

**zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung  
„Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der  
Sanierung von Unternehmen“ (BT-Drucksache 17/5712)  
und dem Antrag der Fraktion Bündnis 90/ Die Grünen  
„Insolvenzrechtsreform unverzüglich vorlegen –  
Außergerichtliche Sanierungsverfahren stärken –  
Insolvenzplanverfahren attraktiver gestalten“  
(BT-Drucksache 17/2008)**

Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages,  
29.06.2011

## Einleitung

DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU haben den Bedarf zur Reform des Restrukturierungs- und Insolvenzrechts frühzeitig erkannt und zu Beginn der Wirtschafts- und Finanzkrise im Jahr 2009 auf die Dringlichkeit einer Neufassung des Gesetzes mit der Vorlage substantieller Vorschläge hingewiesen.

Ziel einer verbesserten Gesetzeslage muss es sein, dass mehr Unternehmen als bisher eine existenzbedrohende Situation erfolgreich überwinden können. Dieses Anliegen liegt nicht nur im Interesse der schuldnerischen Seite, sondern verfolgt auch eine größtmögliche Wahrung der Gläubigeransprüche. Ein entsprechend praxisnah formuliertes Gesetz kann entscheidend dazu beitragen, die unnötige Vernichtung betriebswirtschaftlichen Kapitals zu reduzieren und die damit verbundenen volkswirtschaftlichen Kosten zu verringern. DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU begrüßen ausdrücklich die durch das ESUG angestrebten Verbesserungen, die diesem Ziel dienen.

Neben der rechtzeitigen Einleitung von Sanierungsmaßnahmen in angeschlagenen Unternehmen muss es gelingen, dass die Anzahl der Insolvenzverschleppungen minimiert wird und das Insolvenzplanverfahren in den dafür geeigneten Fällen häufiger als bisher zur Anwendung kommt.

DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU zeigen in dieser Stellungnahme auf, welche Ausführungen und Formulierungen des im Kern begrüßenswerten ESUG der Zielerreichung zum Teil entgegenstehen. Unter Berücksichtigung dieser Vorschläge kann es gelingen, dass sich die gute Intention des ESUG in der Praxis niederschlägt. Die zurückliegende im Grunde positive Reform der InsO aus dem Jahr 1999 ist ein mahnendes Gegenbeispiel: Das im Zuge der Reform entwickelte Insolvenzplanverfahren hat bedauerlicherweise keine quantitative Bedeutung im deutschen Rechtsalltag entfaltet. Insbesondere vor dem Hintergrund der sanierungsschädlichen und systemwidrigen Bevorzugung des Fiskus innerhalb der Gruppe der Gläubiger eines Krisenunternehmens u. a. durch das Urteil des Bundesfinanzhofs vom 09.12.2010 (Az.: VR 22/10) besteht das dringende Erfordernis, jetzt ein zweckdienliches Sanierungsgesetz zu verabschieden.

DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU betonen, dass weder die Verbesserung der Sanierungsmöglichkeiten für Unternehmen noch eine praxistauglichere Ausgestaltung des Insolvenzrechts im Kontrast zu den Regeln einer freien Marktwirtschaft stehen und auch nicht stehen dürfen. Der Marktaustritt nicht wettbewerbsfähiger Teilnehmer ist ein elementarer ordnungspolitischer Bestandteil der Sozialen Marktwirtschaft und muss es auch künftig bleiben.

## A. Zum Inhalt des Gesetzentwurfs – gesetzgeberische Zielsetzung

1. Im Kern versucht das ESUG, im Vergleich zur aktuellen Rechtslage zur Planbarkeit des Verfahrens verstärkt Schuldnerschutz Gesichtspunkten und einem verstärkten Gläubigereinfluss Rechnung zu tragen. Da Schuldner und Gläubiger grundsätzlich unterschiedliche Interessen verfolgen, kann diese schwierige Zielsetzung nur dann erfolgreich bewältigt werden, wenn sehr frühzeitig – oft schon im Vorfeld der Insolvenzantragstellung – ein „Kommunikationsforum“ unter Einbindung des Insolvenzgerichts geschaffen wird. Die Regelungen zum vorläufigen Gläubigerausschuss in der neu gefassten Insolvenzordnung (InsO-E) sind hier grundsätzlich ein zutreffender Ansatz.

Die seit langem geführte Diskussion zum ESUG in Praxis, Wissenschaft und Politik zeigt, dass trotz aller Bemühungen zur Optimierung des Wortlauts des ESUG nicht alle Konfliktlösungen anhand gesetzlicher Definitionen gefunden werden können. Im ersten Schritt ist bei oder vor Verfahrenseinleitung eine Kommunikationsleistung von Schuldner (und Schuldnerberatern), Gläubigern und Insolvenzgericht gefordert, die dann im zweiten Schritt in die Ernennung eines vorläufigen Insolvenzverwalters/vorläufigen Sachwalters einmündet.

Das Insolvenzgericht als einzig neutrale Instanz in diesem Prozess sollte in Zukunft eine stärkere Rolle spielen, z.B. bei der Moderation unterschiedlicher Interessen. Der rechtzeitige Beginn eines Restrukturierungsverfahrens unter gerichtlichen Insolvenzbedingungen wird nur dann erfolgreicher als bisher sein, wenn an der vom ESUG angestrebten verbesserten Ausbildung für Richter und Rechtspfleger und der Verfahrenskonzentration im Bereich der Insolvenzgerichte festgehalten wird. Dies ist „Geschäftsgrundlage“ der nachfolgenden Vorschläge.

2. Um aus Schuldnersicht eine frühere Planbarkeit der Restrukturierung „in eigener Hand“ zu ermöglichen, kombiniert § 270 b InsO-E im Ansatz zutreffend die drohende Zahlungsunfähigkeit mit der Eigenverwaltung und der Insolvenzplanlösung. Abgesehen von zahlreichen Detailfragen, die diese zentrale Vorschrift aufwirft (dazu unten unter B. 5. und B. 8. sowie B. 9.), zeigt die Praxis, dass insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen oft – auch aufgrund von Beratungsfehlern – unbewusst die Grenze von der drohenden Zahlungsunfähigkeit zur Zahlungsunfähigkeit überschreiten. DIE FAMILIENUNTERNEHMER-ASU hatten deshalb vorgeschlagen, die Planungspflichten (Stichwort: integrierte Planung) gesetzlich präzise zu definieren, um schon bei der Erstellung und Prüfung von Jahresabschlüssen einen stärkeren Anreiz dafür zu geben, dass früher und intensiver als zurzeit über Restrukturierungsmaßnahmen und die Grenze zwischen drohender/eingetretener Zahlungsunfähigkeit nachgedacht wird. Diese Überlegungen greift das ESUG leider nicht auf.
3. Vor diesem Hintergrund halten DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU an ihrer Forderung nach einem vorgerichtlichen Sanierungsgesetz weiterhin fest. Zu den möglichen Inhalten eines solchen Restrukturierungsgesetzes: Der Gesetzgeber sollte darüber nachdenken, eine Art Moderationsverfahren und Rahmenbedingungen hierfür zu regeln. Auf diese Weise könnte eine „stille“ Moderation mit wesentlichen Hauptgläubigern anhand eines Insolvenzplanentwurfs realisiert werden. Gelingt die Moderation (z.B. indem die Haupt-

gläubiger vorinsolvenzlich auf wesentliche Forderungsbeträge verzichten und notwendigen Sanierungsmaßnahmen zustimmen, wobei die am Moderationsverfahren nicht beteiligten Gläubiger zu 100 % befriedigt werden müssten), ist das Verfahren beendet. Führt die Moderation nicht zum Erfolg, könnten die Erkenntnisse dieses Verfahrens im Rahmen eines Planverfahrens anhand des während der Moderation erarbeiteten Planentwurfs weiter genutzt werden, was Verfahrensbrüche mindert. Ein solches Moderationsverfahren könnte bei Scheitern nahtlos in ein Verfahren nach § 270 b InsO-E münden.

## B. Formulierungsvorschläge zu einzelnen Schwerpunkten

### 1. Zu Artikel 4 und 5 (Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes/des Rechtspflegergesetzes)

In § 22 Abs. 6 des GVG-E und des § 18 Abs. 4 RpfVG-E wird der letzte Satz „Einem Richter [Anmerk.: bzw. dem Rechtspfleger], dessen Kenntnisse auf diesen Gebieten nicht belegt sind, dürfen die Aufgaben eines Insolvenzrichters [Anmerk.: oder Rechtspflegers] nur zugewiesen werden, wenn der Erwerb der Kenntnisse alsbald zu erwarten ist.“ gestrichen.

#### Begründung:

Die Ausnahmeregelung – für den Fall aktuell fehlender Kenntnisse im Bereich der Rechtspflege – ist ein Fall für sich, dass die Fortbildung auf einen unbestimmten Zeitpunkt verschoben wird.

Außerdem wird – was im ESUG so nicht deutlich genug betont wird – vor dem Hintergrund der regelmäßig hohen Personalfuktuation im Bereich der Insolvenzrichter angeregt, diese Richterstelle attraktiver auszugestalten. Nur ein langjährig tätiger Insolvenzrichter ist in der Lage, die notwendige praktische Erfahrung für die erforderlichen Kommunikationsleistungen und die betriebswirtschaftlichen Hintergründe zu sammeln.

Vielen Insolvenzrichtern – insbesondere bei kleineren Gerichten – sind zudem oft sog. Mischdezernate zugeteilt, in denen der Insolvenzbereich nur eine Nebenrolle spielt. Folge: Es mangelt an insolvenzrechtlicher Erfahrung.

### 2. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 13 Abs. 1 InsO-E) und Nr. 5 (§ 22 a Abs. 1 InsO-E)

DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU regen an, § 13 Abs. 1 InsO-E und § 22 a InsO-E aufeinander abzustimmen und wie folgt zu fassen (Änderungen unterstrichen):

- a) § 13 Abs. 1 InsO werden folgende Sätze angefügt:  
„Dem Antrag des Schuldners sind, sofern die Schwellenwerte des § 22 a Abs. 1 erreicht werden oder der Schuldner die Eigenverwaltung anstrebt, ein Verzeichnis der Gläubiger und ihrer Forderungen sowie der letzte Jahresabschluss beizufügen. Der Schuldner soll aktuelle Veränderungen nach dem Stichtag des vorgelegten Jahresabschlusses insbesondere betreffend Bilanzsumme, Umsatzerlöse und Zahl

der Arbeitnehmer darstellen.“ (Die weiteren Formulierungen des InsO-E zu § 13 Abs. 1 entfallen).

- b) § 22 a Abs. 1 InsO-E wird wie folgt geändert:
  - aa) In Nummer 1 ist die Angabe „2 000 000 Euro“ durch die Angabe „4 840 000 Euro“ zu ersetzen;
  - bb) In Nummer 2 ist die Angabe „2 000 000 Euro“ durch die Angabe „9 680 000 Euro“;
  - cc) In Nummer 3 ist das Wort „zehn“ durch die Angabe „50“ zu ersetzen.
- c) § 22 a Abs. 2 InsO-E bleibt unverändert
- d) § 22 a Abs. 3 wird wie folgt gefasst:  
„Der Schuldner soll mit Antragstellung eine ausreichende Anzahl von Personen benennen, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen und deren schriftliche Einverständniserklärung zur Übernahme der Mitgliedschaft beifügen.“
- e) An § 67 Abs. 3 der (gegenwärtigen) Fassung der InsO wird folgender Satz angehängt:  
„Der Schuldner und das Insolvenzgericht können in Abstimmung mit der Ausschussmehrheit an den Ausschusssitzungen teilnehmen.“

## Begründung:

Zu a)

§ 13 Abs. 1 Satz 3 InsO-E sollte mit § 22 a Abs. 1 InsO-E und den dortigen Schwellenwerten synchronisiert werden. Bei Schuldneranträgen in Bezug auf „kleinere“ Insolvenzmassen ist zu befürchten, dass in diesen Fällen der Schuldner die Anforderungen des InsO-E zu den Angaben oft nicht erfüllen wird. In „kleineren“ Verfahren würde der InsO-E somit voraussichtlich eine Vielzahl unzulässiger Insolvenzanträge und damit Verfahrensverzögerungen verursachen. Bei angestrebter Eigenverwaltung können dem Schuldner jedoch unabhängig von Größenklassen des Unternehmens die im Entwurfstext erwähnten Informationen abverlangt werden.

Durch die Pflicht zur Vorlage des letzten Jahresabschlusses und die Darstellung der weiteren Entwicklung ab dem Stichtag des letzten Jahresabschlusses zu Bilanzsumme, Umsatzerlösen und Zahl der Mitarbeiter wird der Schuldner bei angestrebter Eigenverwaltung angehalten, substantiierte Angaben zu tätigen. Aus der Bilanz lassen sich dann – jedenfalls für den kundigen Richter – auch weitere Angaben zur Gläubigerstruktur und sonstige wichtige Angaben entnehmen. Signifikante Falschangaben des Schuldners werden zur Versagung der Eigenverwaltung und/oder der Erfüllung von Straftatbeständen führen, so dass die zum Teil in der Literatur geforderte eidesstattliche Versicherung der Richtigkeit der Verzeichnisse entbehrlich erscheint.

Zu b – d)

Bei § 22 a Abs. 1 InsO-E sollten die Schwellenwerte deutlich nach oben korrigiert werden (evtl. in Abhängigkeit vom weiteren Gang des Gesetzgebungsverfahrens auch auf die Schwellenwerte bei großen Kapitalgesellschaften abgestellt werden). Bei kleineren Verfahren droht eine Vielzahl zwingender Gläubigerausschüsse, was Kosten verursacht und das Verfahren verzögert.

§ 22 a Abs. 2 des InsO-E sollte unverändert übernommen werden. Ob und inwieweit das Institut des vorläufigen Gläubigerausschusses zu Verfahrensverzögerungen und einseitigen Manipulationsversuchen durch Gläubiger und/oder Schuldner führen wird, muss die Praxis erst zeigen. Den Gerichten sollte deshalb bei drohender Verfahrensverzögerung – wie der InsO-E es vorsieht – die Möglichkeit eingeräumt werden, von der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses abzusehen.

Dabei wird nicht verkannt – was aus Teilen der Richterschaft im Zusammenhang mit der Diskussion zum InsO-E auch schon offen so angekündigt wird –, dass die Gefahr besteht, dass einige Richter „großzügig“ von der Nachteils Klausel des § 22 a Abs. 2 InsO-E Gebrauch machen und es deshalb nicht zur Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses kommt. Der wohl vorbereitete Schuldnerantrag (s. auch Änderungsvorschlag zu § 22 a Abs. 3 InsO-E) wird Ausführungen dazu enthalten, warum eine etwaige gewisse Bearbeitungsdauer bei Gericht keine „nachteilige Veränderung“ der Insolvenzmasse bewirken wird, z. B. weil der Schuldner versichert, für zwei oder drei Tage nach Insolvenzantragstellung keine oder nur unerlässliche Zahlungen vornehmen zu wollen. Weiter wird der antragstellende Schuldner zu den Sanierungsaussichten vortragen (vgl. § 270 b InsO-E), so dass der zuständige Richter auch einen Einblick in die Vorgehensweise des Schuldners erhält.

DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU setzen deshalb – auf Grundlage des vorliegenden InsO-E – darauf, dass es einem Schuldner gelingt, den kommunikativen und gut ausgebildeten Richter von der Notwendigkeit der Einsetzung eines vorläufigen Ausschusses und der fehlenden nachteiligen Verzögerung zu überzeugen.

Beim Gläubigerantrag werden oft Informationsdefizite vorliegen, die es dann naheliegend erscheinen lassen könnten, von der Nachteils Klausel des § 22 Abs. 2 InsO-E Gebrauch zu machen.

§ 22 a Abs. 3 des diesseitigen Vorschlags soll verhindern, dass es zu unnötigen Zeitverzögerungen im Zusammenhang mit der Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses wegen fehlender Informationen des Schuldners kommt.

Zu e)

Die vorgeschlagene Änderung des § 67 Abs. 3 der aktuellen Fassung der InsO soll die frühzeitige Kommunikation zwischen Gericht, Schuldner und Gläubigervertretern fördern.

### 3. Zu Artikel 1 Nummer 8, Buchstabe a) (§ 56 Abs. 1 S. 3 Nummer 2, 3 InsO-E)

a) § 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 InsO-E wird wie folgt gefasst (Änderungen unterstrichen):

„2. den Schuldner vor dem Eröffnungsantrag zu abstrakten Rechtsfragen über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat, wobei das Honorar hierfür 1.000,00 € netto nicht überschreiten darf und die Beratungsinhalte offen zu legen sind.“

b) § 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 wird gestrichen.

#### Begründung:

Der Insolvenzverwalter muss die Gläubigerinteressen aller Gläubiger wahrnehmen und deshalb ein neutrales „Gegengewicht“ zu den Schuldnerinteressen bleiben. Dies gilt im Grundsatz auch für den Sachwalter im Rahmen der Eigenverwaltung. Aus diesem Grund darf ein Insolvenzverwalter/Sachwalter nicht zu tief in die Vorberatungen des Schuldners – ggf. auch in Abstimmung mit einzelnen Gläubigern – involviert sein. § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 – Insolvenzplanvorbereitungen durch den späteren Insolvenzverwalter als vormaliger Berater des Schuldners – des InsO-E sollte deshalb gestrichen werden. Die Insolvenzplanvorbereitungen verursachen in der Regel ein hohes Honorarvolumen. Es liegt nicht im Interesse der Gläubigergleichbehandlung und des Gläubigerschutzes, wenn im Anschluss an die Erstellung des Planentwurfs der Insolvenzverwalter z. B. im Rahmen der Prüfung von Anfechtungsansprüchen über sein eigenes Beratungshonorar befindet. Es besteht die Gefahr, dass der Insolvenzverwalter/Sachwalter in naheliegende Interessenskonflikte gerät.

Aus den genannten Gründen ist auch die Vorschrift des § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 InsO-E weiter einzugrenzen.

Bei der Eigenverwaltung verweisen § 270 a InsO-E/§ 274 Abs. 1 InsO auf § 56 InsO-E. Aus Schuldnersicht kommt es – insbesondere bei der angestrebten Eigenverwaltung – im Kern „nur“ darauf an, dass der Schuldner vor der Insolvenzantragstellung „seinen“ zukünftigen Sachwalter zumindest kennen gelernt hat und mit diesem kommunikativen Kontakt aufnehmen durfte. Bereits dies macht für den Schuldner das Verfahren weitgehend planbar, so dass auch unter dem Aspekt des Schuldnerschutzes die hier vorgeschlagene Lösung zur Bewahrung der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters oder Sachwalters sinnvoll ist.

Die eigenen Interessen mag dann der Schuldner im Rahmen der Eigenverwaltung - unter der Kontrolle des neutralen Sachwalters der Gläubiger – verfolgen.

### 4. Zu Artikel 1 Nr. 8, Buchstabe b) (§ 56 Abs. 2 und Abs. 3 InsO-E)

a) § 56 Abs. 2 InsO-E wird gestrichen

b) § 56 Abs. 3 Satz 2 InsO-E wird durch folgende Formulierung ersetzt:  
„Der eingesetzte vorläufige Gläubigerausschuss oder dessen potenzielle Mitglieder nach § 22 a Abs. 3 InsO-E können mit Mehrheitsbeschluss dem Insolvenzgericht

drei Vorschläge für die Person des Verwalters zur Endauswahl durch das Gericht unterbreiten; das Gericht darf nur bei Ungeeignetheit aller Genannten einen anderen vorläufigen Insolvenzverwalter auswählen.“

## Begründung:

### Zu a)

Das vorläufige Insolvenzverfahren ist ein Eilverfahren. Es müsste erstens zunächst ein vorläufiger Gläubigerausschuss förmlich eingesetzt werden und dann zweitens auch diesem Ausschuss noch Gelegenheit gegeben werden, sich zu den Anforderungen an den Verwalter zu äußern, bevor dieser Verwalter ernannt wird. Hierdurch würde es fast in der Regel zu erheblichen Verzögerungen, die dem Eilcharakter des Verfahrens widersprechen, kommen.

Alle Normen sollten deshalb darauf abzielen, dass bei Antragstellung die Vorschläge für die personelle Besetzung des Gläubigerausschusses und zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters/Sachwalters vorliegen (s. Anregungen zu § 22 a Abs. 3 Inso-E).

### Zu b)

§ 56 Abs. 3 S. 1 InsO-E sieht bei Einstimmigkeit ein bindendes Vorschlagsrecht des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des (vorläufigen) Verwalters vor.

(Groß-)Gläubiger, die erhebliche Sanierungseinschnitte befürchten müssen und/oder Insolvenzanfechtungsrisiken mit Blick auf in der Krise gestellte Sicherheiten sehen, werden versuchen, relativ passive Verwalter auszuwählen (s. auch nachfolgend die Begründung unter Ziff. 5 zu den dort vorgeschlagenen Änderungen). Um Blockadehaltungen einzelner Großgläubiger zu verhindern, sollte der vorläufige Gläubigerausschuss zumindest mit Mehrheitsbeschluss die Möglichkeit haben, den Kreis der potenziellen Insolvenzverwalter stark einzugrenzen.

Die Eingrenzung des Kreises potenzieller Verwalter durch Mehrheitsbeschluss wird zudem die Meinungsfindung im vorläufigen Gläubigerausschuss beschleunigen.

## **5. Zum Verhältnis (intendierte) Eigenverwaltung/Gläubigerschutz betreffend Art. 1 Nr. 42, 43 und 46 (§ 270 Abs. 3 InsO-E, § 270 a InsO-E, § 270 b Abs. 3 Ziff. 3 InsO-E, § 274 Abs. 1 InsO)**

- a) § 270 Abs. 3 InsO-E wird gestrichen
- b) § 270 b Abs. 3 Nr. 3 InsO-E wird gestrichen und § 270 b Abs. 3 Nr. 4 InsO-E wird zu Nr. 3 wie folgt gefasst (Änderungen unterstrichen):  
„3. ein absonderungsberechtigter Gläubiger, ein vorläufiger Gläubigerausschuss oder ein Insolvenzgläubiger die Aufhebung beantragen und Umstände bekannt werden, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird; der Antrag ist nur zulässig, wenn die Umstände vom Antragsteller glaubhaft gemacht werden.“ (In dem bisherigen § 270 b Abs. 3 Ziff. 4 InsO-E entfällt im letzten Halbsatz „kein vorläufiger Gläubigerausschuss bestellt ist“).

- c) In § 274 Abs. 1 InsO wird die Angabe „§ 56“ durch „§ 56 Abs. 1“ ersetzt.
- d) In § 274 Abs. 1 InsO wird folgender Satz angehängt:  
„Die Insolvenzgerichte sollen Listen zu potenziellen Sachwaltern führen, die Insolvenzplanerfahrung aufweisen und ihr besonderes Interesse an der Mitwirkung im Rahmen der Eigenverwaltung bekundet haben!“

## Begründung:

Bei der intendierten Eigenverwaltung kommt es auf die Planbarkeit des Verfahrens für den Schuldner an. Im Rahmen der Regelabwicklung nach der InsO kann deshalb der Gläubigereinfluss stärker betont werden als bei der Eigenverwaltung. Über die Verweisungskette § 270 a InsO-E, § 274 Abs. 1 InsO und § 56 InsO-E besteht die Gefahr, dass bei der intendierten Eigenverwaltung nicht ausreichend neutrale (vorläufige) Sachwalter ausgewählt werden.

## Zu a bis c):

Die vorgesehene Gläubigerbeteiligung an den angegebenen Stellen führt bei der intendierten Eigenverwaltung zu erheblichen Eingriffen in die Rechtsposition des Schuldners und kann die Planbarkeit des Verfahrens aus Schuldnersicht erheblich beeinträchtigen.

In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass (Groß-) Gläubiger im Vorfeld einer möglichen Insolvenz versuchen, noch (oft inkongruente) Nachbesicherungen zu erhalten. Gibt der potenzielle Schuldner diesem Nachbesicherungsverlangen – wie häufig – nach, unterliegen diese Nachbesicherungen erhöhten Anfechtungsrisiken. Der betroffene Gläubiger wird bemüht sein, die Anfechtung – durch Auswahl eines ihm genehmen Sachwalters – zu unterbinden. Gibt der Schuldner (oder dessen Gesellschafter) nicht nach und werden Nachbesicherungen verweigert, ist die Konsensfindung in Bezug auf den Gläubiger, der Sicherheiten vergeblich begehrt hat, zunächst erschwert.

Die genannten Vorschriften werden deshalb „Vorwirkungen“ auf den Bereich der vorinsolvenzlichen Sanierung haben.

Im Interesse der Gleichbehandlung aller Insolvenzgläubiger und der effektiven Durchsetzung von Sanierungsmaßnahmen – gerade auch im Vorfeld einer möglichen Insolvenz – ist deshalb bei der intendierten Eigenverwaltung ein zu hohes Maß an Gläubigerbeteiligung als kritisch anzusehen.

Zudem werden die Gläubiger versuchen, bei einem „unbequemen“ Schuldner auf das Gericht einzuwirken, in jedem Fall einen vorläufigen Gläubigerausschuss nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 a InsO-E (Gläubigerausschuss im Ermessen des Gerichts) einzusetzen, um so auf den weiteren Ablauf des Verfahrens Einfluss zu nehmen.

Die Gefahr eines zu hohen Einflusses der Gläubiger bei intendierter Eigenverwaltung besteht insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Ablehnung der Eigenverwaltung nach § 270 Abs. 4 InsO-E nach der bisherigen Konzeption nicht rechtsmittelfähig ist.

Insgesamt erhöhen deshalb die angegebenen Vorschriften insbesondere das Gewicht der gesicherten Großgläubiger, was sich potenziell zum Nachteil der Insolvenzquote (für die ungesicherten Gläubiger) auswirkt und die effektive Durchsetzung von Sanierungsmaßnahmen tendenziell erschwert.

Die Sachwalterbestellung sollte deshalb bei der intendierten Eigenverwaltung ebenso wie die Leitung des vorläufigen Verfahrens stärker als nach dem Konzept des InsO-E wie bisher in der Hand des neutralen Gerichts bleiben.

Zu d)

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass ein Sachwalter „nur“ 60 % der Regelvergütung des Insolvenzverwalters erhält. Das Streben nach einer höheren Insolvenzverwaltervergütung ist derzeit häufig ein Grund dafür, dass eingesetzte (vorläufige) Sachwalter darauf hinarbeiten, die beantragte Eigenverwaltung zum Scheitern zu bringen. Den Insolvenzgerichten sollte es deshalb möglich sein, nach eigenem Ermessen eine Liste der „neutralen Sachwalter“ zu erarbeiten, die sich in der Vergangenheit in der Weise bewährt haben, dass sie ein (angestrebtes) Insolvenzplanverfahren in Eigenverwaltung positiv begleitet haben, ohne dass das Verfahren dann doch in der Regelinsolvenz sein Ende fand.

Auch dies spricht dafür, dass gerade bei der intendierten Eigenverwaltung insbesondere die ersten Phasen des Insolvenz(eröffnungs-)Verfahrens stärker in der Hand des neutralen Gerichts bleiben müssen.

## 6. Zu Artikel 1 Nr. 17 (§ 225 a InsO-E)

§ 225 a InsO-E wird folgender Absatz 4 angehängt:

„(4) Der Insolvenzplan kann vorsehen, dass Eingriffe nach vorstehenden Absätzen gegenüber denjenigen Anteilseignern unterbleiben oder ihre Wirkung verlieren, die durch Planzuschussleistungen oder die freiwillige Abgabe von Gesellschaftsanteilen sicherstellen, dass eine höhere Insolvenzquote als bei der Regelabwicklung realisiert wird.“

### Begründung:

Ein Kerngedanke des Insolvenzplanverfahrens ist, dass im Insolvenzplan eine höhere Quote als bei der Regelabwicklung realisiert werden muss. Es sollte den Anteilseignern im Rahmen einer Ersetzungsbefugnis gestattet werden, durch eine Planzuschussleistung, die eine höhere Quote als bei der Regelabwicklung realisiert, Eingriffe in die Anteilsrechte abzuwehren. Diese Lösung liegt zunächst im Interesse der Gläubiger. Sie führt aber auch dazu, dass dann, wenn sich die Anteilseigner zu einer solchen Lösung nicht entschließen können, der Eingriff in Anteilsrechte der Alteigner zusätzlich gerechtfertigt erscheint.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass nach dem InsO-E die Alt-Anteilseigner bei Eingriffen in deren Rechtsstellung zwingend eine Plangruppe bilden. Diese Plangruppe wird versuchen, erheblich gegen einen Insolvenzplan zu opponieren. Haben die Alteigner von der Möglichkeit einer Planzuschussleistung keinen Gebrauch gemacht, dürften die Argumente der Alteigner gegen die Planeingriffe in ihre Anteilsrechte weniger Überzeugungskraft haben als ohne die vorgeschlagene Regelung. Dies verringert auch Stör-Potenzial der Alt-Eigner im Erörterungs- oder Abstimmungstermin zum Insolvenzplan.

## 7. Zu Artikel 1 Nr. 41 (§§ 259 a/b InsO-E)

§§ 259 a/b InsO-E werden durch folgende Formulierung ersetzt:

„§ 259 a Ausschlussfristen

- (1) Das Insolvenzgericht kann bis zur Ladung und öffentlichen Bekanntmachung zum Erörterungs- oder Abstimmungstermin anordnen, dass alle Forderungen, die nicht bis spätestens eine Woche vor Beginn des Abstimmungstermins angemeldet werden, erlöschen, es sei denn, die Anmeldung wurde unverschuldet unterlassen. Das Gleiche gilt für bestrittene Forderungen, für die nicht bis eine Woche vor Beginn des Abstimmungstermins die Erhebung der Feststellungsklage entsprechend § 189 InsO nachgewiesen wird. Nach Satz 1 oder Satz 2 untergegangene Forderungen leben wieder auf (auflösende Bedingung), wenn der Insolvenzplan nicht angenommen oder nicht rechtskräftig wird.
- (2) Der Insolvenzplan kann vorsehen, dass nicht angemeldete oder bestrittene Forderungen mit Planrechtskraft oder zu einem späteren Zeitpunkt erlöschen, es sei denn, die Anmeldung oder Erhebung der Forderungsfeststellungsklage wurden vor Planrechtskraft schuldlos unterlassen.
- (3) Ausschlussfristen nach Absatz 1 oder Absatz 2 sind spätestens einen Monat vor Beginn des Erörterungs- oder Abstimmungstermins öffentlich bekanntzumachen. Auf Ausschlussfristen gemäß Absatz 1 oder Absatz 2 ist in der Ladung zum Erörterungs- oder Abstimmungstermin gesondert hinzuweisen.“

Begründung:

Ein Insolvenzplan zielt auf eine beschleunigte Beendigung des Insolvenzverfahrens. Es müssen deshalb Mechanismen geschaffen werden, die es den Beteiligten ermöglichen, zu einem möglichst frühen Zeitpunkt die Insolvenzquote abschließend zu berechnen. Hierzu ist das Gesamtvolumen der zu berücksichtigenden Insolvenzforderungen zeitnah zu ermitteln. In der Praxis ist gelegentlich zu beobachten, dass sich bekannte Gläubiger zunächst aus Desinteresse nicht am Insolvenzplanverfahren beteiligen. Für den Planvorleger/Planverfasser entsteht so in Bezug auf die für die Gläubigerbefriedigung zentrale Quotenberechnung ein Problem: Berücksichtigt er bei der Quotenberechnung die Verbindlichkeiten des Schuldners gegenüber desinteressierten Gläubigern, vermindert dies die Quote, wodurch die Attraktivität des Planangebots zur Gläubigerbefriedigung sinkt. Berücksichtigt der Planvorleger die Verbindlichkeit nicht, besteht die Gefahr, dass der bisher uninteressierte Gläubiger spätestens mit Planrechtskraft „nachzieht“ und die allgemeine Planquote verlangt. Ähnliche Probleme entstehen, wenn bestimmte Gläubiger dem Planvorleger/Planverfasser unbekannt sind, z. B. weil ein entlassener Geschäftsführer in früheren Phasen unordentliche Unterlagen hinterlassen hat oder Insolvenzforderungen über einen längeren Zeitraum strittig bleiben.

Der InsO-E hat dieses Problem im Ansatz zutreffend erkannt und aufgenommen (vgl. auch § 229 letzter Satz InsO-E, wonach in Bezug auf die Gläubigerbefriedigung nicht nur auf die Insolvenztabelle abzustellen ist, sondern auf alle dem Planvorleger bekannten Gläubiger).

Die Lösung des InsO-E über Vollstreckungsverbote und kürzere Verjährungsfristen in §§ 259 a/b InsO-E überzeugt jedoch kaum. Die Befassung der Insolvenzgerichte mit Vollstreckungsfragen – zudem nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens! – würde die Gerichte erheblich belasten. Auch ist nach Auffassung von DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU z. B. bei höheren Forderungen ein Vollstreckungsschutz „längstens für drei Jahre“ (so § 259 a Abs. 1 InsO-E) oft zu kurz. Die auf ein Jahr verkürzte Verjährungsfrist des § 259 b InsO-E wird in der Praxis in vielen Fällen ebenfalls nicht helfen, weil dann, wenn Quotenausschüttungen bekannt werden, sog. Nachzügler ihre Forderungen innerhalb der Jahresfrist geltend machen werden.

Die Insolvenzgerichte sollten deshalb in Abstimmung mit dem Planverfasser/Planvorleger die Möglichkeit erhalten, nach Ermessen mit materiellen Ausschlussfristen zu arbeiten (zur grundsätzlichen Zulässigkeit von materiellen Ausschlussfristen im Interesse der Verfahrensbeschleunigung s. Bundesverfassungsgericht, Urteil v. 26.04.1995 – 1 BvL 19/94 und BvR 1454/94 = ZIP 1995, 923). Es gibt immer wieder Fälle, in denen eine feste materielle Ausschlussfrist nicht zuträglich ist. Zu denken ist etwa an Fälle, in denen Vertragsverhältnisse nach §§ 103 ff. InsO beendet wurden und der Gläubiger über einen längeren Zeitraum objektiv nicht in der Lage ist, seinen endgültigen Schaden zu beziffern (z. B. weil Verwertungsmöglichkeiten betr. Sicherheiten sich verzögern).

Die Zulässigkeit von materiellen Ausschlussfristen im Insolvenzplan selbst (Absatz 2 des Vorschlags) ist auch vom Bundesgerichtshof grundsätzlich anerkannt, wobei der BGH noch nicht über Konstellationen in Bezug auf titulierte Forderungen entschieden hat (vgl. BGH, Beschluss v. 15.07.2010 – IX ZB 65/10 = ZIP 2010, 1499). Nach der (zutreffenden) Rechtsprechung des BGH treten die Rechtskraftwirkungen des Insolvenzplans allerdings erst mit Planrechtskraft ein, so dass unter aktueller Gesetzeslage Ausschlussfristen jedenfalls nicht vor Planrechtskraft vom Planverfasser definiert werden können. Der Vorschlag regelt in Absatz 2, dass jedenfalls nach Planrechtskraft für die Ausschlusswirkung nach dem gestaltenden Teil keine weiteren Fristen mehr einzuhalten sind, sofern der Planverfasser keine anderen Fristen definiert.

Sofern in der öffentlichen Bekanntmachung – vgl. zur Bekanntmachung im Internet § 9 Abs. 1, 2 InsO – und in der Ladung zum Erörterungs- und Abstimmungstermin deutlich auf den bevorstehenden Ablauf von Ausschlussfristen hingewiesen wird, sollten grundsätzlich in Bezug auf materielle Ausschlussfristen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen.

Dem manipulativ vorgehenden Schuldner muss dabei die Möglichkeit genommen werden, gezielt unbequeme Gläubiger „auszulassen“. Dem und der Unkenntnis von Gläubigern, die trotz gebotener Verfolgung öffentlicher Bekanntmachungen die Frist versäumt haben, will der Regelungsvorschlag dadurch Rechnung tragen, dass bei unverschuldeter Unkenntnis des Gläubigers die Ausschlussfristen nicht wirken. Ein solches mangelndes Verschulden zur rechtzeitigen Anmeldung oder rechtzeitigen Erhebung von Feststellungsklagen mag z. B. im Einzelfall bei ausländischen Gläubigern anzunehmen sein.

Zwar wird die Frage, ob eine Anmeldung/Erhebung einer Feststellungsklage verschuldet oder unverschuldet unterblieb, im Einzelfall Anlass zu Auslegungsstreitigkeiten sein. Diese gewisse Rechtsunsicherheit in einigen Grenzfällen ist gegen die Nachteile der aktuellen Fassung der §§ 259 a/b InsO-E abzuwägen, wonach a) die Insolvenzgerichte nach

Verfahrensaufhebung über einen längeren Zeitraum mit Vollstreckungsschutzfragen systemwidrig befasst werden und b) dieser vorübergehende Schutz auch zu kurz greifen kann und die Probleme zeitlich nur verschoben werden.

Insgesamt sollte deshalb durch materielle Ausschlussfristen sowohl auf den Planvorleger/Planverfasser als auch auf die Gläubiger der Druck erhöht werden, möglichst frühzeitig – d. h. vor Beginn des Erörterungs- und Abstimmungstermins – zur relevanten Passivmasse Klarheit zu schaffen.

## 7 a) Weitere (vom ESUG bisher nicht aufgegriffene) Überlegungen zum Insolvenzplanverfahren

- a) Bei § 217 InsO könnte noch folgender weiterer Satz angehängt werden:  
„Der Insolvenzplan kann vorsehen, dass im Rahmen der Regelabwicklung einzelne Verfahrensaspekte oder Verfahrensabschnitte geregelt werden.“

### Begründung:

Im rechtspolitischen Raum und in der Literatur wird die Zulässigkeit sog. „verfahrensbegleitender“ oder „verfahrensleitender“ Insolvenzpläne diskutiert. Der BGH hat diese Frage bisher nicht ausdrücklich entschieden. Der Gesetzgeber könnte die Gelegenheit ergreifen, im Interesse des Ausbaus des Insolvenzplanverfahrens und der Betonung der Privatautonomie im Rahmen des Planverfahrens diesen Aspekt im Sinne der Zulässigkeit sog. Teilpläne zu regeln. Es bleibt dann allerdings, was DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU zu bedenken geben, immer noch das Problem, dass sich in jedem Einzelfall die Frage stellen wird, ob in der konkreten Situation eine bestimmte Vorschrift, von der der Insolvenzplan abweichen will, plandispositiv ist oder nicht. Diese Frage lässt sich nicht allgemein (z. B. durch die vorgeschlagene Änderung des § 217 InsO) beantworten. Dennoch ist die Stärkung der Plan-Privatautonomie als gesetzgeberisches Signal sinnvoll.

- b) Nach § 254 Abs. 2 Satz 1 InsO wird folgender Satz 2 eingefügt:  
„Der Plan kann Regelungen zur Enthftung von Bürgen, Mitschuldern oder Gesellschaftern vorsehen.“

Der bisherige Absatz 2 Satz 2 wird Satz 3.

### Begründung:

Haben sich Gesellschafter und/oder Geschäftsführer für Verbindlichkeiten eines Unternehmens verbürgt, kann nach der aktuellen Fassung der InsO diese Problematik, die sich sanierungshindernd auswirken kann, im Plan nicht geregelt werden. Auch um diesen Aspekt könnte die Privatautonomie des Planverfahrens ergänzt werden.

- c) Zur Beschwerdebefugnis nach § 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO-E/Freigabeverfahren analog § 246 a AktG

Im Vergleich zur aktuellen Rechtsprechung des BGH stellt der InsO-E an der angegebenen Stelle einen deutlichen Fortschritt dar. Nach der aktuellen Rechtspre-

chung des BGH sind sog. Umverteilungsrügen zulässig, obwohl möglicherweise keine Schlechterstellung durch den Insolvenzplan im Vergleich zur Regelabwicklung vorliegt, (s. u. a. BGH ZIP 2005, 1648). Dem trägt § 253 Abs. 2 InsO-E im Ansatz zutreffend Rechnung. Die Frage der Vergleichsrechnung – wie ein Gläubiger mit oder ohne Plan steht – wirft jedoch im Einzelfall häufig schwierige betriebswirtschaftliche und rechtliche Fragen auf. Einem geschickten Rechtsmittelführer wird es deshalb oft gelingen, Streitfragen im Rahmen der Vergleichsrechnung und der Beschwerdebefugnis so zu problematisieren, dass der Plan nicht zeitnah rechtskräftig werden kann.

Ein Freigabeverfahren in Anlehnung an § 246 a AktG im Rahmen eines Planverfahrens – als Ermessensoption für das Insolvenzgericht – könnte deshalb den bisherigen § 253 Abs. 2 InsO-E ergänzen oder ggf. sogar ersetzen.

## 8. Zu Artikel 1 Nr. 43 (§ 270 b InsO-E)

§ 270 b InsO-E wird partiell neu gefasst und in fünf Absätze aufgeteilt (Änderungen unterstrichen):

„§ 270 b Vorbereitung einer Sanierung

- (1) Hat der Schuldner den Eröffnungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gestellt und die Eigenverwaltung beantragt und bestehen für die angestrebte Sanierung konkrete Erfolgsaussichten, so bestimmt das Insolvenzgericht auf Antrag des Schuldners eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans. Die Frist darf höchstens drei Monate betragen. Auf Antrag kann die Frist verlängert werden.
- (2) Der Schuldner hat mit dem Antrag einen Liquiditätsstatus und Liquiditätsplan nebst Erläuterungen eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorzulegen, woraus sich ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Zudem sind in der Bescheinigung im Sinne des Satz 1 die Sanierungsaussichten unter Darstellung der notwendigen und angeordneten Sanierungsmaßnahmen und dem Stand sowie den Aussichten ihrer Umsetzung darzulegen. Wird die Bescheinigung nach den Sätzen 1 und 2 von einer Person ausgestellt, die den Schuldner länger als zwei Monate im Zusammenhang mit der Erstellung oder Prüfung des Jahresabschlusses, der Buchhaltung, der Sanierung oder in steuerlichen Angelegenheiten beraten hat, ist vom Aussteller zu versichern, dass während der Beratungsdauer Vertretungsorgane des Schuldners nicht gegen die Vorschrift des § 15 a Abs. 1 (Insolvenzantragspflicht) verstoßen haben.
- (3) In dem Beschluss nach Absatz 1 bestellt das Gericht einen vorläufigen Sachwalter nach § 270 a Absatz 1. Das Gericht kann von dem Vorschlag des Schuldners nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person nicht die nach Absatz 2 Satz 1 vorgesehene Qualifikation aufweist; dies ist vom Gericht zu begründen. Der Aussteller der Bescheinigung nach Absatz 2 darf nicht zum vorläufigen Sachwalter ernannt werden.

- (4) Das Gericht kann vorläufige Maßnahmen nach § 21 Absatz 1 und 2 Nummer 1 a, 3 bis 5 anordnen. Bei drohendem Eintritt der Fälligkeit einzelner Verbindlichkeiten kann das Gericht dem Schuldner bis zu maximal drei Monaten gestatten, die Leistung zu verweigern (Moratorium); es kann Maßnahmen nach § 21 Absatz 2 Nummer 3 anordnen, wenn der Schuldner dies beantragt.
- (5) ... (s.o. Ziff. 5)

## Begründung:

- a) Zutreffend wird in der Literatur an der bisherigen Fassung des InsO-E zu § 270 b (speziell dort zu Absatz 3 Ziff. 1) kritisiert, dass in der Regel mit der Stellung eines gerichtlichen Antrags nach § 270 b InsO-E die Zahlungsunfähigkeit eintritt oder unverzüglich eintreten wird. Vor diesem Hintergrund dürfte das Verfahren nach der bisherigen Entwurfsfassung keine praktische Relevanz entfalten können.

In der Entwurfsbegründung wird in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass nur der Schuldner, der drohend zahlungsunfähig ist und bleibt, die Vorzüge des Verfahrens erhalten soll. Der Schuldner, so die Begründung des RegE weiter, solle Konsens mit seinen Gläubigern suchen, um den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu verhindern.

Dem ist entgegenzuhalten, dass in den Fällen, in denen es dem Schuldner im Konsens mit den Gläubigern gelingt, den Eintritt der (zunächst nur drohenden) Zahlungsunfähigkeit zu verhindern, die Stellung gerichtlicher Anträge in aller Regel überflüssig ist.

Ein effektives Sanierungsverfahren muss zudem die Umsetzung von Sanierungsmaßnahmen ermöglichen. Da Sanierungsmaßnahmen regelmäßig nicht die Zustimmung aller Gläubiger finden, müssen der Schuldner und dessen Berater im Rahmen eines Verfahrens nach § 270 b InsO die Möglichkeit haben, gegenüber (potenziellen) Akkordstörern zu argumentieren.

Aus diesem Grunde wird ein Moratorium angeregt, welches in das Ermessen des Gerichts gestellt ist. Ein automatisches Moratorium oder eine Stundungsfiktion ohne Einzelfallabwägung – ohne Bewertung der konkreten Sanierungsaussichten – sehen DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU als kritisch an, da in der Schutzschirmphase masseschädigende Vermögensabflüsse drohen. Das Gericht soll aber nach pflichtgemäß auszuübendem Ermessen zumindest die Möglichkeit haben, den drohenden Eintritt der Fälligkeit einer bestimmten Verbindlichkeit zu verhindern, etwa den Eintritt der Fälligkeit nach einer Kreditkündigung. Da die Rechtsstellung der Gläubiger mit titulierten Forderungen nicht schlechter sein sollte, als die der Gläubiger ohne Vollstreckungstitel, schlagen DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU zum Moratorium und zur Zwangsvollstreckungseinstellung eine einheitliche Ermessensentscheidung vor.

- b) Allerdings ist an der Begründung des RegE zutreffend, dass im Rahmen des Verfahrens nach § 270 b Missbrauchsgefahren entstehen können. Aus diesem Grunde reicht es für das Verfahren nach der hier vorgeschlagenen Konzeption nicht aus, dass die angestrebte Sanierung „offensichtlich (nicht) aussichtslos ist“ (so die

bisherige Entwurfsfassung). Vielmehr muss der Antragsteller nach Ansicht DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU greifbare Sanierungsaussichten darlegen und diese von einem Berater bescheinigt erhalten.

Die inhaltlichen Anforderungen an die Bescheinigung sollten ebenfalls geschärft werden, indem ein Liquiditätsstatus nebst Liquiditätsplan zum Beleg der lediglich drohenden Zahlungsunfähigkeit verlangt wird. Darüber hinaus müssen die Sanierungsaussichten anhand der angedachten Sanierungsmaßnahmen und dem Stand ihrer Umsetzung konkret vom sog. Bescheiniger dargelegt werden.

Weiter bringt der diesseitige Vorschlag in Abweichung vom RegE zum Ausdruck, dass Bescheinigungen durch langjährige Berater kritisch sein können und der Bescheiniger nicht zum vorläufigen Sachwalter ernannt werden darf. So sollen Interessenkollisionen vermieden werden. Weiter sind die Qualifikationsanforderungen an den vom Schuldner „mitgebrachten“ vorläufigen Sachwalter im Vergleich zur Version des InsO-E strenger gefasst worden.

Die strengen Hürden des § 270 b rechtfertigen dafür ein in das gerichtliche Ermessen gestelltes Moratorium.

- c) Die einzelnen Themen des § 270 b werden im Vergleich zur Version des InsO-E auf verschiedene Absätze aufgeteilt. Absatz 1 betrifft die Fristsetzung zur Planvorlage, Absatz 2 den Inhalt der Bescheinigung und die Beraterqualifikation des Bescheinigers, Absatz 3 betrifft die Person des vom Schuldner vorgeschlagenen vorläufigen Sachwalters und die insoweit geschärften Anforderungen an diese Person. Absatz 4 betrifft die Sicherungsmaßnahmen und das neu angeregte Moratorium. Der letzte Absatz betrifft dann die Möglichkeit der Aufhebung getroffener Anordnungen und die Anzeigepflicht des Schuldners (bisheriger Absatz 3 des InsO-E und s. o. Ziff. 5 zu u. a. § 270 b Abs. 3 Ziff. 3 InsO-E).
- d) Alternativ zu einem Moratorium könnte § 270 b Abs. 3 Ziff. 1 des InsO-E ersatzlos gestrichen werden, allerdings nur in Kombination mit den hier vorgeschlagenen Verschärfungen zum Inhalt der Bescheinigung, zur Person des vorläufigen Sachwalters/Bescheinigers und zur Greifbarkeit der Sanierungsaussichten. Eine andere Definition des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit im Rahmen des § 270 b Abs. 3 Ziff. 1 InsO-E als in anderen Normen würden DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU kritisch sehen, da sich Folgeprobleme bei der Auslegung und der praktischen Anwendung ergeben dürften.

## 9. Zu weiteren Aspekten des § 270 b InsO-E:

- a) Zu § 270 b Abs. 1 S. 3 InsO-E – Definition der Qualifikation des sog. Bescheinigers:

Weitere berufliche Qualifizierungshürden, die zum Teil in der Literatur und im rechtspolitischen Raum diskutiert werden (z. B. Hinweis auf Fachanwaltsbezeichnungen) sollten nicht aufgestellt werden. Dies ist nicht sachdienlich. Die Bescheinigung zur lediglich drohenden Zahlungsunfähigkeit und den Sanierungsaussichten betrifft häufig sowohl betriebswirtschaftliche als auch juristische Fragen, die die diversen Berufsgruppen, die der InsO-E anspricht, oft nur im Zusammenwirken lösen können. So ist z. B. beim Liquiditätsstatus zur Ermittlung der lediglich dro-

henden Zahlungsunfähigkeit häufig eine Analyse der Buchhaltung erforderlich, was betriebswirtschaftliche/buchhalterische Kenntnisse verlangt. In diesem Zusammenhang ist dann zusätzlich der juristische Begriff „Fälligkeit“ i. S. d. § 17 InsO von Bedeutung, wozu juristische Fragen zu beurteilen sind (ist eine bestimmte Verbindlichkeit vom Gläubiger ernsthaft eingefordert worden? Bestehen Einreden, die die Fälligkeit i. S. d. § 271 BGB ausschließen?). Bei den Sanierungsmaßnahmen, z. B. im Personalbereich, ist oft zu beantworten, ob diese juristisch umsetzbar sind.

Die umfassende Lösung kann deshalb, wie hier vorgeschlagen, nur darin liegen, die inhaltlichen Anforderungen an die Bescheinigung zu definieren und zu schärfen, aber nicht weitere abstrakte berufliche Qualifizierungshürden aufzustellen.

Im Rahmen der Auslegung des im Ansatz wenig präzisen Merkmals „in Insolvenzsachen erfahrenen (Steuerberaters...)“ des § 270 b Abs. 1 S. 3 InsO-E wäre zu erwarten, dass der Bescheiniger dem Insolvenzgericht gegenüber darlegt, dass er in der Vergangenheit öfter Zahlungsfähigkeitsprüfungen vorgenommen und bei Restrukturierungsmaßnahmen unter Insolvenzbedingungen mitgewirkt hat. So könnte im Ansatz das abstrakte Qualifizierungsmerkmal mittelbar über die inhaltlichen Anforderungen an die Bescheinigung geschärft werden. Um diesen Aspekt sollte die Entwurfsbegründung ergänzt werden.

- b) Eine im Gesetzgebungsverfahren diskutierte Streichung des § 270 b Abs. 2 S. 2 InsO-E – die Regelung zum vom Schuldner „mitgebrachten“ vorläufigen Sachwalter – wird von DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU abgelehnt.

Um der Gefahr vorzubeugen, dass ein langjähriger Berater, dem eine Sanierung nicht gelungen ist und der sich möglicherweise nur schwer erkennbar an einer Insolvenzverschleppung beteiligt hat, als „mitgebrachter“ vorläufiger Sachwalter eingesetzt wird, müssen allerdings stärker als bisher vorgesehen Vorkehrungen geschaffen werden. Dem trägt der obige Entwurfsvorschlag von DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU zu § 270 b mit erhöhten Anforderungen an den Inhalt der Bescheinigung und an die Qualifikation des vorläufigen Sachwalters Rechnung. Weiter sollte es möglich sein – auch um die Beratungskontinuität und die Kontinuität der Sanierung zu gewährleisten –, dass der vorläufige Sachwalter nach § 270 b Abs. 2 S. 2 InsO-E im weiteren Verfahren beibehalten wird. Um diese Ziele zu erreichen, sollten die Anforderungen an die Qualifikation und fehlende Vorbefassung des vorläufigen Sachwalters – entsprechend den Vorschlägen von DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU – geschärft werden. Zudem sollte geregelt werden, dass der sog. Bescheiniger nicht zum vorläufigen Sachwalter ernannt werden darf. Mit diesen Einschränkungen sollte im Interesse der Planbarkeit des Verfahrens für den Schuldner die Möglichkeit des „mitgebrachten vorläufigen Sachwalters“ erhalten bleiben.

## C. Überschuldungsbegriff

Nach Möglichkeit sollte der Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem ESUG die im rechtspolitischen Raum und in der Literatur aufgeworfenen Fragen zum derzeitigen Überschuldungsbegriff beantworten. DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU tendieren dazu, dass zum Überschuldungsbegriff, den die InsO zum 01.01.1999 eingeführt hat, zurückgekehrt werden sollte, also auch bei einer positiven insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose ein Vergleich von Aktiva und Passiva im Rahmen eines Überschuldungsstatus‘ gefordert werden sollte. Die gegenwärtige Fassung des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO verlagert die Prüfung ausschließlich auf die Frage der Fortbestehensprognose. In diesem Rahmen wirkt sich derzeit gläubigerbenachteiligend aus, dass es gesetzlich definierte Planungspflichten und deren ausreichende Überprüfung - insbesondere bei kleineren und mittleren Unternehmen – derzeit nicht gibt (s. o. A. 2. zur oft verkannten Grenze zwischen drohender und eingetretener Zahlungsunfähigkeit und im Zusammenhang mit der Aufstellung des Jahresabschlusses vertaner Sanierungschancen).

## D. Schlussbemerkung

DIE FAMILIENUNTERNEHMER befürworten den Gesetzesentwurf der Bundesregierung in seinen Zielsetzungen und der Mehrzahl der gewählten Instrumente, sehen aber die Gefahr, dass das Gesetz in der jetzigen Gestalt die beabsichtigten Wirkungen nicht vollständig entfalten kann. Zentrales Ziel sämtlicher gesetzgeberischer Einzelmaßnahmen eines neuen Sanierungs- und Insolvenzgesetzes muss eine erhöhte Anzahl erfolgreich durchgeführter Unternehmenssanierungen in Deutschland sein. Dabei kommt für eine praxisfeste Umsetzung des Gesetzes der sanierungsspezifisch-fachlichen Aufwertung der künftig für den Insolvenzplanbereich insgesamt zuständigen Richter maßgeblich Bedeutung zu. Der Tätigkeitsbereich eines Insolvenzrichters im Überschneidungsbereich von Betriebswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft ist so anspruchsvoll, dass hier Handlungsbedarf für den Gesetzgeber besteht. DIE FAMILIENUNTERNEHMER weisen mit Nachdruck darauf hin, dass die sanierungspolitische Diskussion in der Vergangenheit oftmals unter der Annahme eines falsch angenommenen Widerspruchs geführt wurde: Tatsächlich ist zur effektiven Wahrung der Gläubigerinteressen eine an die Schuldner adressierte transparente Anreizstruktur in Richtung auf eine rechtzeitige Sanierungseinleitung hilfreicher als jede sonstige Schutzregelung.