

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung
von Unternehmen
BT-Drucksache 17/5712
von Prof. Dr. Hans Haarmeyer, Bonn

I. Der Ausgangspunkt: Die Insolvenzverschleppung ist weiterhin die Regel

Das Scheitern eines der zentralen Anliegen der Insolvenzrechtsreform ist unmittelbar daran abzulesen, dass auch weiterhin die Verschleppung von Insolvenzen die Regel und die gesetzeskonforme, zeitnahe Antragstellung die nur höchst selten anzutreffende Ausnahme ist. Es dominiert weiterhin das Stigma der Insolvenz, der Gang zum Insolvenzgericht scheint weiterhin für die meisten Unternehmen so fern liegend zu sein, dass sie lieber die straf- und haftungsrechtlichen Folgen in Anspruch nehmen, statt im Schutze eines gerichtlich kontrollierten Verfahrens hervorragende Sanierungsinstrumente zur Anwendung zu bringen und/oder sich mit den Gläubigern im Rahmen eines Insolvenzplans über die künftige Gestaltung der Geschäftsbeziehung zu verständigen¹. Neben der Stigmatisierung und vielen persönlichen Gründen spielt die Intransparenz des gerichtlichen Verfahrens, der vollständige Kontrollverlust und der unkalkulierbare Prozess ebenso eine wesentliche Rolle, wie auch die nicht vorhandene Möglichkeit, den Prozess mit zu gestalten – das Handeln der Unternehmen in krisenhaften Entwicklungen ist daher auch von großem Misstrauen gegenüber den Institutionen, Gerichten wie Insolvenzverwaltern geprägt – und jedes einzelne negative Ereignis bestätigt die verbreiteten Vorurteile. Vor diesem Hintergrund kann das Ziel notwendiger Reformen² nicht darin bestehen, mit immer weiteren Verästelungen von eh` schon komplexen Regelungen, das Verfahren noch weiter zu komplizieren, sondern an den vorhandenen und nachvollziehbaren Ängsten anzusetzen und nach Wegen zu suchen, dieses Vertrauen herzustellen und zugleich Unternehmen zu einer früheren Antragsstellung zu ermutigen, wodurch dann auch die Sanierungsmöglichkeiten deutlich verbessert werden könnten. Vor

¹ Vgl. zu den Gründen u.a. Kirstein ZInsO 2008, 131; Ehlers ZInsO 2010, 257

² Vgl. zu den gegenwärtigen Reformbemühungen den Bericht über das gemeinsame Kolloquium von BMWi und BMJ in ZInsO 2010, 1178 sowie u.a. die Beiträge von Bork, ZIP 2010, 397; Eidenmüller ZIP 2010, 649; und Frind ZInsO 2010, 1161; vgl. auch die Erhebung von Eidenmüller zu den Reformnotwendigkeiten aus Praktikersicht in NZI 2010, 545.

diesem Hintergrund können und müssen solche Regelungen bereits im Eröffnungsverfahren greifen und sicherstellen, dass die eingangs konstatierten Probleme zumindest vom Grundsatz her beseitigt werden können.

II. Sanierungshemmnisse

Mit der Einführung der Insolvenzordnung sollte die Gläubigerautonomie gestärkt werden³. Mit dem Kernstück der Insolvenzrechtsreform, dem Insolvenzplan, hat der Gesetzgeber insoweit die idealtypische Vorstellung verknüpft, dass sich die Gläubiger in der ersten Gläubigerversammlung über die Gestaltungsmöglichkeiten des Verfahrens austauschen und nach eingehender Beratung den Vorgang gleichsam in einen „Unterausschuss“ in Person des Verwalters verweisen mit dem Auftrag, eine „Beschlussvorlage“ – den Insolvenzplan – zu erarbeiten, über den dann wiederum irgendwann beraten und entschieden werden kann. Diese dem Insolvenzplanverfahren zugrunde liegende, beschaulich anmutende Vorstellung ist mit den Handlungsabläufen einer Unternehmensinsolvenz allerdings regelmäßig unvereinbar, denn die maßgeblichen Entscheidungen fallen, ohne Beteiligung der Gläubiger, in den ersten 2 bis 3 Wochen des Eröffnungsverfahrens – dies u.a. mit dem Ergebnis, dass 70% der zum Zeitpunkt der Antragstellung noch aktiven Unternehmen spätestens mit der Eröffnung des Verfahrens stillgelegt werden.⁴ Die Planungserfordernisse sowohl für die Fortführung des Unternehmens als auch für die notwendige Liquiditätssicherung und die damit einhergehenden Finanzierungsentscheidungen einschließlich der gebotenen Berechenbarkeit von Zeitachsen für die Verfahrensbeteiligten und die Geschäftspartner des Unternehmens, erfordern daher auch schon im Antragsverfahren und in der Zeit nach Eröffnung bis zum Berichtstermin grundsätzlich beschleunigte Verfahrensabläufe, schnelle und belastbare Entscheidungen der Unternehmensleitung respektive des Verwalters sowie die unverzügliche Entwicklung einer Perspektive für die Beteiligten einschließlich etwaiger Handlungsoptionen für die Zielsetzung des Verfahrens. In der Praxis sind Planüberlegungen daher zumeist obsolet, wenn der Verwalter den Beteiligten nicht frühzeitig, d. h. bereits im Eröffnungsverfahren und/oder spätestens unmittelbar nach der Eröffnung, die möglichen Handlungsalternativen durch eine belastbare

³ Seite 18 zum Stichwort „Reform des Insolvenzrechts“

⁴ Studie des Instituts für Mittelstandsforschung, Bonn vom April 2010, IfM-Materialien Nr. 195 S. 74ff.

Plankonzeption aufzeigen und erläutern kann. Mit anderen Worten: Die Restrukturierung eines Unternehmens beginnt mit dem Insolvenzantrag und sollte unmittelbar nach der ersten Gläubigerversammlung enden.

Leider hat der Reformgesetzgeber nicht nur die Bedeutung des Zeitmoments für die Unternehmenssanierung und für das Planverfahren unterschätzt,⁵ sondern auch das häufig eigennützige Beharrungsvermögen der Schuldner, ihrer Geschäftsleiter und Berater verkannt. So ist seit Einführung der Insolvenzordnung für Schuldner zwar grundsätzlich die Möglichkeit eröffnet, ein Insolvenzverfahren bereits bei nur drohender Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO, zu beantragen. Schuldner haben auch das Recht den Insolvenzantrag ggf. mit einem pre-packaged-Plan zu verbinden und können die insolvenzrechtlichen Sanierungsinstrumente nutzen⁶, gleichwohl wird dieses Instrumentarium durch Schuldner, Geschäftsleiter und deren Berater faktisch nicht angenommen, nicht genutzt.⁷ Dieser Befund überrascht nicht, zumal das deutsche Recht weder für Schuldner noch für deren Geschäftsleiter und Berater Haftungsfolgen in der beginnenden Krise postuliert, wenn Sanierungschancen im Vorfeld der Zahlungsunfähigkeit und der materiellen Überschuldung nicht wahrgenommen werden. Anders als das britische Insolvenzrecht kennt das deutsche Rechtssystem bisher leider keinen Haftungstatbestand des „wrongful trading“ wie er z.B. in Section 214 des britischen Insolvency Act von 1986 und der dazu ergangenen Rechtsprechung niedergelegt ist. Beim Eintritt der Insolvenzantragspflicht ist die Krise bereits soweit vorangeschritten, dass die hinter einer Verschleppung der Insolvenz stehende strafrechtliche Drohung vollständig verpufft und die Handelnden nicht mehr erreicht, geschweige denn zu Verhaltensänderungen veranlasst.

⁵ Jaffé, Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des Insolvenzstandortes Deutschland, ZIP 2008, 1849, 1853

⁶ insbesondere die Insolvenzgeldsicherung gemäß §§ 183 ff SGB III, die Untersagung und Einstellung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen gemäß § 21 Abs.2 Ziffer 3 InsO sowie die Qualifizierung laufender Verbindlichkeiten aus der Fortführung des Geschäftsbetriebes zu Masseverbindlichkeiten im nachfolgenden Insolvenzverfahren

⁷ In der Praxis wird nach allen vorliegenden Erkenntnissen die Antragstellung der schuldnerischen Unternehmen, wie zu Zeiten der KO, um durchschnittlich 10 Monate nach Eintritt der materiellen Insolvenz verschleppt. Vgl. dazu u.a. Langzeitstudie KDLB, Kirstein, ZInsO 2006, 966 ff.; Studie des ZIS Mannheim und von Euler-Hermes, nachzulesen unter: http://www.eulerhermes.com/ger/ger/press/aktuelle_analysen.html; Studie **C r e d i t r e f o r m u n t e r** : [http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendung_Loeschungen/index](http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendung_Loeschungen/index;); Weyand/Diversy. Insolvenzdelikte, 7. Aufl., S. 22 ff.; Beck, in: Wabnitz/Janovsky, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 6 Rn. 53 ff.; Meyer, GmbHR 2002, 177 und 242 und 2004, 1417, 1420 ff.; Richter, GmbHR 1984, 113 ff.

Warum soll ein Schuldner in Deutschland also wegen nur drohender Zahlungsunfähigkeit, d.h. freiwillig und ohne bestehende Rechtspflicht den Gang zum Insolvenzrichter antreten, wenn er infolge des Insolvenzantrages regelmäßig die Verfügungsmacht über sein Vermögen mit der Anordnung der vorläufigen Verwaltung verliert, ohne zugleich die Perspektive zu haben, das Unternehmen sanieren und erhalten zu können?

Warum sollen Berater auf einen frühzeitig möglichen Antrag wegen nur drohender Zahlungsunfähigkeit orientieren, wenn sie im Ergebnis eines derartigen Insolvenzantrages regelmäßig das Mandat verlieren und keine belastbare Perspektive haben, das Mandat nach erfolgter Sanierung fortsetzen zu können?

Es ist unrealistisch, anzunehmen und zu erwarten, Schuldner und deren Berater würden freiwillig unter dem Eindruck einer nur drohenden Zahlungsunfähigkeit Sanierungschancen ergreifen, wenn und solange sie mit dem Insolvenzantrag die Chance verlieren, effektiv auf die Sanierungsmaßnahmen und auf die Person des zu bestellenden vorläufigen Verwalters Einfluss zu nehmen. Die Furcht vor dem Kontrollverlust ist offenkundig und nachvollziehbar. Schließlich wird die Geschäftsleitung mit der Anordnung der vorläufigen Verwaltung, wenn auch nicht rechtlich so doch faktisch, in allen finanziell relevanten Angelegenheiten des Unternehmens durch die Person des vorläufigen Verwalters „ersetzt, dem die Verfügungsmacht durch Gerichtsbeschluss insgesamt oder im Wege der Einzelermächtigung partiell übertragen wird. Der Schuldner respektive die Geschäftsleitung und die Berater haben unter dem Eindruck eines Insolvenzantrages regelmäßig das Vertrauen der Beteiligten wenn nicht insgesamt, so doch zumindest in entscheidungsrelevanten Bereichen eingebüßt. Das Schicksal des Verfahrens hängt in dieser Situation daher regelmäßig an der Person des vorläufigen Insolvenzverwalters, an seiner Kompetenz, seinem Verhandlungsgeschick und seiner Fähigkeit heterogene Interessen zielorientiert zu moderieren sowie an seinen verfügbaren Ressourcen, möglichst schnell das Unternehmen, seine Marktsituation und die rechtlichen Beziehungen zu den Beteiligten (Auftraggeber, Lieferanten, Nachunternehmer, Arbeitnehmer, Banken, Kreditversicherer etc.) zu analysieren und zugleich belastbare Rechts- und Verhandlungspositionen zu entwickeln. Ein möglicher Sanierungserfolg wird dabei maßgeblich durch die konzeptionelle Gestaltungserfahrung, die gestalterische Phantasie und das Verhandlungsgeschick des vorläufigen Verwalters bestimmt. Uhlenbrucks Hinweis, dass die Persönlichkeit des Verwalters das Schicksal des

Verfahrens für die Beteiligten bestimmt, ist nach wie vor zutreffend und hat nichts an Aktualität verloren.

Was hilft allerdings diese Erkenntnis, wenn sanierungswillige Schuldner und wesentlich Betroffene keine Möglichkeit haben, trotz der unmittelbaren Insolvenzbetroffenheit ihrer Forderungen auf die das Verfahren leitenden Entscheidungen und damit auch auf die Bestellung der handelnden Personen Einfluss zu nehmen und schon wenige Tage nach der Antragstellung alle maßgeblichen Weichenstellungen ohne ihre Beteiligung erfolgt sind? Mit anderen Worten, es ist die gegenwärtige Struktur des Eröffnungsverfahrens, das in seiner paternalistischen Form und der Justizförmigkeit eines Verfahrens aus dem 19. Jahrhundert wesentlichen Anteil daran hat, dass die Insolvenzrechtsreform sich auch mehr als 10 Jahre nach dem Inkrafttreten noch nicht wirklich durchgesetzt hat.

III. Die Struktur des Eröffnungsverfahrens

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der vorläufige Verwalter – anders als der vormalige Sequester nach der Konkursordnung – nicht lediglich zurückhaltend sichernd tätig sein und damit eine passive Rolle im Eröffnungsverfahren einnehmen; nein, er soll auch aktiv das Insolvenzeröffnungsverfahren befördern, ein noch am Markt befindliches Unternehmen fortführen, die Sanierungswürdigkeit erhalten und prüfen, die Insolvenzmasse nach Möglichkeit anreichern, Außenstände einziehen, übertragende Sanierungen vorbereiten, Lastschriften widerrufen, Anfechtungs- und Haftungstatbestände ermitteln, mit potenziellen Investoren Vorverhandlungen führen, betriebliche Sanierungsmaßnahmen einleiten, Insolvenzgeld vorfinanzieren, mit Absonderungsberechtigten verhandeln etc. – kurz, er soll ein Verfahren bereits in diesem frühen Stadium mit allen ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten - wenn nötig auch rechtlich und betriebswirtschaftlich - gestalten.

Dies ist das marktwirtschaftliche und soziale Verständnis des reformierten Insolvenzrechts auf der Grundlage von § 1 InsO und die funktionale Zweckbestimmung des Eröffnungsverfahrens, wenngleich bei vielen Verwaltern noch das „alte“ Leitbild des nur sichernden und wirtschaftlich jedes Risiko vermeidenden Sequesters fest verankert zu sein scheint. Die Praxis der vergangenen 10 Jahre zeigt jedoch, dass faktisch schon in den ersten zwei bis drei Wochen die Entscheidung über Erfolg oder Misserfolg eines

Verfahrens, über Sanierung oder Liquidation fällt und falsche wirtschaftliche Weichenstellungen, unzureichende Ermittlungen, rechtliches Taktieren und betriebswirtschaftliches Abwarten in dieser Zeit nicht oder nur unter ganz besonders schwierigen Umständen wieder korrigiert werden kann – über Erfolg und Misserfolg wird mithin schon durch die Weichenstellungen in den ersten 10 - 20 Tagen eines Insolvenzverfahrens entschieden.⁸ Dies bedeutet zugleich aber auch, dass eine Erfolg versprechende Reform des Insolvenzverfahrens an diesem Fakt ansetzen muss, denn ohne eine frühzeitige Einbindung der Gläubiger und eine aktive Mitwirkung wird es eine Akzeptanz des reformierten Insolvenzverfahrens aus den o.g. Gründen nicht geben.

IV. Die Entstehung des reformierten Eröffnungsverfahrens

Für die richtige Einordnung des Eröffnungsverfahrens in das insolvenzrechtliche System ist es unerlässlich, sich daran zu erinnern, dass das ursprünglich geplante Eröffnungsverfahren sich deutlich von dem Gesetz gewordenen Eröffnungsverfahren unterscheidet – dass aber erhebliche Teile der zu den maßgeblichen Regelungen der §§ 21, 22 InsO vorliegenden Begründungen in den Gesetzgebungsmaterialien noch dem „alten“ Reformziel verhaftet gewesen sind – was eine maßgebliche Ursache für die Fehlentwicklung der vergangenen Jahre ist.

Maßgeblich von den Erfahrungen der Praxis und der unzureichenden systematischen Einordnung des Eröffnungsverfahrens geprägt, plädierte die Insolvenzkommision sowohl 1984 als auch 1986 in ihren Berichten für ein differenziert ausgestaltetes und ergebnisoffenes Eröffnungsverfahren, das zum Schutz der Gläubiger vor allem davon geprägt sein sollte, die Vermögenswerte auch mit dem Ziel der Erhaltung und Reorganisation des schuldnerischen Unternehmens zu sichern. Nach den Vorstellungen der Kommission bedurfte es bei der Neuordnung des Insolvenzrechts eines Paradigmenwechsels hin zu einem nicht allein auf Liquidation konzentrierten

⁸ Vgl. dazu u.a. Langzeitstudie KDLB, Kirstein, ZInsO 2006, 966 ff.; Studie des ZIS Mannheim und von Euler-Hermes, nachzulesen unter: http://www.eulerhermes.com/ger/ger/press/aktuelle_analysen.html; Studie **C r e d i t r e f o r m u n t e r** : [http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen/index](http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen/index;); Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, 7. Aufl., S. 22 ff.; Beck, in: Wabnitz/Janovsky, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 6 Rn. 53 ff.; Meyer, GmbHR 2002, 177 und 242 und 2004, 1417, 1420 ff.; Richter, GmbHR 1984, 113 ff.

Insolvenzrecht.⁹ Dazu sollten die verschiedenen Verfahrensziele organisch auch in ein einheitliches Insolvenzverfahren eingeführt werden, die Entscheidung über die Art der Abwicklung aber nach der Eröffnung den Gläubigern vorbehalten bleiben.¹⁰

Nach § 13 RegE jedoch verfolgte das BMJ ein völlig entgegengesetztes Modell. Danach sollte ein Insolvenzverfahren – ohne normiertes Vorverfahren – stets sofort eröffnet werden, es sei denn, dass nach § 27 RefE nicht einmal die Kosten des Verfahrens bis zum Berichtstermin gedeckt waren. Mit der sofortigen Eröffnung des Verfahrens als Regelfall sollte eine Masseverschlechterung in der Zeit zwischen Antragstellung und Entscheidung verhindert, die Eröffnungsquote erhöht und so das Insolvenzverfahren wieder funktionsfähig gemacht werden.¹¹ Die Kritik an einer solchen Konzeption war massiv und stimmte darin überein, dass die vorschnelle Eröffnung des Insolvenzverfahrens als sanierungsfeindlich angesehen wurde, und zudem die guten Erfahrungen der Sequestrationspraxis durch den Gesetzgeber negiert würden.¹²

Einen Umschwung in der Diskussion um das Eröffnungsverfahren erbrachte die Sachverständigenanhörung vom 28.04.1993¹³ in der gerade von Seiten der Insolvenzpraktiker darauf hingewiesen wurde, dass eine vorschnelle Eröffnung den auf Sanierung gerichteten Zielen des Gesetzgebers zuwiderlaufe. Die abschließenden Beratungen des Rechtsausschusses führten dann u. a. zu einer Streichung der Wörter „bis zum Berichtstermin“ in § 27 RegE, um eine sorgfältige Prüfung der Masseinsuffizienz zu ermöglichen, zu einer Straffung der Rechtsmittel im Eröffnungsverfahren beschränkt auf die Entscheidung über die Eröffnung¹⁴ und zu einer deutlichen Ausformulierung der bereits im Eröffnungsverfahrens zu prüfenden Sanierungsmöglichkeiten. Damit sollte, so der Bericht des Rechtsausschusses,¹⁵ auch der vorläufige Insolvenzverwalter die Möglichkeit erhalten, nicht nur die Sanierungswürdigkeit zu prüfen, sondern sie auch im

⁹ Leitsatz 1.1.1. sowie Begr. des 1. KommBer.

¹⁰ Zum Kontext von ökonomischer und präventiver Behandlung der Insolvenz vgl. Kilger, KTS 1989, 495, 497; zur Entwicklung auch Fritsche, DZWIR 2005, 265, 267.

¹¹ Vgl. dazu **Grub**, in: **Kübler** (Hrsg.) Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 83 sowie die Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises, ZIP 1989, 468 und 1990, 476.

¹² Gravenbrucher Kreis 1989, 468; dazu umfassend auch **Pape**, ZIP 1994, 89 sowie aktuell Fritsche, DZWIR 2005, 265, 267 m.w.N..

¹³ Vgl. dazu den Bericht von **Haarmeyer**, ZIP 1993, 883 sowie die Anmerkungen von **Pape**, ZIP 1994, 89, 90 (Fn. 21).

¹⁴ Dass der Gesetzgeber dabei offenbar über das Ziel hinausgeschossen ist, hat **Pape**, Wprax 1995, 252, 256 im Hinblick auf den Justizgewährungsanspruch schon frühzeitig kritisiert; ausführlich **Kübler/Prütting/Pape**, InsO, § 30 Rn. 2 ff. Vgl. zu den daraus folgenden Wirkungen LG Berlin, ZInsO 1999, 355 sowie den kritischen Beitrag von **Foltis**, ZInsO 1999, 386.

¹⁵ Ausschussbericht zu § 26 RegE; abgedruckt bei **Balz/Landfermann**, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 233.

Rahmen des Eröffnungsverfahrens vorzubereiten, wodurch der zeitliche und inhaltliche Zuschnitt des Eröffnungsverfahrens gegenüber dem RegE grundlegend im Sinne der Kritik aus der Praxis verändert wurde. Bei einer Beauftragung des vorläufigen Insolvenzverwalters mit dieser Prüfung könne, so der Rechtsausschuss, die Eröffnung des Verfahrens entsprechend hinausgeschoben werden, wodurch auch auf diese Weise eine zu schnelle Eröffnung des Verfahrens vermieden werden könne. Nicht zuletzt mit diesen Änderungen ist die Position des vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach § 22 Abs. 1 InsO gestärkt und seine Aufgabenwahrnehmung im Interesse der späteren Insolvenzgläubiger gestärkt worden, weshalb es auch nur konsequent war, durch § 55 Abs. 2 InsO seine Rechtshandlungen auch zulasten der Masse gehen zu lassen.¹⁶

Im Übrigen hat die dynamische Entwicklung der Praxis hin zu einem mit Einzelkompetenzen ausgestatteten „schwachen“ Verwalter sowie die regelmäßig erfolgende Ausschöpfung des Insolvenzgeldzeitraums von bis zu drei Monaten gezeigt, dass, entgegen der ursprünglichen gesetzgeberischen Intention, bereits in diesem frühen Verfahrensabschnitt die entscheidenden, auch strukturellen Weichen zumindest in der Unternehmensinsolvenz gestellt werden. Wenn aber bereits die wesentlichen Verfahrensentscheidungen im Eröffnungsverfahren getroffen werden, drängt sich die Frage auf, ob nicht doch der Weg hin zu einem nur rudimentär ausgestalteten Eröffnungsverfahren bedenkenswert ist, um möglichst schnell in die eigentliche Insolvenzabwicklung überzugehen und die volle Beteiligung der Gläubiger sicherzustellen.¹⁷ Hierzu zählt unbedingt die institutionelle Verankerung der Gläubigermitwirkung bereits im Eröffnungsverfahren, wie dies auch schon Gegenstand einer Gesetzgebungsinitiative im Jahre 2008 gewesen ist,¹⁸ aber auch das Nachdenken über eine auf die Kostendeckung verzichtende Eröffnungsentscheidung, die ebenfalls maßgeblich zu einer Verkürzung des Eröffnungsverfahrens führen würde.

Tatsächlich hat sich das Eröffnungsverfahren zu einem faktisch und vergütungsrechtlich eigenständigen Verfahren entwickelt, ohne dass in einem vergleichbaren Umfang die Rechte der Gläubiger berücksichtigt werden. Hier zeigt sich dann auch, dass die

¹⁶ Kübler/Prütting/Pape, *InsO*, § 21 Rn. 2.

¹⁷ In diesem Sinne schon Ehrlicke, ZIP 2004, 2262, 2266; ähnlich auch im Ergebnis Fritsche, DZWIR 2005, 265, 277.

¹⁸ Abdruck in ZInsO 2008, 367, 371.

Veränderung des Reformentwurfes durch den Rechtsausschuss nicht zu einer entsprechenden Veränderung auch bei der Beteiligung der Gläubiger geführt hat, sodass sich das Eröffnungsverfahren weitgehend zu einem Verfahren unter faktischem Ausschluss der betroffenen Gesamtgläubigerschaft entwickelt hat.

So vollzieht sich nicht nur schon die verfahrensentscheidende Auswahl des Sachverständigen/vorläufigen Verwalters ohne Beteiligung der betroffenen Gläubiger, sondern auch an den weiteren Verfahrensentwicklungen bis zur Eröffnungsentscheidung sind sie nicht beteiligt, weil das Eröffnungsverfahren nur inter partes abgewickelt wird, also zwischen dem Antragsteller, dem Schuldner und dem Gericht – ohne dass die Gläubigergesamtheit an dem Eröffnungsverfahren und seinen Ergebnissen partizipiert. Weder erhalten die schon im Eröffnungsverfahren bekannten Gläubiger Abschriften des Eröffnungsgutachtens, noch werden sie in andere Entscheidungen einbezogen, wie die mögliche Leistung eines Vorschusses oder gar in eine erwogene Abweisung mangels Masse¹⁹ oder in die Eröffnungsentscheidung selbst. So kann es dann auch nicht verwundern, dass die Beteiligung der Gläubiger im 1. Berichtstermin gen Null tendiert, da zu diesem Zeitpunkt – der meist ca. 4 – 5 Monate nach der Antragstellung liegt - aufgrund der normativen Kraft des Faktischen bereits alle wichtigen wirtschaftlichen Entscheidungen gefallen sind und der Gläubigerversammlung in den meisten Fällen nur noch der formale Nachvollzug längst entschiedener Fragen verbleibt. Vor diesem Hintergrund ist dringend über eine verbesserte Einbindung und Beteiligung der bekannten Gläubiger im Eröffnungsverfahren nachzudenken,²⁰ wie es insgesamt einer deutlichen Stärkung der Rolle der Insolvenzgläubiger bedarf, denn dass 10 Jahre nach der Insolvenzrechtsreform mehr als zwei Drittel aller eröffneten Verfahren ohne jede Ausschüttung an die Gläubiger enden,²¹ deutet auf schwer wiegende strukturelle Mängel hin.²² Die Ursachen für den Funktionsverlust liegen dabei gewiss auch im Bereich der Absonderungsgläubiger und zwar aufgrund der „guten“ Arbeit der Banken- und Finanzlobby noch vor dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung. Allerdings haben auch der Gesetzgeber und der BFH ganz wesentlich dazu beigetragen, dass es inzwischen bereits wieder eine Vielzahl fiskalischer Vorrechte gibt, die weit über das Fiskusprivileg der KO

¹⁹ Verschiedene repräsentative Untersuchungen seit 2003 haben ergeben, dass ca. 80 % aller Eröffnungsgutachten mit groben Mängel behaftet sind und die empfohlene Abweisung mangels Masse in vielen Fällen unzutreffend ist; vgl. dazu zuletzt Haarmeyer, ZInsO 2009, 1335 ff.

²⁰ Vgl. dazu u.a. die konstruktiven Vorschläge von Heese, Gläubigerinformation in der Insolvenz, S. 464 ff.

²¹ Ergebnis einer Untersuchung des IfM-Bonn, dazu Kranzusch, ZInsO 2009, 1513 ff.

²² U.a. Ergebnis der gerichtsbezogenen Erhebung am Insolvenzgericht Hamburg, dazu Frind, ZInsO 2009, 1164.

hinausgeht.²³

V. Notwendige Veränderungen

Will man vor den genannten Hintergründen zu einer nachhaltigen Verhaltens- und Verfahrensveränderung im Interesse der Gläubiger und der Verbesserung der Akzeptanz der InsO kommen, dann muss jede Veränderung drei Bereiche gleichzeitig erfassen:

1. Das Antragsverhalten der Unternehmen in der Krise muss sich positiv verändern.
2. Die Beteiligungsrechte der Gläubiger müssen vom ersten Tag des Verfahrens an gesichert und verbessert werden.
3. Die Qualität und Transparenz des Verfahrens muss gesichert und nachhaltig „garantiert“ werden.

Dabei können schon aus Platzgründen die möglichen Maßnahmen nur angerissen werden, gleichwohl sollte aus einer Gesamtschau deutlich werden, dass ein Umdenken auf allen Seiten erforderlich ist, wenn man das sanierungsorientierte Insolvenzrecht tatsächlich auch in der Praxis vermehrt zur erfolgreichen Anwendung bringen will.

Die nachfolgend vorgeschlagenen Maßnahmen würden nach Überzeugung des Verfassers in sehr kurzer Zeit zu einem deutlich veränderten Antragsverhalten beitragen und könnten die enormen betriebs- und volkswirtschaftlichen Schäden mindern– denn jedes erhaltene Unternehmen ist mit den darin gebundenen Arbeitsverhältnissen zugleich auch ein künftiger Steuer- und Beitragszahler. Zugleich könnten die Maßnahmen die Sanierungsfähigkeit und Sanierungswürdigkeit von Unternehmen in der Krise deutlich verbessern, indem massive Anreize und Vergünstigungen für eine frühzeitige Antragstellung gewährt werden.

1. Veränderung des Antragsverhaltens: Motivierung statt Sanktionierung

Will man das Verhalten antragsverpflichteter Schuldner und Unternehmer kurz und knapp charakterisieren, so ergeben alle vorliegenden Befunde das gleiche Ergebnis: Der offene und nachhaltige Rechtsbruch ist die Regel, Ausnahmen sind allenfalls in ganz wenigen

²³ Vgl. dazu die beeindruckende Darstellung von Kahlert in ZIP 2010, 1274.

Einzelfällen feststellbar. Trotz Eintritts der materiellen Insolvenz mehr als 10 Monate vor der Einleitung eines Insolvenzverfahrens wirtschaften die Schuldner so lange weiter, bis auch die letzten finanziellen Reserven erschöpft und das Eigenkapital nahezu vollständig verbraucht sind. Gläubiger, die Druck machen, werden während dieser Zeit noch erstrangig bedient, die anderen nach Möglichkeit überhaupt nicht mehr. Kein Gläubiger wird die Besicherung oder Befriedigung ablehnen, selbst wenn er die Antragspflicht des Schuldners kennt. Je länger die Insolvenzverschleppung andauert, umso höher wird die Zahl der Gläubiger, die eine Anfechtung zu fürchten haben. Sie werden in Konsequenz keinen Massekostenvorschuss leisten oder einen Antrag stellen und sich damit einem Anfechtungsrisiko aussetzen. Zu besonders bizarren Situationen kommt es immer dann, wenn ein Gläubiger dieses Risiko übersieht, die Verfahrenseröffnung durch Vorschuss ermöglicht und dann gegen ihn Anfechtungsansprüche festgestellt werden.

Begründet werden Insolvenzanträge selbst nach langer Verschleppung durchweg mit Zahlungsunfähigkeit oder drohender Zahlungsunfähigkeit, obwohl bereits vor geraumer Zeit die Antragspflicht aufgrund eingetretener Überschuldung entstanden war und die reale Liquiditätssituation eine sehr vertiefte Zahlungsunfähigkeit darstellt.²⁴ In der Praxis ist feststellbar, dass der Zeitpunkt der Überschuldung regelmäßig weit mehr als ein Jahr vor der Antragstellung eingetreten ist.

Über die Dauer fast eines Jahre bis zur dann doch unausweichlichen Insolvenz bewegt sich das antragsverpflichtete Organ einer Kapitalgesellschaft quasi im Dauerstress, verschiebt Gelder von der rechten in die linke Tasche und ist nur noch darum bemüht täglich neu auftretende Löcher zu stopfen und zugleich in den Kreis der Geschäftspartner wie des nahen Umfeldes hinein zu verlautbaren, dass alles in Ordnung sei, obwohl das Gegenteil längst der Fall ist. Die Angst vor der Insolvenz als Stigma des Scheiterns ist über mehr als ein Jahrhundert in Deutschland gewachsen und führt dazu, dass selbst die scharfen Straf- und Haftungsfolgen einer verschleppten Insolvenz die Adressaten nicht erreichen – denn anders ist der ausnahmslose und flächendeckende Rechtsbruch nicht zu erklären. Erreicht aber eine gesetzliche Anordnung ihr Ziel so nachhaltig nicht, dann ist es an der Zeit über andere

²⁴ Die Überschuldung einer Kapitalgesellschaft ist nichts anderes als der Verbrauch des Eigenkapitals und des ersten Euros der Aktivmasse, sodass sich Aktiva und Passiva nicht mehr im Gleichgewicht gegenüberstehen. Theoretisch müssten sich bei Antragstellung Vermögenswerte gegenüberstehen, deren Buchwerte die Verbindlichkeiten nur um 1 € unterschreiten, sodass bei Einhaltung der gesetzlichen Regelungen zur Kapitalerhaltung und zur Antragspflicht die theoretische Quote bei Antragstellung nur geringfügig unter 100 % liegen müsste.

Mechanismen nachzudenken, die anstelle der Sanktionierung vielleicht zu einer Motivation beitragen können, rechtzeitig oder zumindest früher als heute Insolvenzanträge zu stellen.

a. Vorverlagerung der Insolvenzantragspflicht

Einen großen und positiven Einfluss auf die Sanierungschancen für Unternehmen könnte es z.B. haben, wenn die **Geschäftsleiterhaftung** in der Unternehmenskrise nach dem Grundsätzen des „**wrongful-trading**“ dahingehend ausgebaut wird, dass schon das Weiterführen eines Unternehmens in der Krise trotz drohender materieller Insolvenz mit einer persönlichen Schadensersatzpflicht bewehrt wird. Gegenwärtig läuten die Alarmglocken vielfach erst bei Eintritt der materiellen Insolvenz. Bis dahin, so scheint es, sind die Antragsverpflichteten offenbar der Auffassung, haftungsrechtlich auf der richtigen, gefahrlosen Seite zu stehen. In diesem Zuge sollte daher mittelfristig auch an eine Ersetzung der Antragspflicht durch diese Haftungsregelung gedacht werden, da diese auch nach 10 Jahren InsO in der Praxis völlig unbeachtet bleibt und offenbar das Bewusstsein der Handelnden stärkt, bis zu diesem Zeitpunkt ohne haftungsrechtliches Risiko „weiterwirtschaften“ zu können.²⁵ Mit einer Vorverlagerung der Risikosphäre könnte das Bewusstsein der Handelnden in der frühen Phase einer Krise deutlich geschärft und das Antragsverhalten positiv verändert werden.

b. Sonderverfahren bei nur drohender Zahlungsunfähigkeit

Bedenkenswert erscheint es auch, Antragstellern, die das Insolvenzverfahren aus einer Situation der nachweisbar nur drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) initiieren wollen, einen Weg in ein beschleunigtes Moderations- oder Reorganisationsverfahren bei einer spezialisierten Kammer für Handelssachen an einem Landgericht zu eröffnen. Dies würde sowohl die Stigmatisierung der Insolvenz vermeiden, als auch einen Weg eröffnen, in diesem Verfahren die Vorzüge einer institutionellen Sanierung mit Hilfe der InsO in Anspruch nehmen zu können. Ein solcher Weg ließe sich im Rahmen einer Zuständigkeitsverlagerung für Verfahren nach § 18 InsO systemimmanent regeln, was es ermöglicht, die Vorteile einer institutionellen Sanierung auch für noch nicht insolvente Unternehmen zu nutzen. Hinzu

²⁵ Vgl. dazu auch Hirte, ZGR 2010, 224 = ZInsO 2010, 1297ff.

kommt, dass die Kammern für Handelssachen seit Jahrzehnten in einem hervorragenden Ruf stehen.

c. Anspruch auf einen Sanierungstreuhänder

Mit der Einbeziehung eines vom Schuldner bzw. den Gläubigern ausgewählten, von deren Vertrauen getragenen und qualifizierten Sanierungstreuhänders²⁶ bereits in das Eröffnungsverfahren werden die Teilhaberechte der Beteiligten am Verfahren wesentlich gestärkt und insbesondere den Befürchtungen des vollständigen Kontrollverlustes und des sich ausgeliefert fühlen entgegengewirkt. Kann der Schuldner sicher sein, in einem Restrukturierungsverfahren von einer Person des Vertrauens begleitet zu werden, kann dies die Ängste vor dem „Gang zum Gericht“ deutlich abbauen. Dies gilt insbesondere für restrukturierungswillige Schuldner und Sicherungsgläubiger.

Bei tatsächlich nur drohender Zahlungsunfähigkeit wird ein Kontrollverlust für den Schuldner vermieden. Die Eigenverwaltung wird zum Regelfall. Das interessengebundene Vorschlagsrecht für die Person des zu bestellenden Sanierungstreuhänders sichert dessen Akzeptanz. Die Gläubigerrechte bleiben durch die Kontrollfunktion des vorläufigen Verwalters gewahrt. Einem etwaigen Missbrauch kann unverzüglich durch Ausweitung der Sicherungsmaßnahmen des Gerichts gem. § 21 Abs. 1 InsO begegnet werden.

Die Verfahrensabläufe werden wesentlich beschleunigt, da sowohl die Vorbereitung als auch die Moderation und bestenfalls auch die Vorlage der Plankonzeption bereits im Eröffnungsverfahren ermöglicht werden. Die zu erwartende Kooperation zwischen dem Sanierungstreuhänder und dem vorläufigen Verwalter erschließt zudem zusätzliche Ressourcen für die Sanierung.

Schließlich wird dem Stigma des Insolvenzverfahrens durch die formale Einbindung des Sanierungstreuhänders, die Eigenverwaltung und die Beschränkung der Funktion des vorläufigen Verwalters auf wesentliche Kontroll- und Sicherungsaufgaben begegnet. Der Charakter des Verfahrens wird für die Beteiligten somit erkennbar von vornherein auf eine

²⁶ Vgl. dazu Haarmeyer/Wutzke ZInsO 2010, 1201

Sanierung bzw. Restrukturierung des Unternehmens fokussiert, was dem Vertrauensverlust entgegenwirkt.

d. Haftungserleichterungen

Will man eine frühe Antragstellung forcieren und Unternehmen dazu motivieren, so sollte auch darüber nachgedacht werden, das antragsverpflichtete Organ von der gegenwärtigen scharfen Haftungsinanspruchnahme z.B. nach § 64 GmbHG freizustellen und/oder diese Haftung der Höhe nach zu begrenzen. Auch in die regelmäßig übernommenen persönlichen Bürgschaften gegenüber Kreditinstituten könnte, wie z.B. in Frankreich, eingegriffen werden, um damit die persönliche Verschuldungslage des Organs zu entspannen und Anreize für eine frühe Antragsstellung zu geben.

e. Aufhebung des Erfordernisses der Kostendeckung

Das aus den Regelungen der KO übernommene und aufrecht erhaltene Erfordernis der Kostendeckung als Eröffnungsvoraussetzung war schon bei Verabschiedung der Insolvenzrechtsreform rechtspolitisch verfehlt und hat maßgeblich dazu beigetragen, dass die Präventions- und Ordnungsfunktion des Insolvenzrechts nicht in der vom Gesetzgeber gewünschten Weise eingetreten ist. Mit der *de lege ferenda* anzustrebenden konsequenten Durchführung auch der massearmen Verfahren entfällt das Eröffnungsverfahren für Schuldneranträge – d.h. in 75% aller Verfahren – nahezu vollständig, denn es würde sich auf die Frage eines vorliegenden Insolvenzgrundes reduzieren. Dadurch könnte es auch schon in einer sehr frühen Phase des Verfahrens zu einer ersten Gläubigerversammlung und damit einer echten Mitwirkung der Gläubigerschaft kommen.

Würde man z.B. in einem ersten Schritt für Kapitalgesellschaften auf das **Erfordernis der Kostendeckung** gem. § 26 InsO als Eröffnungsvoraussetzung **verzichten**, so gewänne man dadurch nicht nur rechtlich Anschluss an die Verhältnisse in den großen Industrienationen wie Frankreich, England, Italien, Niederlande, Schweden, den USA und Norwegen, sondern würde zugleich ein wichtiges generalpräventives Signal an die Unternehmensverantwortlichen senden, dass eine Verzögerung der Insolvenzantragstellung mit dem Ziel der Abweisung mangels Masse keine Aussicht auf Erfolg mehr haben wird.

Zudem würde die aus der Institutsgarantie des Insolvenzrechts folgende Pflicht zur Gewährleistung verstärkter Rechtsschutzgleichheit unter den Gläubigern deutlich verbessert, denn die gegenwärtigen Verhältnisse mit zu deckenden Kosten von deutlich über 5.000 Euro im Durchschnitt stellen eine besondere Zugangshürde dar, die durchaus verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet.²⁷ Die dadurch zu erwartende deutlich frühere Antragstellung entspricht den Erwartungen des Gesetzgebers bei der Reform der InsO und kann die Sanierungsaussichten wie die Quotenerwartungen deutlich verbessern, denn zugleich kann dadurch das Eröffnungsverfahren massiv verkürzt werden, bei dem gerade für die Feststellung dieser verfassungsrechtlich bedenklichen Voraussetzung enorm viel Zeit vergeudet wird. Die möglichen Ausfälle an Gebühren können sowohl durch die zu erwartende deutliche Verringerung der Sachverständigenentschädigung wie eine deutliche Reduktion der Vergütungen im Eröffnungsverfahren kompensiert werden, ließen sich aber auch durch eine maßvolle Erhöhung der Gebühren für das eröffnete Verfahren und/oder eine Inanspruchnahme der Antragsverpflichteten kostenneutral erreichen. Es sollte aber auch nicht außer Betracht bleiben, dass mit einem solchen Verzicht auf eine Kostendeckung auch eine erhebliche Reduzierung des derzeit erhöhten Ermittlungsaufkommens den Staatsanwaltschaften einhergehen würde.

2. Veränderung der Beteiligungsrechte: Aktivierung der Gläubigerpotentiale

Mindestens ebenso wichtig wie eine Verbesserung der Situation in Unternehmen ist jedoch auch die verstärkte Einbeziehung der Gläubiger und der dort gebundenen Potentiale ein wichtiger Erfolgsfaktor.

a. Vorschlagsrecht für vorläufigen Verwalter

Die gegenwärtige „Zurückhaltung“ insolventer oder in der Krise befindlicher Unternehmen, sich unter den Schutz des Insolvenzrechts zu stellen, ist maßgeblich auch mit der Unkalkulierbarkeit der Person verbunden, die das Gericht als geeignet ansieht, auswählt und bestimmt – ohne regelmäßig die spezifischen Anforderungen für das konkrete Unternehmen zu kennen. Da nicht einmal die sog. Vorauswahllisten öffentlich geführt, sondern in den

²⁷ Vgl. dazu u.a. MüKoInsO-Stürner, Einl. Rn. 78; Heese, Gläubigerinformation, S. 72.

Schreibtischschubladen der Richterinnen und Richter liegen hat schon diese Auswahl vielfach den Charakter eines blind-date, bei dem alle Beteiligten nur hoffen können, dass die Auswahl im Einzelfall die richtige gewesen ist. Angesichts der Situation des Unternehmens und der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung von Insolvenzverfahren kann eine solche Situation letztlich nicht hingenommen werden und wird zu Recht auch seit langer Zeit beklagt. Andererseits gibt es einen großen Kreis angesehener, sanierungs- und erfolgsorientierter Verwalter, die man jedem Unternehmen in der Krise nur als Begleiter und Gestalter wünschen kann. Es sollte daher durchaus auch erwogen werden, dem insolventen Unternehmen und/oder den interessierten Gläubigern ein begründetes Vorschlagsrecht für die Person des zu bestellenden Sachverständigen/vorläufigen Verwalters zu geben. Sei es dass eine geeignete Einzelperson oder auch mehrere Verwalter begründet vorgeschlagen werden und das Gericht von diesem Vorschlag nur dann abweichen darf, wenn es die Person für ungeeignet hält und dies auch entsprechend begründet. Dabei kann auch eine Konkretisierung insoweit vorgenommen werden, als die vorzuschlagende Person aus dem Kreis der Verwalter kommt, die an dem jeweiligen Gericht in Vorauswahllisten geführt werden – was den notwendigen und wünschenswerten Begleiteffekt hätte, dass diese Listen dann auch öffentlich und für jedermann einsehbar wären.²⁸

b. Beschränkung der Stimmrechte auf den Ausfall

Es gehört zu den Ungereimtheiten des gegenwärtigen Insolvenzrechts, dass nicht die durch einen Ausfall am stärksten betroffenen ungesicherten Gläubiger maßgeblichen Einfluss auf das Verfahren haben, sondern letztlich die Gläubiger das Verfahren maßgeblich bestimmen, die über die vorinsolvenzliche Erlangung von Sicherheiten ein deutlich gemindertes Ausfallrisiko tragen. Es ist daher ein Gebot der materiellen Gerechtigkeit die Stimm- und Gestaltungsrechte im Insolvenzverfahren nicht nach dem Maß der erlangten Sicherheiten, sondern nach dem Risiko des Ausfalls zu bestimmen. Dies würde auch zu einer deutlich verbesserten Teilhabe und Teilnahme der ungesicherten Gläubiger am Verfahren führen und zudem den Gedanken der Gläubigergemeinschaft nachhaltig stärken.

c. Stärkung der Informationsrechte

Die Gewährleistung effektiver Informationsrechte sowohl zur Durchsetzung der materiell-

²⁸ In diese Richtung gehen auch die Vorstellungen des BMJ im DiskE zur Neugestaltung von § 56 InsO (Beilage zu ZIP 28/2010)

rechtlichen wie auch der verfahrensrechtlichen Rechtsstellung entspricht einer Forderung nach einer effektiven Institutsgarantie des Insolvenzverfahrens, ist aber im deutschen Insolvenzrecht viel zu stark am schuldnerischen Recht auf informationelle Selbstbestimmung orientiert, die wiederum als Legitimation für eine allzu restriktive Informationspraxis angeführt wird. Hinzu kommt, dass die aus Kostengründen erfolgte Verlagerung der Bekanntmachungen in das Internet dazu geführt hat, dass die damit verbundenen Informationen weitgehend unbeachtet bleiben und die Adressaten nicht wirklich erreichen.

Die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs und des effektiven Rechtsschutzes fordern daher in weiten Bereichen des Insolvenzrechts eine nachhaltige Veränderung. Dazu gehört u.a.:

- Die individuelle Mitteilung an einen einzelnen Gläubiger, sofern gerichtliche Entscheidungen unmittelbar in dessen Rechtsstellung eingreifen, öffentlichen Bekanntmachungen sind grundsätzlich nur den Masseverfahren mit mehr als 100 Zustellungsempfängern vorzubehalten.
- *De lege ferenda* ist der Gesetzgeber gehalten, einen größtmöglichen Individualschutz durch die Bereitstellung eines elektronischen Informationsdienstes nach dem Vorbild des U.S.-amerikanischen *National Creditor Registration Service* zu gewährleisten.
- Der Gesetzgeber sollte die unverzügliche öffentliche Bekanntmachung des Schuldnerantrages im Interesse der potenziellen Insolvenzgläubiger und des sonstigen Rechtsverkehrs vorschreiben. Bei Gläubigeranträgen hingegen ist bis zur öffentlichen Bekanntmachung nach § 23 InsO die verfassungsrechtlich gebotene Informationssperre zu beachten.
- In den Fällen der Abweisung mangels Masse sind auch die nicht förmlich am Verfahren beteiligten Gläubiger unverzüglich zu unterrichten und ihnen ist ein grundsätzlich umfassender Zugang zu den Insolvenzverfahrensakten zu gewähren.
- Dem Insolvenzverwalter sollte aufgegeben werden, nicht nur dem Gericht, sondern in regelmäßigen Abständen der Gläubigerschaft auch außerhalb der Gläubigerversammlungen Bericht über den Stand des Verfahrens zu erteilen.

3. Qualitätssicherung, Transparenz und Informationsfreundlichkeit

Die gegenwärtige Intransparenz des gerichtlichen Verfahrens selbst ist ein ebenso wesentlicher Grund für die mangelnde Akzeptanz der InsO als eines auch unternehmensstrategischen Instruments, wie dies für die Informationsfreundlichkeit und –freudigkeit generell gilt. Dazu trägt maßgeblich bei, dass es für die Abwicklung des Verfahrens selbst keine verbindlichen Standards gibt, sodass die Varianz der Bearbeitung, der Berichterstattung wie der Rechnungslegung und Abwicklung so weit auseinanderfällt, dass dies notwendig auch zu Lasten einer notwendigen Qualitätssicherung geht.²⁹ Auch hier kann durch einzelne Maßnahmen eine erhebliche Verbesserung erreicht werden.

a. Einführung verbindlicher Standards

Über die schon vorhandenen, aber weitgehend konturlosen Qualitätskriterien, sind Standards professioneller Insolvenzverwaltung und transparenter Verfahrensführung zu entwickeln, nebst Setzung von verpflichtenden Standards zur transparenten Rechnungslegung.

Dazu gehört im Interesse der Transparenz und Erleichterung der Kontrolle u.a.³⁰

- die Vorgabe eines verbindlichen Inhalts von Gutachten und Berichten
- die Vorgabe eines für das Rechnungswesen einzuhaltenden Kontenrahmens,
- die Anwendung der bewährten Regelungen zur Buchführung aus dem HGB sowie
- die verbindliche Vorgabe einer Verwertungsübersicht im Sinne eines Cash-Flow-Status aus dem sich in zusammengefasster Form Mittelherkunft und

²⁹ Vgl. z.B. die Auswertung von Eröffnungsgutachten mit einer Fehlerquote von 80% bei Haarmeyer ZInsO 2009, 1335ff

³⁰ Vgl. dazu auch die Vorschläge von Haarmeyer/Hillebrand, ZInsO 2010, 702ff.

Mittelverwendung erkennen lässt.

b. Professionalisierung der Verwalterschaft und Deckelung der Vergütung

Ein maßgeblicher Grund für die nicht vorhandene Akzeptanz des Insolvenzverfahrens liegt in der Tatsache, dass mehr als die Hälfte der über 2.000 Insolvenzverwalter jährlich weniger als 10 Verfahren bearbeiten und mithin Gelegenheitsverwalter sind, die ihr Einkommen auch aus anderen Tätigkeiten erzielen. Damit verbindet sich notwendig die Sorge insolventer Unternehmen an einen Insolvenzverwalter zu geraten, der sich dann auch nur gelegentlich und nicht professionell um das Unternehmen kümmern wird, was wiederum die Sorge vor dem Kontrollverlust an einen unbekanntem Insolvenzverwalter noch erhöht. Dazu gehört auch, dass bei solchen Verhältnissen die notwendige personelle wie sachliche Infrastruktur im Büro des Verwalters schon aus Kostengründen nicht vorgehalten werden kann, sodass an diese Stelle ein Netz von Dienstleistern getreten ist, die, ohne jede gerichtliche Legitimation, die Abwicklung in der Praxis mit nachweisbar extrem hohen Kosten vielfach übernommen haben. Eine Gelegenheitsverwalterstruktur führt natürlich auch dazu, dass das betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Bemühen vorhanden ist, einen möglichst großen Teil der Insolvenzmasse für sich zu vereinnahmen, was dann auch zum Teil erklärt, warum sich in den vergangenen 10 Jahren die Vergütungen der Verwalter verdreifacht haben, während die Quoten für die Gläubiger konstant niedrig geblieben sind.

Vor diesem Hintergrund ist zu fordern, dass einerseits nur ausschließlich mit Insolvenzverfahren und Unternehmen in der Krise befasste Personen zum Amt des Insolvenzverwalter zuzulassen sind, sodass in jedem Fall das Vorhandensein einer professionellen Infrastruktur „garantiert“ werden kann, dass man aber gleichzeitig die vielfach unkontrollierten Begehrlichkeiten dadurch begrenzt, dass die Vergütungen in einem Insolvenzverfahren sich maßgeblich nach dem Erfolg des Verwalters richten und zugleich der Höhe nach auf einen Betrag von 30 oder 40% der Insolvenzmasse begrenzt werden. Auf diese Weise könnten einerseits die Sorgen insolventer Unternehmen in die Hände nicht professioneller „Plattmacher“ zu fallen behoben werden und zugleich wäre gewährleistet, dass das Befriedigungsinteresse der Gläubiger im Mittelpunkt des Verfahrens steht und letztlich auch zu einer entsprechenden Quotenzahlung führt – was wiederum das Interesse an einer aktiven Teilnahme am Verfahren deutlich verbessern könnte.

c. Konzentration und Professionalisierung der Gerichte

Einer der unbestrittenen Schwachpunkte der Verfahrensabwicklung in Deutschland liegt in der Verteilung der Insolvenzgerichtsbarkeit auf 191 Insolvenzgerichte, bei denen in der Mehrheit Richter und Rechtspfleger tätig sind, die das Insolvenzrecht nur neben anderen Rechtsgebieten bearbeiten, obwohl es von seinem Anforderungsprofil zu den schwierigsten Bereichen justizieller Tätigkeit gehört. Die damit verbundenen Folgen nicht professionellen gerichtlichen Tätigseins wirken sich negativ auf die gesamte Insolvenzabwicklung aus und führen zu Strukturen die der Bedeutung der Insolvenzabwicklung schon lange nicht mehr gerecht werden. Unverzichtbar für eine nachhaltige Verbesserung ist daher auch im gerichtlichen Bereich die Institutionalisierung professioneller Strukturen durch eine möglichst starke Konzentration der Insolvenzgerichte für Unternehmensinsolvenzverfahren. Sei es dass diese im Rahmen einer Spezialzuständigkeit bei den Oberlandesgerichten, den Kammern für Handelssachen oder nur eines bestimmten Gerichtes im Bezirk eines Landesgerichts³¹ erfolgt. Notwendig einher gehen muss diese Konzentration allerdings mit einer Ausstattung der Gerichte mit besonders qualifiziertem Personal, das aufgrund eigener rechtlicher wie wirtschaftlicher Kompetenz auch in der Lage ist, die in einem Insolvenzverfahren anstehenden wirtschaftlichen Entscheidungen eigenständig zu prüfen, ansonsten verlagern sich die heute deutlich werdenden Probleme nur auf eine andere Ebene.³²

³¹ So auch der Vorschlag des DiskE des BMJ, abgedruckt in der Beilage ZIP 28/2010.

³² Dazu zuletzt auch Frind, ZInsO 2010, 1161, 1168

VI. Würdigung der Vorschläge im RegE-ESUG

Der rechtspolitisch anzuerkennende Wille der Bundesregierung zur Erleichterung der Sanierung und zur Verbesserung der Stellung der Gläubiger im Insolvenzverfahren ist bei einer Umsetzung des vorliegenden RegE-ESUG zum Scheitern verurteilt – darin sind sich alles Insolvenzrechtler und Insolvenzpraktiker sowie die Gerichte einig. Ein Erfolg wird mithin nur dann eintreten, wenn der Rechtsausschuss die ihm zufallende Rolle wirklich ernst und auch rechtspolitisch annimmt und die seit 10 Jahren dümpelnde Reformruine zu neuem Leben erweckt. Bei einer unzureichenden Umsetzung dürfte die Insolvenzordnung in wenigen Jahren das gleiche Schicksal ereilen wie die Konkursordnung.

Nachfolgend soll daher der notwendige Änderungsbedarf kursorisch dargestellt werden:

Eröffnungsverfahren

- § 13 als Zulässigkeithürde iVm §§ 21, 22 RegE-ESUG eröffnet eine sanktionslos(!) bleibendes Manipulationspotential für den Schuldner, überfordert zugleich die Mehrzahl der insolventen Unternehmen und verhindert zudem die schnelle Anordnung von Sicherungsmaßnahmen, da deren Erlass von der Zulässigkeit des Antrags abhängig ist. Mit dem vorliegenden Modell treten daher schon in den ersten 2- 3 Wochen völlig unnötige Verzögerungen ein, die geeignet sind, ggf. noch vorhandene Sanierungsoptionen allein wegen Zeitablaufs zu vernichten. **Vorschlag:** Streichung und Ersetzung durch ein für alle Unternehmen verbindlich vorzugebendes Antragsformular nach § 13 Abs. 3 InsO (mit dem das BMJ schon seit 2007 im Verzug ist).
- Eine Begrenzung für Schuldnerunternehmen i. S. d. § 22a I Nr. 1–3 InsO RegE-ESUG kann und darf es jedoch nicht geben. Es gibt keinen sachlichen Grund, den redlichen Schuldnerunternehmen, die sich mit ihren Gläubigern rechtzeitig verständigen, die Möglichkeit zum gemeinsamen Wirken und Gestalten zu verwehren. Nur auf diese Weise kann das immer noch bestehende Stigma der Insolvenz sukzessive überwunden und eine frühzeitige Antragstellung gefördert werden. Das erfordert dann auch einen

verfahrensfesten und gläubigerautonom gestalteten Zugang zum Insolvenzverfahren für alle Unternehmen, in dem die zentralen Entscheidungen für das weitere Verfahren bereits in den ersten Tagen veranlasst werden müssen. Allen Unternehmen und damit auch allen Gläubigern muss (zumindest) die Option eröffnet werden, von sich aus die maßgeblichen Entscheidungen wirksam zu beeinflussen.

- Bei einer Beschränkung der Möglichkeiten zur Mitwirkung eines vorläufigen Gläubigerausschusses auf Unternehmen einer bestimmten Größenklasse besteht zudem die große Gefahr, dass sich unter den Verwaltern eine Zwei-Klassen Gesellschaft bildet (faktische Institutsverwaltung). Der gegenwärtig bereits laufende Konzentrationsprozess in der Verwalterschaft in Form von Fusionen mit Beratungsgesellschaften macht diese Gefahr überdeutlich. Dem gilt es – vor allem für den Erhalt hervorragender regionaler Verwalterbüros mit hohen Sanierungserfolgen – durch die Öffnung dieses gläubigerbestimmten Eröffnungsverfahrens für alle Unternehmen, die initiativ und entsprechend vorsorgend handeln, entgegenzuwirken. Übermäßigem Einfluss einzelner Gläubiger oder Gläubigergruppen werden durch das Erfordernis der Einstimmigkeit oder einer qualifizierten Mehrheit in angemessener Weise Grenzen gesetzt. Daher sollte unbedingt die vorgeschlagene Neuregelung in § 56 Nr. 3 RegE-ESUG gestrichen werden, denn die Ausarbeitung eines Insolvenzplans setzt eine intensive Vertretung der Interessen des Schuldners voraus, sodass ein so aktiv für den Schuldner tätig gewordener Berater als späterer Insolvenzverwalter nicht mehr als unabhängig angesehen werden kann.
- Die bei Vorhandensein der Voraussetzungen des § 22 a I RegE-ESUG vorgesehene obligatorische Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses durch das Insolvenzgericht, führt in der Praxis zu massiven Verzögerungen, da das Votum dieses Ausschusses schon für die Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters einzuholen ist – dessen Einsetzung aber idR schon in den ersten Tagen geboten ist. Daher keine Einführung einer gerichtlich bestimmten obligatorischen Bildung von vorläufigen Gläubigerausschüssen, sondern Eröffnung einer Option für Schuldner/Gläubiger durch eigene Initiative bzw. Antrag und Besetzungsvorschlag mit dem Antrag auf Eröffnung oder spätestens am 2. Werktag danach einen solchen einrichten zu lassen – beschränkt allein auf eine Missbrauchskontrolle des Gerichts, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte ein Verstoß gegen die Regelungen des § 67 Abs. 2 InsO deshalb nahe liegt, weil eine der dort genannten Gruppen nicht bei Bildung des vorläufigen Ausschusses berücksichtigt worden ist.

- Will man das rechtspolitische Ziel einer Stärkung der autonomen Gläubigermitbestimmung in die Praxis erfolgreich umsetzen, dann müssen Mitbestimmung und Einbeziehung aller Gläubiger – in Verbindung mit einer starken Anreizfunktion für insolvente Schuldner zur frühzeitigen Antragstellung – als Option vom ersten Tag eines Verfahrens an eröffnet werden. Gleichzeitig dürfen die gebotenen schnellen (wirtschaftlichen) Entscheidungen aber nicht durch die individuelle gerichtliche Aufgabenwahrnehmung behindert oder verzögert werden. Im Übrigen ist dies auch nur konsequent, denn wenn den Gläubigern schon heute das Letztentscheidungsrecht über den Insolvenzverwalter zusteht – wenn auch zeitlich viel zu spät –, dann bedingt eine Stärkung der Rechte auf autonome Verfahrensgestaltung auch, ihnen in bestimmten Fällen bereits das Erstbenennungsrecht zu geben, wie dies ja auch im Rahmen des Bankenrestrukturierungsrechts in vergleichbarer Weise erfolgt ist.
- Der vorläufige Gläubigerausschuss sollte ein 5-er-Ausschuss sein, in dem neben den Vertretern der Kreditwirtschaft jeweils ein Vertreter der Sicherungsgläubiger, der ungesicherten Gläubiger, der institutionellen Gläubiger sowie ein Vertreter der Mitarbeiter präsent ist. Entscheidungen des Ausschusses im Eröffnungsverfahren sollten mit qualifizierter Mehrheit erfolgen müssen, einschließlich des Vorschlagsrecht für einen zu bestellenden (vorläufigen) Insolvenzverwalter. Das Vorschlags- und Besetzungsrecht für diesen Ausschuss steht allein den Gläubigern zu.
- § 22 a Abs. 2 RegE-ESUG letzter Halbsatz ist zu streichen, denn mit dieser Fassung und dem darin verbrieften Recht zur Bestellung eines vorläufigen Verwalters aus Gründen der Eilbedürftigkeit ohne Votum des vorläufigen Gläubigerausschusses wird die rechtspolitisch gewollte stärkere Gläubigerbeteiligung in der Praxis schlicht von jedem Gericht nach Belieben unterlaufen und der jetzige Rechtszustand zementiert. Das dann zu einem späteren Zeitpunkt ausgeübte Bestimmungsrecht des vorläufigen Gläubigerausschusses läuft damit in der Praxis leer, weil zu diesem Zeitpunkt die wichtigsten wirtschaftlichen Weichenstellungen bereits erfolgt sind.

Schnelle und direkte Eröffnung von Verfahren

Gegenwärtig ist der Zugang zu den zentralen Sanierungsmöglichkeiten, wie z. B. dem Insolvenzplan, nur mit erheblichen zeitlichen Verzögerungen und hohen Kosten möglich. Dieser Zustand sollte im Interesse der Wahrung und Nutzung der institutionellen Sanierungsoptionen zumindest in den Fällen verändert werden, in

denen nur ein enges zeitliches Fenster für eine Sanierung oder Umstrukturierung zur Verfügung steht. Garantieren Gläubiger durch Zahlung oder Sicherstellung die Kosten eines solchen Verfahrens und beantragen die sofortige Eröffnung, so ist das Gericht gehalten, das Verfahren unter Dispensierung von der in anderen Fällen bestehenden Amtsermittlungspflicht sofort zu eröffnen. Obwohl diese Möglichkeit theoretisch schon heute gegeben ist, sollte die Bestimmung als weitere Anreizfunktion ausdrücklich in die Insolvenzordnung aufgenommen werden, um auf diese Weise einen schnellen, kostensparenden und direkten Zugang, z. B. zum Insolvenzplanverfahren, zu eröffnen. Dazu bietet sich eine entsprechende Ergänzung des § 26 Abs. 1 InsO an.

Kein Zugang zu Verfahrenserleichterungen ohne Quotengarantie

Um einerseits den Missbrauch des Insolvenzrecht zu vermeiden und den Schuldner zu einer frühen Antragstellung zu ermuntern, sollte der Zugang zum Verfahren der Eigenverwaltung wie zum Planverfahren allein und objektiv von der Vorlage des Entwurfs eines Insolvenzplans oder eines Sanierungskonzeptes, einer garantierten Quote von 20 bzw. 30% sowie einem einstimmigen Votum eines vorläufigen Gläubigerausschusses abhängig gemacht werden, dem, unter den gleichen Voraussetzungen wie im Eröffnungsverfahren, auch das Bestimmungsrecht für einen vorläufigen Sachwalter zusteht. Damit könnte einerseits die rechtlich wie tatsächlich zweifelhafte Bescheinigung einer nur drohenden Zahlungsunfähigkeit entfallen und der Schuldner wird, so er denn die Eigenverwaltung anstrebt, schon vor der Antragstellung zu einer Konsultation seiner Gläubiger und einer frühen Antragstellung „gezwungen“, um die Quote von 30% absichern zu können. Auf diese Weise bleibt auch die Autonomie und die Gläubigerorientierung des Verfahrens erhalten, ohne dass die Gefahr des Missbrauchs besteht. Mit dieser schlanken Regelung könnten nicht nur alle im bisherigen Entwurf enthaltenen Sollbruchstellen beseitigt werden, sondern es könnte zugleich eine Brücke für alle Schuldner eröffnet werden, die sich frühzeitig um die Bewältigung der Krise bemühen. Den Zugang zu einem den Schuldner begünstigenden Verfahren der Eigenverwaltung oder zum Planverfahren ohne eine Quotengarantie für die Gläubiger als Gegenleistung darf es nicht geben.

Planverfahren

- Im RegE-ESUG fehlt zum **Planverfahren** eine Regelung die es den Alt-Anteilseignern erlaubt, sich finanziell an einer effektiven Kapitalerhöhung (erneut) zu beteiligen und die frühere Anteilsquote so zu erhalten, was ja wegen § 39 I Nr. 5 InsO nicht durch einen Debt-to-equity-swap geschehen kann. Eine Beteiligung ist daher nur durch eine effektive Einlageleistung nach den §§ 14, 19 GmbHG möglich, aber in jedem Fall auch zur Stärkung der Sanierung des Unternehmens sinnvoll und sollte daher unbedingt aufgenommen werden.
- Wesentlich gravierender noch ist der völlig unverständliche Wegfall der Zustimmungsfingierung aus § 230 II DisKE-ESUG. Nach der nun vorgesehenen Regelung müssen einem Insolvenzplan positive Erklärungen der von einem debt-to-equity-swap betroffenen Gläubiger beigefügt werden, was im Verfahren zu extremen Verzögerungen führen kann, die eine bei Planbeschluss noch mögliche Sanierung letztlich über Zeitablauf so verzögert, dass sie nicht mehr realisierbar wird. Hier sollte unbedingt, die Fingierung der Zustimmung der betroffenen Gläubiger in der ursprünglichen Fassung eingefügt werden.
- Gravierend ist zudem der vielfach zu vernehmende Einwand, dass sich der Reformgesetzgeber mit den jetzigen Regelungen zur gesellschaftsrechtlichen Differenzhaftung nicht auseinander gesetzt hat und es mit den neuen Regelungen möglich werde, quasi stammkapitallose Gesellschaften in haftungsbeschränkender Rechtsform zuzulassen, ohne jede gläubigerschützende Regulierung (vgl. dazu mit einem Formulierungsvorschlag für § 56 Abs. 3 (neu) GmbHG *Hölzle*, NZI 2011, 124, 129; *Brinkmann*, WM 2011, 97, 101).

Eigenverwaltung

- Die rechtspolitisch gewollte Stärkung der **Eigenverwaltung** scheitert nach Einschätzung nahezu aller Beteiligten in der gegenwärtigen Fassung des RegE-ESUG an dem völlig diffusen und manipulationsanfälligen Erfordernis einer nur „fachkundigen“ Bescheinigung, der jederzeit durch Fälligestellung einer einzigen Forderung eintretenden Zahlungsunfähigkeit, die nach der derzeitigen Fassung die Eigenverwaltung sofort beendet, sowie der völlig inakzeptablen privilegierten Rücknahmemöglichkeit nach § 270 a II RegE-ESUG, bei deren Wahrnehmung der

Schuldner erst recht und unmittelbar zahlungsunfähig und damit auch sofort wieder insolvenzantragspflichtig nach § 15 a InsO wird.

- Will man also die Eigenverwaltung tatsächlich stärken – was nach Auffassung nahezu aller Beteiligten gewollt ist - dann kann dies auch rechtspolitisch nur gerechtfertigt und akzeptiert werden, wenn der Gläubigerschutz dabei hinreichend beachtet wird und der Schuldner bereits bei der Antragstellung in Vorleistung tritt.
- Der Zugang zum Eigenverwaltungsverfahren sollte daher – unabhängig vom Insolvenzgrund – allein von der Vorlage eines objektiven und überprüfbaren Sanierungskonzeptes (und/oder in Verbindung mit einer Mindestdeckungsquote) bzw. eines Insolvenzplanentwurfs abhängig gemacht werden, die zumindest den seit langem von der Rechtsprechung anerkannten Anforderungsprofilen entsprechen oder aber von der mit dem Antrag auf Eigenverwaltung eingereichten Erklärung eines aus allen beteiligten Gruppen bestehenden vorläufigen Gläubigerausschusses, der neben der Zustimmung zur Eigenverwaltung zugleich auch das vorgelegte Sanierungskonzept bzw. den Planentwurf als sachliche Verfahrensgrundlage anerkennt.

Entstigmatisierung des Insolvenzverfahrens – Einführung eines Sanierungsverfahren unter dem Dach der Insolvenzordnung

Angesichts der bisherigen Erfahrungen ist es noch nicht gelungen, das Insolvenzverfahren nicht als das wirtschaftliche Ende eines Unternehmens im Bewusstsein der Unternehmen und der Öffentlichkeit zu verankern, vielmehr lebt das Stigma der Insolvenz als Dokumentation eines Scheiterns weiter fort. Ein wesentlicher Beitrag zu einer Entstigmatisierung könnte dadurch geleistet werden, dass ein Insolvenzverfahren, das mit der Vorlage eines Insolvenzplans oder eines Sanierungskonzeptes eingeleitet wird, auch in der Außendarstellung nicht als Insolvenzverfahren, sondern als „Sanierungsverfahren“ bezeichnet und mit einem gesonderten Aktenzeichen versehen und auch als solches bekannt gemacht wird. Die dazu seit Sommer 2010 in Österreich gemachten Erfahrungen legen nahe, auch in Deutschland ein solches Angebot zu machen, denn es fällt ein Teil der Stigmatisierung weg, wenn im öffentlichen Bewusstsein ein Schuldnerunternehmen in einem Sanierungsverfahren als ein Aliud gegenüber einem Insolvenzverfahren angesehen wird.

Strukturveränderung der Vergütung in Insolvenzverfahren

Das Vergütungsrecht ist mit seiner Orientierung an einer gesetzlichen Regelvergütung als Bruchteil der Verteilungsmasse in der Praxis weitgehend gescheitert und hat die Gläubigerorientierung der Insolvenzverwaltung ins Gegenteil verkehrt. Fast zwei Drittel aller Insolvenzverfahren enden inzwischen mit der Quote „0“ und exorbitant hohe Vergütungen sind an der Tagesordnung. Will man dieser Entwicklung Einhalt gebieten so muss der Gesetzgeber tätig werden und die Fremdnützigkeit der Insolvenzverwaltung auch vergütungsrechtlich untermauern. Dazu gehört in erster Linie eine Deckelung der Vergütung, die in der Regel nicht mehr als ein Drittel der Verteilungsmasse betragen darf, es sei denn die Gläubigerversammlung stimmt einer Hebung des Deckels wegen der besonders erfolgreichen Arbeit des Insolvenzverwalters zu. Auch die Vergütung in der vorläufigen Verwaltung sollte keine Anreize bieten, das Eröffnungsverfahren länger als im Interesse der Gläubiger unbedingt erforderlich in die Länge zu ziehen. Unbedingt notwendig ist auch eine Senkung der Auslagenpauschalen und ihre zeitliche Begrenzung auf das erste und zweite Jahr, weil die gegenwärtige Fassung dazu führt, dass Verfahren schon alleine deshalb in die Länge gezogen werden, weil auch die „hängenden“ Akten in der Summe erhebliche Erträge garantieren. Ausdrücklich erlaubt werden sollten zudem erfolgsbezogene Vergütungsvereinbarungen, um gerade den Anreiz für Sanierungen auch durch entsprechende Honorierungen zu erhöhen. Das gegenwärtige System berücksichtigt den extrem hohen Aufwand einer erfolgreichen Sanierung nur völlig unzureichend, sodass eine solche Regelung die Vorstellungen des Gesetzgebers im RegE-ESUG zur Erleichterung von Sanierungen in angemessener und direkter Weise unterstützt.