



Verband  
Insolvenzverwalter  
Deutschlands e.V.

---

## **Stellungnahme**

**des**

**Verbandes Insolvenzverwalter Deutschlands e. V.**

**zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, ESUG, Bundestagsdrucksache 17/5712**

**durch den Sachverständigen**

**Dr. Christoph Niering**

**als Fachanwalt für Insolvenzrecht und Vorsitzender des VID**

Dem Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e. V. gehören mehr als 450 Insolvenzverwalter an. Mit seiner satzungsmäßigen Verpflichtung zur Zertifizierung und zur Einhaltung der Grundsätze ordnungsgemäßer Insolvenzverwaltung hat der VID Maßstäbe für eine unabhängige, transparente und qualitativ anspruchsvolle Insolvenzverwaltung gesetzt.

Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e. V. Jägerstraße 26, 10117 Berlin  
Tel: 030-204555 25, Fax: 030-204555 35, e-Mail: [info@vid.de](mailto:info@vid.de)

---

---

## **Vorbemerkung**

Der vorliegende Gesetzentwurf hat in vielfältiger Weise die Anregungen aus Wissenschaft und Praxis zum Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums aufgegriffen. Er stärkt den Sanierungsstandort Deutschland und verzichtet auf die Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens, dessen rechtliche Probleme in der Diskussion deutlich geworden sind. Dennoch enthält er weiterhin einige gravierende Schwächen, welche die gesetzgeberische Absicht einer Erleichterung der Sanierung von Unternehmen in Frage stellen.

Der VID hat bereits in der Stellungnahme vom 02.05.2011, sowie in der gemeinsamen Stellungnahme mit dem Gravenbrucher Kreis und der BAKInso vom 29.04.2011 auf die wesentlichen Schwachstellen ([www.vid.de/gesetzgebung/stellungnahme\\_des\\_vid](http://www.vid.de/gesetzgebung/stellungnahme_des_vid)) hingewiesen. Daher dürfen wir nachfolgend die vier aus unserer Sicht wesentlichen Problemkreise nochmals hervorheben.

### **1. Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters und des Sachwalters**

Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters und des Sachwalters ist ein unverzichtbares Grundprinzip der Insolvenzordnung und eine zwingende Voraussetzung für eine erfolgreiche Sanierung insolventer Unternehmen. Daher ist die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters nach geltendem Recht in § 56 Abs.1 InsO unmissverständlich verankert. Nunmehr soll nach den Regelungen in § 56 Abs.1 Satz 3 Nr.2 und 3 InsO eine Beratung des Schuldners vor dem Eröffnungsantrag in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folge (Nr. 2) oder die Erstellung eines Insolvenzplans unter Einbindung des Schuldners und der Gläubiger (Nr.3) in Hinblick auf die erforderliche Unabhängigkeit als unbedenklich gelten.

Die Erstellung des Insolvenzplans ist einem Sanierungsberater nur dann möglich, wenn er in enger Zusammenarbeit mit dem Schuldner in eine umfassende Beratung und Prüfung aller rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge eintritt. Da er im Auftrag des Schuldners tätig wird, wird die Erstellung des Insolvenzplans nicht in erster Linie der optimalen Gläubigerbefriedigung sondern vor allem dem Interesse des Schuldners dienen. Daher wird sich ein mit der Planerstellung vorbefasster Insolvenzverwalter oder Sachwalter immer dem Vorwurf ausgesetzt sehen, dass der von ihm erarbeitete Insolvenzplan und damit möglicherweise auch das von ihm geführte Insolvenzverfahren nicht vorrangig bzw. ausschließlich der bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger dient.

---

Über § 274 Abs.1 InsO gilt die geplante Neuregelung in § 56 Abs.1 Satz 3 Nr.2,3 InsO auch für den „mitgebrachten“ Sachwalter im Schutzschirmverfahren nach dem neuen § 270 b InsO. Darüber hinaus wäre der Sachwalter künftig auch dann nicht in seinem Amt gehindert, wenn er die nach § 270 Abs.1 Satz 3 InsO geforderte Bescheinigung über die drohende Zahlungsunfähigkeit selbst ausgestellt hat. Auch hier wäre der so vorbefasste Sachwalter dem Vorwurf einer Interessenskollision ausgesetzt. Deshalb muss klargestellt werden, dass der Aussteller einer solchen Bescheinigung unabhängig von dem Schuldner zu sein hat und mit der Angelegenheit nicht vorbefasst gewesen sein darf.

Natürlich darf das Wissen des Sanierungsberaters, welcher einen Insolvenzplan bereits ausgearbeitet hat, nicht verloren gehen. Die nunmehr geplante Stärkung der Eigenverwaltung ist ein hervorragendes Mittel zur aktiven Mitgestaltung des Sanierungsprozesses durch den vom Schuldner beauftragten Sanierungsberater. Gemeinsam mit dem Schuldner kann der Sanierungsberater nach den bestehenden gesetzlichen Regelungen in der Eigenverwaltung das „Heft des Handelns“ im Sanierungsprozess in der Hand behalten. Der unabhängige Sachwalter wird sich allein auf die Aufsicht der Verfahrensabläufe im Rahmen seiner gesetzlichen Befugnisse beschränken.

Im Ergebnis sind § 56 Abs.1 Satz 3 Nr.2 und Nr. 3 InsO ersatzlos zu streichen. In Bezug auf den Sachwalter ist noch ergänzend klar zu stellen, dass dieser zuvor nicht die nach § 270 b InsO erforderliche Bescheinigung ausgestellt bzw. hieran mitgewirkt hat.

## **2. Auswahl des Insolvenzverwalters**

Ein Kernpunkt der Gesetzesinitiative ist die stärkere und auch frühzeitigere Beteiligung der Gläubiger am Insolvenzverfahren. Es stellt sich allerdings die Frage, ob die jetzt gefundene Regelung zur Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 22a Abs.1 InsO zwingend notwendig und praktikabel ist. Die Diskussion um die mit der jetzigen Regelung verbundene zeitliche Verzögerung und die damit einhergehende Gefährdung des Sanierungserfolges zeigt, dass auch bei bestem Bemühen um eine ausgewogene gesetzliche Regelung die inhärenten Zwänge der Frühphase von Insolvenzverfahren nicht beeinflusst werden können. Auch steht zu befürchten, dass der von einem vorläufigen Gläubigerausschuss gewählte vorläufige Insolvenzverwalter auf Dauer in eine zweifelhafte Abhängigkeit von dem Wohlwollen einzelner Großgläubiger geraten könnte.



---

Es ist unbestritten, dass gerade in den ersten 48 Stunden eines Insolvenzverfahrens die ganz wesentlichen Entscheidungen für ein erfolgreiches Insolvenzverfahren und damit auch eine erfolgreiche Sanierung des Unternehmens getroffen werden. Bei der zwingenden Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses und den damit verbundenen administrativen Abläufen, verstreichen diese ersten Stunden und Tage nutzlos. Da hilft es auch wenig, wenn in dieser Phase der Entscheidungsfindung Sicherungsmaßnahmen angeordnet werden. Das Marktumfeld des Unternehmens reagiert häufig innerhalb weniger Stunden. Einmal gekappte Lieferbeziehungen oder aber Kunden, die sich bereits in Richtung eines Mitbewerbers orientiert haben, können, wenn überhaupt nur mit großer Mühe wieder reaktiviert werden. Die über die Printmedien und auch die elektronischen Medien erreichte öffentliche Wirkung verstärkt den zeitlichen Druck noch zusätzlich.

Daher kommt, wenn überhaupt, nur ein präsenter vorläufiger Gläubigerausschuss in Betracht. Es ist also erforderlich, dass der Schuldner die Erklärung der möglichen Gläubigerausschussmitglieder bereits dem Antrag als Anlage beifügt. Auch die Entscheidungsfindung zu der Person des vorläufigen Insolvenzverwalters muss in diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen sein. Soweit ein konkreter Vorschlag zur Bestellung gemacht wird, müsste auch der Vorgeschlagene bereits zu diesem Zeitpunkt eine Erklärung zu seiner Unabhängigkeit abgeben. Nur so wäre es dem Insolvenzgericht möglich, innerhalb weniger Stunden eine im Sinne der erfolgreichen Sanierung notwendige Entscheidung über die Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters zu treffen.

In jedem Fall sollten die in § 22a Abs.1 InsO bestimmten Schwellenwerte (Unternehmensgröße) angepasst werden. Die jetzigen Schwellenwerte würden einen vorläufigen Gläubigerausschuss schon bei Kleinunternehmen erzwingen und damit in sehr vielen Fällen ein zeitaufwendiges Auswahl- und Besetzungsverfahren notwendig machen. Gerade in kleineren und mittleren Unternehmensinsolvenzen ist aber die Bereitschaft zur Mitwirkung auf Seiten der Gläubiger häufig äußerst gering. Schon aufgrund der räumlichen Distanz zum Sitz des Insolvenzgerichts ist eine Mitwirkung zudem äußerst zeitaufwendig. Dieses Verfahren würde somit zu einer erheblichen Verzögerung der zu Verfahrensbeginn notwendigen Sicherungsmaßnahmen führen. Insbesondere die Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters, bei dessen Auswahl der vorläufige Gläubigerausschuss mitwirken soll, würde hierdurch erheblich verzögert. Daher sollten die Werte nach § 267 Abs.3 HGB für große Kapitalgesellschaften und das Vorliegen von mindestens zwei der dort genannten Kriterien als Schwellenwerte herangezogen werden.

---

Um diese Auswirkungen zu verhindern, sieht der neue § 22a Abs.2 InsO vor, dass bei möglichen Nachteilen für die Insolvenzmasse im Falle einer Verzögerung von einem vorläufigen Gläubigerausschuss abgesehen werden kann. Diese Ausnahme droht bei kleineren und mittleren Unternehmensinsolvenzen zur Regel zu werden, weil die Gerichte auch dort ihren Sicherungsaufgaben nachkommen müssen.

Die geschilderten Schwierigkeiten können auch nicht durch die vorgesehene Auskunftspflicht des Schuldners über mögliche Mitglieder eines vorläufigen Gläubigerausschusses, § 22 a Abs.3 InsO, vermieden werden. In vielen Fällen werden selbst mittlere Unternehmen diese Auskunft überhaupt nicht oder nicht vollständig geben können. Gerade die mangelnde Übersicht über die Gläubigerstrukturen ist schon ein Grund für die Unternehmenskrise. Dasselbe gilt selbstverständlich auch für die in § 13 Abs.1 Satz 2 bis 4 InsO geforderten weiteren Auskünfte.

Schließlich muss die Pflichtbesetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses und des Gläubigerausschusses nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nochmals überdacht werden. Ein pauschaler Verweis auf § 67 InsO und nur die geringe Korrektur in Bezug auf den Vertreter der Arbeitnehmer reicht hierzu nicht aus. Die Regelung in § 67 InsO bezieht sich allein auf die Einsetzung eines Gläubigerausschusses nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und vor der ersten Gläubigerversammlung. Zuständig hierfür ist das Insolvenzgericht, sodass davon auszugehen ist, dass auch wesentliche Gläubiger in den Gläubigerausschuss berufen werden, wenn diese nicht zu den Pflichtmitgliedern zählen. Zu diesen Gläubigern gehörten vor allem die Gläubiger öffentlicher Interessen, wie Pensions-Sicherungs-Verein, Agentur für Arbeit, Sozialversicherungen etc. Für den Schuldner wird es jedoch wenig Sinn machen, den Kreis der vorläufigen Gläubigerausschussmitglieder gerade noch um diese Gläubiger zu erweitern. Der in der Regierungsbegründung gegebene Hinweis auf die Möglichkeit des § 67 Abs.3 InsO hilft insoweit nicht weiter, da sie gerade nicht verpflichtend ist.

### **3. Schutzschirmverfahren nur bei drohender Zahlungsunfähigkeit**

Das vorgesehene Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO kann nur dann ein Anreiz zur frühen Antragstellung und damit zur Wahrung von Sanierungschancen sein, wenn es auf die Fälle drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung begrenzt bleibt. Anderenfalls wäre es eine Einladung zur massenhaften und systematischen Insolvenzverschleppung. Auch bereits zahlungsunfähige Schuldner würden regelmäßig das Schutzschirmverfahren

---

anstreben um in Eigenverwaltung weiterhin die Kontrolle über ihr Unternehmen ausüben zu können. Ein späterer Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nach Antragstellung muss zu einer sofortigen Beendigung des Schutzschirmverfahrens führen.

Der geplante § 270 b Abs. 3 InsO sieht für diesen Fall zu Recht die Aufhebung des Schutzschirms und die Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens vor. Dem Schuldner bleibt dann die Möglichkeit, das eröffnete Verfahren in Eigenverwaltung fortzuführen wenn die gesetzlichen Voraussetzungen des § 270 Abs. 2 InsO erfüllt sind. Er kann jedoch nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nicht mehr unter dem Schutzschirm des § 270 b InsO weiter agieren und damit eine potentielle Schädigung seiner Gläubiger verursachen. Ansonsten wäre der Insolvenzgrund der Zahlungsfähigkeit, der den Gläubigern ein eigenes Antragsrecht verleiht und notwendige Sicherungsmaßnahmen des Gerichts auslöst, durch die vorherige Einleitung eines Schutzschirmverfahrens teilweise ausgehebelt. Der Schuldner könnte eine Eigenverwaltung - mit einem evtl. sogar selbst „mitgebrachten“ Sachwalter- faktisch erzwingen und damit die gesetzlichen Voraussetzungen des § 270 Abs.2 InsO, die dem Schutz der Gläubiger dienen sollen, umgehen.

Eine rechtliche „Umqualifizierung“ der Zahlungsunfähigkeit -sobald sie innerhalb eines Schutzschirmverfahrens eintritt- kann hier keine Lösung sein.

Die Unfähigkeit des Schuldners, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen, impliziert die Notwendigkeit sofortiger gerichtlicher Sicherungsmaßnahmen zum Schutz der Gläubiger, die ansonsten durch das Schutzschirmverfahren an eigenen Insolvenzanträgen gehindert sind. Diese Implikation wird noch verstärkt, wenn es dem Schuldner nicht durch vorherige Verhandlungen gelungen ist, seine Gläubiger von den Vorteilen eines Schutzschirmverfahrens zu überzeugen und die dazu notwendigen Mittel auch weiterhin bereit zu stellen.

Ein etwaiger gesetzlicher Eingriff in das Recht jedes Gläubigers, bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit eine Insolvenz zu beantragen und Kredite fällig zu stellen würde eine Abwägung der durch Art. 14 GG gestützten Gläubigerrechte mit dem in dieser Situation völlig ungesicherten Sanierungsziel voraussetzen. Diese Abwägung kann aufgrund des Vollstreckungsmonopols des Staates, das nach der ständigen Rechtsprechung des BGH (s. zuletzt IX ZB 214/10; ZIP 2011,1161f. m.w.N.) im Verbund mit der Gläubigerstellung ein rechtliches Interesse an der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens begründet, regelmäßig nur zugunsten eines ungeschmälernten Erhalts der Gläubigerrechte ausfallen. Die zwangsweise Einbeziehung privater Gläubiger in ein Sanierungskonzept, wie sie aktuell etwa im Bereich der

---

Staatskrisen (Griechenland) von der Bundesregierung abgelehnt wird, ist auch hier nicht durchführbar.

#### 4. Steuerliche Rahmenbedingungen

In ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates (Bundesratsdrucksache 127/11) hat die Bundesregierung im laufenden Gesetzgebungsvorhaben erklärt (Seite 20/21):

*„Der Bundesregierung ist bewusst, dass die steuerlichen Rahmenbedingungen für die Sanierung von Unternehmen von herausragender Bedeutung sind. Die Bundesregierung wird im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens prüfen, ob zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen deshalb weitere Maßnahmen im Steuerrecht geboten sind“.*

Vor dem Hintergrund der Entscheidung des BFH vom 09.12.2010 und der völlig ungeklärten Situation in Hinblick auf die Regelung in § 55 Abs.4 InsO darf im laufenden Gesetzgebungsverfahren die Klärung der steuerlichen Rahmenbedingungen nicht außen vor bleiben. Noch im Rahmen des ESUG müssen daher die in der Praxis und der Wissenschaft diskutierten Kritikpunkte aufgegriffen und zu einer handhabbaren und auch im Sinne der Sanierung von Unternehmen akzeptablen Weise umgesetzt werden.

Hier ist der Gesetzgeber gefordert zu handeln. Dies wird auch von Seiten der Bundesregierung nicht in Abrede gestellt, wie der parlamentarische Staatssekretär im BMF, Hartmut

Koschyk, in der parlamentarischen Anfrage dem deutschen Bundestag zur Auswirkung des BFH-Urteils vom 09.12.2010 am 23.05.2011, Bundestagsdrucksache 17/5990, Seite 13, mit den Worten bestätigt:

*„Die Bundesregierung sieht, dass das Urteil des BFH vom 09. Dezember 2010 zu Problemen bei einer Betriebsfortführung und Sanierung im Insolvenzverfahren führen kann.“*

Vor diesem Hintergrund kann nicht ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen diese Problematik ausklammern. Es bedarf dringend einer klarstellenden Überarbeitung der Regelung in § 55 Abs.4 InsO und damit auch einer Korrektur der Entscheidung des BFH vom 09.12.2010. Der § 55 Abs.4 InsO sollte deshalb folgende Fassung erhalten:



*„Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners aus dem Umsatzsteuerschuldverhältnis gelten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur dann als Masseverbindlichkeit, wenn die zugrundeliegenden Lieferungen oder sonstigen Leistungen von einem vorläufigen Insolvenzverwalter oder vom Schuldner mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters erbracht worden sind.“*

Die Änderung der Vorschrift im vorgenannten Sinn muss auch die Erledigung der Altfälle beinhalten, welche erst durch die zitierte Entscheidung des BFH problematisiert wurden.

Berlin, den 22. Juni 2011

Dr. Christoph Niering  
Vorsitzender