen, die Protokollierung der Versammlungen, die Führung der Tabelle, die Ausfertigung der Auszüge aus der Insolvenztabelle, die Zustellungen und Veröffentlichungen etc.

Damit wäre aus der Sicht der Gläubiger eine optimale Aufgabenverteilung vorgenommen ohne dass jeder der Beteiligten unangemessen belastet wird.

Anhang 1

Neuregelung des Anfechtungsrechts

- ESUG

- Gesetz zur Neuregelung des Insolvenzanfechtungsrechts

- zum Schutz von Lohnzahlungen vor Anfechtung,
- zur Präzisierung der Voraussetzungen der Inkongruenz und der Anfechtbarkeit gem. § 133 InsO
- zur Legaldefinition der Zahlungsunfähigkeit (Präzisierung von § 17 Abs. 2 InsO)

Ausgangssituation:

In der Politik wird es zunehmend als sozial unverträglich angesehen, dass Lohnzahlungen gegenüber Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen unter denselben Bedingungen angefochten werden können wie Zahlungen gegenüber Einzelunternehmern oder Firmen.

Gleichzeitig bestehen Bestrebungen, die Sozialabgaben und nach Möglichkeit auch Steuerzahlungen anfechtungsfest zu gestalten, obwohl gerade diese Gläubigergruppen sich vor allen anderen Gläubigern stets im Vorteil befinden und dies auch ausnutzen. Beides ist bereits mehrfach – zu Recht – auf Ablehnung durch den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages gestoßen.

Die Insolvenzanfechtung macht seit Einführung der InsO im Jahre 1999 allen Gläubigern zu schaffen, auch Wirtschaftsunternehmen, und hier insbesondere den KMU's. Das liegt im Wesentlichen an der ausufernden Rechtsprechung des IX. Zivilsenats, der die Anfechtungsvoraussetzungen im Vergleich zu der gesetzgeberischen Intention erheblich ausgedehnt hat. Es herrscht Rechtsunsicherheit bei den Gerichten genauso wie bei den Wirtschaftsunternehmen.

Derzeit wird diskutiert, ob **Lohnzahlungen** für unanfechtbar erklärt werden können.

Grundsätzlich ist die Privilegierung einzelner Gläubiger systemfremd. Es wird dem kleinen Einzelunternehmer (sog. „Ich-AGisten“) schwer zu vermitteln sein, weshalb er eine verspätete Zahlung, auf die er ebenfalls Anspruch hatte, wieder herausgeben muss, der Arbeitnehmer, der ja zudem noch Insolvenzgeld bekommt und anschließend Arbeitslosengeld genießt, diese Zahlungen aber behalten darf. Da in den Fonds für Insolvenzgeld in Deutschland zudem nur die Arbeitgeber einzahlen, ist der Arbeitnehmer aus dem Unternehmensvermögen doppelt gesichert.

Der Intention der Politik, Härtefälle abzuwenden, kann jedoch grundsätzlich gefolgt werden. Denn die **Anfechtung von rückständigen (Alt-)Lohnzahlungen an Arbeitnehmer kann in den Kernbereich des Art. 2 GG eingreifen**; Zahlungen auf alte Lohnrückstände können – und müssen daher wohl auch – im Rahmen des pfändungsfreien Vermögens, des sog. „Schonvermögens“ (s. *BGH v. 20.7.2010 – IX ZS 37/09 zum Lastschriftwiderruf von Transferleistungen*) bis zu einer gewissen Größenordnung von der Anfechtung ausgenommen werden.

Diese Grenze existiert aber – zumindest im Rahmen der dem Anfechtungsurteil nachfolgenden Zwangsvollstreckung - heute schon. Anzuknüpfen ist insbesondere an die §§ 850c und § 850i ZPO, die Pfändungsschutz für Arbeitseinkommen und sonstige Vergütungen gewährleisten, sowie § 850k ZPO (seit dem 1. Juli 2010: § 850l ZPO n.F.), wonach ein vergleichbarer Schutz für Kontoguthaben aus Arbeitseinkommen besteht.

Es reicht daher aus, das pfändungsfreie Schonvermögen schon von der Anfechtung auszunehmen, damit gar nicht erst unnötige Anfechtungsklagen erhoben werden.

Diese Regelung ist aber ggf. auf **Einzelunternehmer („Ich-AGisten“)** **auszudehnen**; denn auch dessen „Schonvermögen“ ist nach § 850i ff. ZPO geschützt und kann vom Gericht für pfandfrei erklärt werden.

Abhilfe kann daher aus Sicht der ungesicherten Gläubiger (und damit der Zielgruppe des Insolvenzverfahrens) durch folgende Regelung geschaffen werden:

1. Stufe: Der Schutz aller natürlichen Personen als Anfechtungsgegner kann zum einen **auf das pfändungsfreie „Schonvermögen“ beschränkt** werden (etwa entspr. BGH Urteil v. 20.7.2010 - IX ZR 37/09 - für Lastschriftwiderrufe von Transferleistungen). Damit bleiben Lohnzahlungen grundsätzlich wie jede Vorzugs-Zahlung an andere Gläubiger auch weiterhin anfechtbar; der grundrechtsrelevante Teil ist aber geschützt. Eine Aufgabe des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes ist nicht erforderlich.

2. Stufe: Soll die Anfechtungsfreiheit über den reinen Grundrechtsschutz hinaus gehen, **etwa bis zur halben Beitragsbemessungsgrenze plus Kinderzuschlag** (bei Einzelunternehmern: Betriebskosten plus Unternehmerlohn in Höhe dieser Anfechtungsgrenze), so ist der Effekt wirtschaftspolitisch abzuwägen. Eine Anfechtung über die halbe Beitragsbemessungsgrenze hinaus wird viele Arbeitnehmerfamilien in Zahlungsschwierigkeiten bringen. Sie haben zwar mehr Geld als die Empfänger von Transferleistungen, sie gehen aber auch höhere Dauerverpflichtungen ein, d.h. sie zahlen höhere Mieten, Kindergartengebühren etc. Die Anfechtung in diesem Bereich könnte daher Anschlussinsolvenzen auslösen. Eine teilweise Aufgabe des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes ist dann gerechtfertigt, wenn *Anschlussinsolvenzen verhindert* werden und wenn die Insolvenzmassen dadurch nicht *wesentlich* beeinträchtigt werden. Davon gehen wir hier aus.

3. Stufe: Vorzugszahlungen **im höheren Gehaltssegment** bleiben dagegen vollumfänglich anfechtbar. Denn diese Gehaltsgruppe bildet erwartungsgemäß Sparrücklagen und benötigt die Privilegierung daher nicht. Bei der Abwägung überwiegt daher die *Gläubigergleichbehandlung* wieder.

Eine Eingrenzung der Anfechtung ohne Aufgabe des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung wird aber durch eine **Konkretisierung der Anfechtungsvoraussetzungen** ebenfalls erreicht.

Dabei gehen wir von folgenden Prämissen als Grundgedanken für die Anfechtung aus:

1. Zum einen muss das Ziel des Insolvenzverfahrens, nämlich alle *ungesicherten Gläubiger bestmöglich* und *gleichermaßen* zu befriedigen, zielstrebig weiter verfolgt werden, d.h. Vorteile, die einzelne Gläubiger in *offensichtlich* verdächtiger Zeit erhalten haben, müssen wieder korrigiert werden;
2. Diese Korrekturen müssen für die Beteiligten am Wirtschaftsleben aber genau vorhersehbar („*offensichtlich*“) und damit planbar sein (die Voraussetzungen müssen ähnlich streng sein wie bei § 819 BGB, d.h. die Anfechtungsregeln sind insoweit als Rechtsgrundverweisung zu gestalten).
3. Gleichzeitig dürfen Anschlussinsolvenzen nicht provoziert werden und
4. die Finanzierung der KMU's durch ihre Gläubiger – und zwar AUCH der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – etwa im Wege der Ratenzahlungs- und Stundungs- und Verzichtvereinbarungen, muss privilegiert werden; anderenfalls droht den KMU's und den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gleichermaßen Schaden.

Beachtet man diese Ziele, so kommt trotz Beibehaltung des Grundsatzes der *par condicio creditorum* eine für alle Beteiligten inklusive der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, der betroffenen Betriebe, der Sozialkassen und der Finanzämter verträgliche Lösung durch folgende Korrekturmaßnahmen in Betracht:

1. Die Kriterien für die **10-jährige Anfechtungsfrist des § 133 InsO** müssen exakt definiert werden. Die Kriterien sollten dem Umstand Rechnung tragen, dass eine Transaktion es verdient, über 10 Jahre hinweg rechtsunsicher zu bleiben, und zwar unabhängig von jeglicher Krise des verfügenden Unternehmens. Im Gesetzestext sollte deutlich zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich um die Sanktion eines kriminellen Verhaltens handelt, z.B. um die Erfüllung von Scheinverträgen, Vermögensverschiebungen etc. Die Einbeziehung von

kongruenten oder inkongruenten Zahlungen in der Krise des Unternehmens wird dagegen durch die §§ 130, 131 InsO erschöpfend geregelt. Es sollte deutlich werden, dass eine Ausweitung der Anfechtung nach §§ 130, 131 InsO entgegen dem gesetzgeberischen Willen auf 10 Jahre durch die Rechtsprechung des BGH wirtschaftspolitisch unerwünscht ist, da es Rechtsunsicherheit schafft. Die Begründung zum RegE der InsO mit ihrer Bezugnahme auf die Motive zur KO sollte nochmals deutlich hervorgehoben werden.

2. **Zwangsvollstreckungen** gelten derzeit als inkongruente Zahlungen, weil der Verwertung ein (Pfändungs-)Pfandrecht vorausgeht, das so nicht vereinbart war. Das ist sachfremd. Die Anspruchsgrundlage für die Entstehung des (Pfändungs-)Pfandrechts ergibt sich aus der ZPO. Eine gesetzliche Anspruchsgrundlage ist einer vertraglichen Regelung aber stets gleichwertig. Die Anfechtbarkeit muss daher auf die Kongruenzanfechtung reduziert werden. Da der BGH dazu bisher nicht bereit war, dies zu erkennen, muss der Gesetzgeber handeln, um die Märkte nicht weiter zu verunsichern.

Die InsO sieht eine Spezialregelung in § 88 InsO (Rückschlagsperre) bereits vor. Sie sollte daher zur *lex specialis* erklärt werden. Sie kommt aus der alten VerglO und sollte daher auch unter der InsO nur im Rahmen von Insolvenzplanverfahren zur Anwendung kommen.

3. Die **Grenze der Zahlungsunfähigkeit / Zahlungseinstellung** muss vom Gesetzgeber angemessen festgesetzt werden. Sie liegt bei der vom BGH entwickelten 90 % Erfüllungsquote viel zu hoch. Sie provoziert *unnötige Insolvenzverfahren*, eine *strafrechtlich unangemessene Verfolgung des Geschäftsführers* und eine *überzogene Anfechtungspraxis*. Folgende Maßnahme wird daher empfohlen:

a) Die Zahlungsunfähigkeit wird für alle Gläubiger klar erkennbar definiert, indem

- die **Legaldefinition des § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO künftig** vorsieht, dass eine Zahlungseinstellung nur dann vorliegt, wenn der Schuldner über mehr als 3 Monate (damit werden saisonale Umsatzeinbrüche in der Bauindustrie und Agrarwirtschaft besser

erfasst) nur noch Zahlungen in Höhe von maximal 20 % der fälligen Forderungen leisten kann

b) Auch die zeitliche Grenze der Zahlungsstockung (volle Zahlungsfähigkeit muss nach Auffassung des BGH binnen 3 Wochen wieder hergestellt sein) gilt gemeinhin als zu kurz. So werden saisonale Umsatzeinbußen nicht angemessen aufgefangen. Die Obergerichte korrigieren die Rspr. des BGH zur Zahlungseinstellung daher immer häufiger. Offenbar besteht ein Bedürfnis nach Korrektur.

4. **Ratenzahlungsvereinbarungen**, die die Gläubiger ihrem Kunden in der Krise gewähren, müssen stets privilegiert werden. Sie dienen immer dem Erhalt des Unternehmens und nie der bevorzugten Befriedigung im Sinne einer Gläubigerbevorzugung. Geschieht dies nicht, dann lehnen die Gläubiger es künftig immer häufiger ab, ihrem Geschäftspartner bei der Überbrückung von Zahlungsschwierigkeiten zu helfen. Die Anwachsung von Insolvenzen wäre die Folge.

Im Einzelnen wird dies wie folgt ausgeführt:

1. Anfechtung von im Wege der Zwangsvollstreckung erlangten Zahlungen sind nach der derzeitigen Rechtsprechung des BGH 10 Jahre lang anfechtbar (§ 133 InsO).

Die Anfechtung von im Wege der Zwangsvollstreckung erlangten Zahlungen wird vom IX. Zivilsenat des BGH in ständiger Rechtsprechung als inkongruent eingestuft, mit der Folge, dass diese Maßnahmen, soweit sie eine Befriedigung oder Sicherung verschaffen, den vereinfachten Anfechtungsvoraussetzungen des § 131 und der 10-jährigen Anfechtungsmöglichkeit des § 133 InsO unterfallen. Der Umstand, dass das Pfändungspfandrecht der Verwertungsmaßnahme vorausgeht, soll den entscheidenden Unterschied zur vertragsgemäßen Zahlung, und damit zur Kongruenzanfechtung ausmachen. Die Rechtsfolge ist, dass diese Zahlungen im letzten Monat vor der Antragstellung „ohne Weiteres“ zurück zu zahlen sind, und in den letzten 2-3 Monaten vor der Antragstellung bei Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin, und zwar auch dann, wenn der Zahlungsempfänger keine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit oder von

Umständen, die darauf hindeuteten, hatte. Das ist den Unternehmen in Deutschland nicht zu vermitteln. Während sie Barzahlungen unter denselben Umständen behalten dürfen, müssen sie Zahlungen, die sie im Wege der Zwangsvollstreckung erhalten haben (Kontenpfändung, Bargeldpfändung) wieder herausgeben, obwohl sie sich perfekt gesetzestreu verhalten haben. Notfalls müssen sie jahrelang Rückstellungen bilden. Das belastet die Liquidität und die Kreditwürdigkeit der Unternehmen. Viele können sich die Rückzahlungen gar nicht leisten. Durch diese Rechtsprechung werden Anschlußinsolvenzen provoziert.

Von dieser Rechtsprechung sind betroffen

- a. die Wirtschaftsunternehmen, insbesondere der Mittelstand, sondern auch
- b. die Sozialversicherungsträger und
- c. die *Finanzämter*.

Der Gesetzgeber ist daher aufgefordert, sich dazu zu äußern, ob er Zahlungen im Wege der Zwangsvollstreckung als gesetzeskonform und daher kongruent ansieht.

Dafür könnte sprechen,

- a) dass das Pfändungspfandrecht, das der Verwertung vorausgeht, im Vergleich zur Barzahlung ein Minus darstellt,
 - b) dass es gesetzlich angeordnet wird und daher nicht dem Generalverdacht der Gläubigerbevorzugung unterfällt, und schließlich
 - c) dass eine gesetzliche Anspruchsgrundlage einer vertraglichen stets gleichwertig ist; ein Abweichen von der vertraglichen Zahlungsweise und ein Rekurrieren auf eine gesetzlich angeordnete Zahlungsweise müssen daher stets auch im Anfechtungssinne als gleichwertig angesehen werden.
2. Der 9. Zivilsenat des BGH hat in ständiger Rechtsprechung seit Einführung der InsO den Zeitraum der regulären Inkongruenzanfechtung von 3 Monaten vor Antragstellung auf regulär 10 Jahre (Absichtsanfechtung, § 133 InsO) ausgedehnt, indem er die doppelte Vermutungswirkung im Rahmen des § 133 InsO eingeführt hat.

Demnach sind inkongruente Zahlungen – und damit wiederum Zwangsvollstreckungsmaßnahmen – stets ein sicheres Beweiszeichen für das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligungsabsicht beim Schuldner und für die entsprechende Kenntnis beim Zahlungsempfänger.

Auch Ratenzahlungen unterfallen stets der 10-Jahres-Absichtsanfechtung, obwohl sie kongruent sind, weil

- a) der Zahlungsempfänger dadurch wegen der Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners vorgewarnt ist, also ausreichende Kenntnis hat, und
- b) gleichzeitig Rückschlüsse auf die gläubigerbenachteiligende Wirkung der Zahlungen an sich selber ziehen kann.

Die Insolvenzpraxis zeigt, dass die Unternehmen so Zahlungen auf bereits erbrachte Leistungen zurückzahlen müssen, auch wenn sie sie im Wege von Ratenzahlungen oder Zwangsvollstreckungen bereits mehrere Monate und Jahre zurück liegend erhalten haben.

Dadurch ist die Bereitschaft, Ratenzahlungen zuzustimmen, abgesunken und die Unternehmen gewähren keine Übergangs-Lösungen für Unternehmen in der Krise mehr.

3. Um dem zu begegnen, haben die OLG teilweise den Begriff der Zahlungsunfähigkeit aufgeweicht und z.B. eine Zahlungsunfähigkeit über mehrer Monate in der Baubranche als „saisonale Zahlungsstockung“ qualifiziert, um die Zahlungsunfähigkeit als Anfechtungsvoraussetzung ablehnen zu können. Das OLG Ffm nutzte dazu den Umstand, dass der Beschwerdewert zum BGH derzeit auf € 20.000,- begrenzt ist.

Wenngleich die Definition, die der BGH gefunden hat (Zahlungsunfähig iSv § 17 InsO ist, wer über 3 Wochen lang die restlichen Zahlungsmittel nicht aufbringen kann, um die letzten 11 % seiner fälligen Forderungen auch noch bezahlen zu können) sicherlich viel zu eng gezogen wurde, ist die Ausdehnung auf mehrere Monate sicherlich zu weitgehend. Die mangelnde Legaldefinition der „Zahlungsunfähigkeit“ provoziert eine uneinheitliche Rechtsprechung.

Verfahrensvorschriften betreffend die Gläubigerschutzvereine
in der
Insolvenzordnung der Bundesrepublik Österreich
Stand: 1.7.2010

§ 253 Zuständigkeit und Vertretung

(1) Die Gerichtsbarkeit im Verfahren vor dem Insolvenzgericht übt in erster Instanz ein Mitglied des Gerichts als Einzelrichter aus.

(2) Vereinbarungen über die Zuständigkeit der Gerichte sind unwirksam.

(3) Gläubiger können sich auch durch einen bevorrechteten Gläubigerschutzverband vertreten lassen. Die Berufung auf die erteilte Bevollmächtigung ersetzt deren urkundlichen Nachweis. Zur Stellung eines Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und im Verfahren erster Instanz kann sich der Gläubigerschutzverband, wenn er nicht durch ein satzungsgemäß berufenes Organ vertreten ist, nur eines seiner Bediensteten oder eines gesetzlich befugten Parteienvertreters als Bevollmächtigten bedienen. Lässt sich ein Gläubiger zur Erhebung eines Rekurses durch einen Gläubigerschutzverband vertreten, so muss das Rechtsmittel mit der Unterschrift eines Rechtsanwalts versehen sein. Satzungsgemäß berufenen Organen der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände sowie ihren Bevollmächtigten ist auch dann, wenn die Bevollmächtigung durch einen Gläubiger nicht ausgewiesen ist, die Einsichtnahme in die Insolvenzakten zu gestatten (§ 219 Abs. 2 ZPO), ohne dass ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht werden muss.

(4) Durch einen Bevollmächtigten seiner gesetzlichen Interessenvertretung oder seiner freiwilligen kollektivvertragsfähigen Berufsvereinigung kann sich ein Gläubiger im gleichen Umfang wie durch einen bevorrechteten Gläubigerschutzverband vertreten lassen, wenn ein Rechtsstreit über die Forderung eine Arbeitsrechtssache nach § 50 ASGG wäre.

§ 266 Bevorrechtung eines Gläubigerschutzverbands

(1) Der Bundesminister für Justiz hat bei Bedarf, insbesondere unter Berücksichtigung der Erfordernisse eines umfassenden, wirksamen Schutzes der Gläubigerinteressen, deren zweckmäßigen Wahrnehmung in den Verfahren nach den Insolvenzgesetzen und einer damit verbundenen Unterstützung der Gerichte, Vereinen auf deren Antrag mit Verordnung die Stellung eines bevorrechteten Gläubigerschutzverbandes zuzuerkennen.

(2) Ein Gläubigerschutzverband muss verlässlich, in seinem Wirken auf ganz Österreich ausgerichtet und imstande sein, die Aufgaben nach Abs. 1 zu erfüllen; er darf nicht auf Gewinn gerichtet sein. Er muss zahlreiche Mitglieder haben, oder es müssen ihm Mitglieder angehören, die, ohne selbst auf Gewinn gerichtet zu sein, die Interessen einer großen Anzahl von Gläubigern vertreten.

(3) Wird ein neuer Gläubigerschutzverband zugelassen, so ist in der Verordnung ein sechsmonatiger Zeitraum bis zum Inkrafttreten der Verordnung zu bestimmen.

(4) Das Vorrecht erlischt mit der Auflösung des Gläubigerschutzverbands. Der Bundesminister für Justiz hat das Erlöschen mit Verordnung festzustellen.

§ 46 Masseforderungen

Masseforderungen sind:

[...]

8. die Belohnung der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände.

§ 70 Antrag eines Gläubigers

(4) ... Weist das Gericht den Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens dennoch ab, so ist der Beschluss auch den bevorrechteten Gläubigerschutzverbänden zuzustellen.

§ 71 Kostendeckendes Vermögen

(3) Bei Prüfung, ob kostendeckendes Vermögen vorhanden ist, kann das Gericht auch Stellungnahmen der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände einholen oder Vollstreckungsorgane mit Ermittlungen beauftragen.

§ 71a Eröffnung trotz Fehlens kostendeckenden Vermögens

(1) ... Die Anordnung des Kostenvorschusses erfolgt durch Beschluß; dieser ist auch jedem bevorrechteten Gläubigerschutzverband zuzustellen. ...

§ 71c Rechtsmittel

(1) Beschlüsse des Gerichtes, womit das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgewiesen wird, können von allen Personen, deren Rechte dadurch berührt werden, sowie von den bevorrechteten Gläubigerschutzverbänden angefochten werden.

§ 87a Belohnung der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände

(1) Die bevorrechteten Gläubigerschutzverbände haben für ihre Tätigkeit zur Unterstützung des Gerichts sowie für die Vorbereitung eines Sanierungsplans bzw. für die Ermittlung und Sicherung des Vermögens zum Vorteil aller Gläubiger einen Anspruch auf Belohnung zuzüglich Umsatzsteuer. Diese beträgt für alle am Verfahren teilnehmenden bevorrechteten Gläubigerschutzverbände gemeinsam in der Regel

1. 10% der dem Insolvenzverwalter nach §§ 82 bis 82c zugesprochenen Nettoentlohnung, wenn es zu einer Verteilung an die Insolvenzgläubiger kommt, und

2. 15% der dem Insolvenzverwalter nach §§ 82 bis 82c zugesprochenen Nettoentlohnung bei Annahme eines Sanierungsplans.

(2) Die Belohnung ist unter den bevorrechteten Gläubigerschutzverbänden in der Regel wie folgt aufzuteilen:

1. 30% der Belohnung sind gleichteilig aufzuteilen;

2. 70% der Belohnung sind nach Anzahl der vom jeweiligen bevorrechteten Gläubigerschutzverband vertretenen Gläubiger unter denjenigen bevorrechteten Gläubigerschutzverbänden aufzuteilen, die nicht überwiegend Gläubiger vertreten, deren Forderungen kraft Gesetzes größtenteils auf eine Garantieeinrichtung übergegangen sind.

(3) Von der Regelbelohnung kann das Gericht unter sinngemäßer Anwendung der §§ 82b und 82c abweichen.

§ 88 Gläubigerausschuß

(1) Das Gericht hat unverzüglich dem Insolvenzverwalter von Amts wegen oder auf Antrag der ersten oder einer späteren zur Verhandlung dieses Gegenstands einberufenen Gläubigerversammlung (§ 91 Abs. 1) einen Gläubigerausschuß von drei bis sieben Mitgliedern (hievon eines für die Belange der Arbeitnehmer) beizuordnen, wenn die Eigenart oder der besondere Umfang des Unternehmens des Schuldners dies geboten erscheinen läßt. Im Fall einer beabsichtigten Veräußerung oder Verpachtung nach § 117 Abs. 1 Z 1 oder 2 hat das Gericht dem Insolvenzverwalter stets einen Gläubigerausschuß beizuordnen. Hierbei ist, wenn tunlich, auf Vorschläge der Gläubiger, der im Unternehmen errichteten Organe der Belegschaft sowie der gesetzlichen und der freiwilligen Interessenvertretungen der Gläubiger (einschließlich der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände) Bedacht zu nehmen. Organe der Belegschaft und gesetzliche Interessenvertretungen sind, wenn es rechtzeitig möglich ist, jedenfalls zu vernehmen; erforderliche Anfragen des Gerichtes sind von den gesetzlichen Interessenvertretungen umgehend zu beantworten. Die Beordnung des Gläubigerausschusses und die Namen der Mitglieder sind öffentlich bekannt zu machen.

(2) Zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses können auch physische und juristische Personen, die nicht Gläubiger sind, sowie Dienststellen der Gebietskörperschaften bestellt werden. Jedes Mitglied kann sich bei der Erfüllung seiner Pflichten auf eigene Gefahr und Kosten vertreten lassen.

(3) Das Gericht hat Mitglieder des Gläubigerausschusses von Amts wegen oder auf Antrag der ersten oder einer späteren zur Verhandlung dieses Gegenstands einberufenen Gläubigerversammlung (§ 91 Abs. 1) aus wichtigen Gründen, insbesondere, wenn sie ihren Obliegenheiten nicht oder nicht rechtzeitig nachkommen, zu entheben.

(4) Lehnt ein Mitglied des Gläubigerausschusses die Übernahme der Tätigkeit ab, wird es seines Amtes enthoben oder fällt es sonst weg, so hat das Gericht eine andere Person zum Mitglied des Gläubigerausschusses zu bestellen.

§ 127 Ansprüche der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände

(1) Über die Ansprüche der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände hat das Insolvenzgericht nach Vernehmung des Insolvenzverwalters und des Gläubigerausschusses zu entscheiden. § 125 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 5 ist mit der Maßgabe sinngemäß anzuwenden, dass Regelbelohnung (§ 87a Abs. 1 und 2) ohne ziffernmäßig bestimmtes Begehren beantragt werden kann.

(2) Die Entscheidung ist dem Gläubigerschutzverband, dem Schuldner, dem Insolvenzverwalter und allen Mitgliedern des Gläubigerausschusses zuzustellen. Sie können die Entscheidung durch Rekurs anfechten; das Gericht zweiter Instanz entscheidet endgültig.

§ 152a Voraussetzungen der Bestätigung

(1) Die Bestätigung ist erst zu erteilen, wenn

1. die Entlohnung des Insolvenzverwalters und die Belohnungen der Gläubigerschutzverbände vom Gericht bestimmt sowie gezahlt oder beim Insolvenzverwalter sichergestellt sind ...

§ 183 Antrag des Schuldners

(1) Wenn es an einem zur Deckung der Kosten des Insolvenzverfahrens voraussichtlich hinreichenden Vermögen fehlt, ist der Konkursantrag aus diesem Grund nicht abzuweisen, wenn ...

(2) Betreibt der Schuldner kein Unternehmen, so muss er auch bescheinigen, dass ein außergerichtlicher Ausgleich, insbesondere vor einer anerkannten Schuldenberatungsstelle **oder einem bevorrechteten Gläubigerschutzverband**, gescheitert ist oder gescheitert wäre.

§ 191 Entlohnung des Insolvenzverwalters und der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände

(1) Die Entlohnung des Insolvenzverwalters beträgt mindestens 750 Euro.

(2) Für die Belohnung der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände gilt § 87a Abs. 1 Satz 1.

§ 202 Einleitung des Abschöpfungsverfahrens

...

(3) Zum Treuhänder kann auch ein bevorrechteter Gläubigerschutzverband bestellt werden.