



Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 4. März 2011

zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 29. Juni 2011

Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Nils G. Weiland, M.P.A. (Harvard)

Zu den zahlreichen im Regierungsentwurf zum ESUG enthaltenen Änderungsvorschlägen zur InsO (und anderen Gesetzen) wird im Folgenden nur teilweise Stellung genommen. Im Mittelpunkt der Stellungnahme stehen die Regelungen zur Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses und der Verwalterbestellung sowie einzelne Aspekte des Planverfahrens und des sog. Schutzschirmverfahrens (§ 270b InsO-E). Die Mehrzahl der (übrigen) durch das ESUG vorgesehenen Änderungen sind zu begrüßen oder erfordern keine kritische Betrachtung. Dies gilt insbesondere für die vorgesehene Konzentration der Insolvenzgerichte (§ 2 Abs. 2 Satz 1 InsO-E) und die weitere Ausgestaltung des Insolvenzplanverfahrens. Zu den folgenden Themenbereichen bestehen kritische Anmerkungen:

1. Zulässigkeitsvoraussetzungen des Eigenantrags (§ 13 Abs. 1 InsO-E)

Kritik:

Die zusätzlichen Anforderungen an den Eigen-Eröffnungsantrag nach § 13 Abs. 1 Satz 3 InsO-E (i.e. Vorlage Gläubigerverzeichnis mit detaillierten Angaben zur Gläubigerstruktur) **überfordern** die allermeisten Schuldner. Gerade kleine und mittlere Unternehmen (auch des Mittelstandes) sind – zumal in der Ausnahmesituation einer Insolvenzantragstellung – meist nicht in der Lage, belastbare Angaben zu ihrer Gläubigerstruktur zu machen. Damit besteht eine erhebliche Gefahr unvollständiger Eigenanträge. Dies führt zur **Unzulässigkeit** der betreffenden Eigenanträge (kleiner und mittlerer Unternehmen) und entsprechend zur **Nichteröffnung** des Verfahrens (§ 13 InsO ist eine Zulässigkeitsvoraussetzung!).

Neuer Wall 86
20354 Hamburg
Postfach 30 58 47
20318 Hamburg
Telefon +49 (0)40 / 36 13 07 - 0
Telefax +49 (0)40 / 36 13 07 - 300
info@weiland-rechtsanwalte.de

Dr. Gerd G. Weiland
Rechtsanwalt
Alexander Jahr († 2006)
Rechtsanwalt
Herbert Dürkop
Rechtsanwalt · Wirtschaftsprüfer
Jan de Haan
Rechtsanwalt
Fachanwalt f. Verwaltungsrecht
Joachim Schiebold
Rechtsanwalt
Fachanwalt f. Steuerrecht
Dr. Klaus Zippel
Rechtsanwalt · Wirtschaftsprüfer
Thomas Hoffmann
Rechtsanwalt · Avocat à la Cour
Ingo Möller
Wirtschaftsprüfer · Steuerberater
Dr. Thilo Streck
Rechtsanwalt
Fachanwalt f. Insolvenzrecht
Dr. Sven Claussen, LL.M. (Auckl.)
Rechtsanwalt
Matthias Ritter
Rechtsanwalt
Volker Kieckbusch
Rechtsanwalt
Dr. Nils G. Weiland, M.P.A. (Harvard)
Rechtsanwalt
Rudolf Dietze
Rechtsanwalt
Norbert Parlow
Rechtsanwalt
Dr. Stefan Pelný, LL.M. (Yale)
Rechtsanwalt
Kerstin Grüttner
Rechtsanwältin
Wiltrud Fromm, LL.M. (San Diego)
Rechtsanwältin
Fachanwältin f. Arbeitsrecht
Attorney at Law (New York)
Dirk Trieglaff
Rechtsanwalt
Fachanwalt f. Arbeits- und Versicherungsrecht
Andreas Grützmann
Rechtsanwalt
Klaus Opora
Rechtsanwalt
Dr. Christina Mütting
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Familienrecht · Mediatorin
Daniel Kottsieper
Rechtsanwalt

Kurfürstendamm 64
10707 Berlin
Telefon +49 (0)30 / 20 39 74 - 0
info@weiland-berlin.de
Frank Dahrendorf
Rechtsanwalt

5, rue des Ursins
75004 Paris
Téléphone +33 (0)1 53 10 89 - 60
Fax +33 (0)1 53 10 89 - 59
info@weiland.fr
Thomas Hoffmann
Avocat à la Cour · Rechtsanwalt
Tina Hoernel
Avocate à la Cour
Marc Schütte
Avocat à la Cour · Rechtsanwalt

Bankverbindung
Commerzbank Hamburg
Konto 37 32 591
BLZ 200 400 00
IBAN: DE31 2004 0000 0373 2591 00
BIC: COBADEFFXXX
AG Hamburg PR-Nr. 55
USt.IdNr.: DE 118953310
www.weiland-rechtsanwalte.de

Vorschlag:

Die **Zusatzanforderungen** sollten nur an Schuldner ab Erreichen bestimmter **Schwellenwerte** gestellt werden. Die **Anforderungen an den Eigen-Eröffnungsantrag nach § 13 Abs. 1 Satz 3 InsO-E** sind mit den **Größenanforderungen des § 22a Abs. 1 InsO-E** durch Verweisung zu harmonisieren.

Formulierungsvorschlag § 13 Abs. 1 Satz 3 InsO-E:

„Dem Antrag des Schuldners ist ein Verzeichnis der Gläubiger und ihrer Forderungen beizufügen, wenn der Geschäftsbetrieb des Schuldners nicht eingestellt ist und die Voraussetzungen des § 22a Abs. 1 vorliegen.“

2. Vorläufiger Gläubigerausschuss (§§ 22a InsO-E)

Kritik:

Die **Schwellenwerte** des § 22a Abs. 1 InsO-E sind **erheblich zu niedrig**. Nach dem Gesetzesentwurf werden von § 22a Abs. 1 InsO-E auch kleine Unternehmen erfasst, bei denen ein sachlich begründetes Interesse an einem obligatorischen vorläufigen Gläubigerausschuss regelmäßig nicht besteht. Das Mehr an Gläubigerbeteiligung rechtfertigt die zusätzliche bürokratische Belastung von Gericht und Gläubigern nicht. Die derzeit vorgesehenen Schwellenwerte können bundesweit je Jahr zu bis zu 3.500 zu bildenden vorläufigen Gläubigerausschüssen führen. Es besteht überdies die Schwierigkeit, für diese Aufgaben überhaupt ausreichend qualifizierte Personen zu finden, die bereit und in der Lage sind, ein Amt in einem vorläufigen Gläubigerausschuss zu übernehmen. Darüber hinaus führt die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses in der vom Gesetzesentwurf vorgesehenen Form zu erheblichen **Verfahrensverzögerungen** im kritischen Anfangsstadium des Verfahrens (vor allem hinsichtlich der Einsetzung eines vorläufigen Verwalters).

Vorschlag:

Die Schwellenwerte des § 22a Abs. 1 InsO-E sollten deutlich angehoben werden.

Es erscheint sinnvoll, sich hinsichtlich der Schwellenwerte an den in § 267 Abs. 3 HGB für große Kapitalgesellschaften vorgesehenen Werten zu orientieren. Bei derartigen Großverfahren erscheint die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses als regelhaft geboten. Insbesondere; in anderen, kleineren Verfahren sollte die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses optional (also eine „Kann-Regelung“) bleiben.

Die Regelung des § 22a Abs. 2 InsO-E ist beizubehalten. Auch bei Großverfahren, in denen die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses regelhaft geboten ist, kann in Einzelfällen die mit der Einsetzung verbundene Verzögerung zu einer Minderung der Masse führen. Das Insolvenzgericht muss dann in der Lage sein, flexibel von der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses abzusehen.

Formulierungsvorschlag § 22a Abs. 1 InsO-E:

„Das Insolvenzgericht hat einen vorläufigen Gläubigerausschuss nach § 21 Abs. 2 Nr. 1a einzusetzen, wenn der Schuldner im vorangegangenen Geschäftsjahr mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale erfüllt hat:

- 1. mindestens 19.250.000 Euro Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrags im Sinne des § 268 Abs. 3 des HGB;***
- 2. mindestens 38.500.000 Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag;***
- 3. im Jahresdurchschnitt mindestens zweihundertfünfzig Arbeitnehmer.“***

3. Verwalterauswahl (§ 56 InsO-E)

Zentrales Kriterium für die Beurteilung der Änderungen zu § 56 InsO ist die Gewährleistung der **Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters**. Ein unabhängiger Verwalter sichert (i) die Realisierung einer möglichst großen Masse, (ii) die Gleichbehandlung aller Gläubiger und (iii) einen rechtsstaatlichen Verfahrensablauf.

Kritik (§ 56 Abs. 1 Satz 3 InsO-E):

Die in § 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 InsO-E vorgesehene Klarstellung ist zu begrüßen. Alleine der Umstand, dass ein Insolvenzverwalter von Gläubiger oder Schuldner vorgeschlagen wird, begründet noch keine durchgreifenden Zweifel an seiner Unabhängigkeit. Dem Insolvenzgericht steht es überdies frei, einen vorgeschlagenen Verwalter nicht zu bestellen, wenn das Gericht im Übrigen Zweifel an seiner Unabhängigkeit hat.

Die in § 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 und Nr. 3 InsO-E vorgesehenen Änderungen sind hingegen hochgradig problematisch.

Zunächst ist es für das Insolvenzgericht kaum nachzuvollziehen, ob der vom Schuldner vorgeschlagene Verwalter vor dem Eröffnungsantrag den Schuldner lediglich „allgemein“ zum Insolvenzverfahren beraten bzw. einen Insolvenzplan erstellt

hat oder auch darüber hinaus derart beratend tätig war, dass seine Unabhängigkeit gefährdet ist. § 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 und Nr. 3 InsO-E sind somit kaum praktikabel.

Darüber hinaus aber begründen sowohl die vorherige insolvenzrechtliche Beratung des Schuldners als auch die vorherige Erstellung eines Insolvenzplans für den Schuldner **erhebliche Interessenkonflikte** des (späteren) personenidentischen Insolvenzverwalters. Beide vorherigen Tätigkeiten stellen regelmäßig eine Vorbehaftetheit in derselben Sache dar, die eine spätere unabhängige Tätigkeit als Insolvenzverwalter ausschließt. Interessenkonflikte und praktische Probleme ergeben sich im Einzelnen wie folgt:

- Sowohl die vorherige insolvenzrechtliche Beratung des Schuldners als auch die vorherige Erstellung eines Insolvenzplans erfolgen aufgrund eines Mandatsverhältnisses mit dem Schuldner. Der anwaltliche Berater agiert hier – standesrechtlich vorgeschrieben – als **Interessenvertreter des Schuldners** (und ggf. dessen Geschäftsführung), er handelt gerade nicht als Interessenvertreter der Gläubiger. Auch und gerade bei der Verhandlung einer außergerichtlichen Sanierung oder der Vorbereitung eines Insolvenzplanes (vor dem Eröffnungsantrag) ist der betreffende anwaltliche Berater nicht im Sinne einer Vermittlung und einem Ausgleich gegenläufiger Interessen tätig.
- Die Vorbehaftetheit des späteren Insolvenzverwalters (im Sinne eines Parteivertreters) wird Auswirkungen auf sein späteres Verhalten gegenüber der Geschäftsführung des Schuldners (und ggf. seinen Anteilseignern) haben. Es besteht die Gefahr einer nur zurückhaltenden Geltendmachung spezifischer Ansprüche gegen Geschäftsführung (oder Anteilseigner), wenn bereits zuvor eine lange, vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen dem Verwalter und den betreffenden Personen oder Organen stattgefunden hat oder der Verwalter von dem Beratungsmandant bereits finanziell profitiert hat.
- Etwaige eigene Beratungsfehler oder Anfechtungsansprüche hinsichtlich des eigenen Honorars werden von einem späteren Insolvenzverwalters bei Vorbehaftetheit voraussichtlich nicht geltend gemacht werden.
- Ein mit der Erstellung eines Insolvenzplans vorbefasster Insolvenzverwalter wird von dem von ihm entwickelten Plan auch dann nicht oder nur schwer abrücken, wenn sich der Plan als ungeeignet oder unrealisierbar herausstellen sollte. Dies kann **sanierungsfeindlich** sein. Hingegen kann ein nicht vorbefasster Verwalter diesbezüglich freier agieren und wird einen bereits vorliegenden Planentwurf unbefangener prüfen und ggf. leichter verwerfen oder modifizieren. Diese Flexibilität erhöht Sanierungschancen.

Vorschlag:

§ 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 und Nr. 3 InsO-E sind ersatzlos zu streichen.

Kritik (§ 56 Abs. 3 InsO-E):

Eine Bindung des Insolvenzgerichts an den Gläubigervorschlag zur Person des Insolvenzverwalters und zu den Anforderungen an diesen ist **unvereinbar** mit (i) der gebotenen **Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters** und (ii) der richterlichen Unabhängigkeit und Aufsichtsfunktion des Insolvenzgerichts. Es besteht die erhebliche Gefahr, dass ein derart bestellter Verwalter nicht unabhängig und gleich gegenüber allen Gläubigern agieren wird, sondern vielmehr „Rücksicht“ gegenüber den Gläubigern walten lassen wird, denen er seinen (verbindlichen) Bestimmungsvorschlag verdankt. Dies kann zu einer Ungleichbehandlung von Gläubigergruppen und einer Minderung der (möglichen) Insolvenzmasse führen. Umgekehrt werden organisierte Gläubiger vornehmlich diejenigen Verwalter vorschlagen, die in der Vergangenheit Rechte gegenüber Gläubigern (z.B. Anfechtungsrechte nach §§ 129 InsO) generell eher zurückhaltend ausgeübt haben oder sonst wie mit der betreffenden Gläubigergruppe bereits kooperiert haben.

Das mit § 56 Abs. 3 InsO-E einhergehende verbindliche Vorschlagsrecht wird daher mit hoher Wahrscheinlichkeit Folgendes bewirken:

- Es werden sich organisierte Gläubigergruppen (Banken, quasi-institutionalisierte „Gläubigerschutzvereinigungen“) bilden, die gezielt und systematisch bevorzugte Insolvenzverwalter zur Bestellung vorschlagen. Diese organisierten Gläubiger werden den Insolvenzgerichten von vorneherein „ständige Vertreter“ für (vorläufige) Gläubigerausschüsse benennen, die bestimmte Gläubigergruppen (gemäß § 67 InsO) repräsentieren sollen. Öffentliche Gläubiger (Fiskus, Sozialversicherungsträger) werden hierbei – mangels Ressourcen und vergleichbarem Organisationsgrad – voraussichtlich keine Rolle spielen.
- Gleichzeitig werden sich Verwalterkanzleien herausbilden, die insbesondere mit den betreffenden organisierten Gläubigergruppen kooperieren. Vermutlich werden sich einige dieser Kanzleien mit den typischen Bank- und Gläubigerberatern (Typ „angelsächsische Großkanzlei“) zusammenschließen oder sonst wie kooperieren.
- Beide dieser wahrscheinlichen Entwicklungen führen vermutlich zu einer Oligopolisierung des Marktes für (große) Insolvenzverfahren und erhöhen Marktzugangsbarrieren für Insolvenzverwalter.

Vorschlag:

§ 56 Abs. 3 InsO-E ist ersatzlos zu streichen.

Es ist richtig und notwendig, Gläubigern (mehr) Gelegenheit zu geben, dem Insolvenzgericht Vorschläge und Anforderungsprofile für den zu bestellenden Insolvenzverwalter zu unterbreiten. Diese Möglichkeit ist mit § 56 Abs. 2 InsO-E gegeben. Ein sachgerecht operierendes Insolvenzgericht wird derartige Vorschläge – insbesondere einstimmige Vorschläge – auch prüfen und berücksichtigen. Auch ist das Insolvenzgericht nach § 27 Abs. 2 Nr. 5 InsO-E verpflichtet, Abweichungen von einem einstimmigen Vorschlag (nach dem Grundsatz: „*comply or explain*“) zu begründen. Diese Mechanismen begründen bereits einen erheblichen Einfluss der Gläubigervertreter auf die Verwalterbestellung. Zur Sicherung der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters hat aber die Entscheidungsbefugnis über die Verwalterbestellung stets bei einem unabhängigen Gericht zu verbleiben.

4. Insolvenzplanverfahren (§§ 210a ff. InsO-E)

Die vorgesehenen Änderungen am Insolvenzplanverfahren sind zu begrüßen. Sie sind geeignet, das Planverfahren sanierungstauglicher und praxisnäher zu gestalten. Dies gilt insbesondere für die Einbeziehung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter des Schuldners in die gestaltende Wirkung des Insolvenzplans und die Möglichkeit eines debt-equity-swaps (§ 225a InsO-E). Das Planverfahren könnte mit folgenden Maßnahmen weiter optimiert werden:

debt-equity-swap „wider Willen“:

§ 225a Abs. 2 Satz 2 InsO-E und § 230 Abs. 2 InsO sehen vor, dass eine Umwandlung von Forderungen in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte gegen den Willen der betroffenen Gläubiger nicht möglich ist. Die individuelle Zustimmung kann nicht durch Mehrheitsbeschluss innerhalb der Plangruppen substituiert werden. Hierdurch wird die Durchführung eines debt-equity-swaps im Wege des Planverfahrens erheblich erschwert. Obstruierende Gläubiger können so einen – ggf. sinnvollen und sanierungsfördernden – debt-equity-swap verhindern oder erschweren. Es wäre hilfreich, auch diesbezüglich die Möglichkeit einer Mehrheitsentscheidung der Plangruppen zuzulassen.

Übertragung des Planverfahrens auf den Insolvenzrichter (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 RpfGE)

Art. 5 ESUG sieht vor, § 18 RpfGE dergestalt zu ändern, dass nunmehr sämtliche Insolvenzplanverfahren dem Richter vorbehalten bleiben. Bislang sind Planverfahren „Rechtspflegersache“ und können vom Insolvenzrichter an sich gezogen werden (§ 18 Abs. 2 RpfGE). Die vorgesehene Änderung ist **unpraktisch und „planfeindlich“**, es sollte bei der bisherigen flexiblen Regelung bleiben. Es besteht kein An-

lass, sämtliche Planverfahren – d.h. mehrheitlich solche von natürlichen Personen – dem Insolvenzrichter zuzuweisen. Es besteht ferner die – allzu menschliche – Gefahr, dass Insolvenzrichter aufgrund der mit der Zuweisung von Planverfahren (wahrscheinlich) verbundenen Mehrarbeit „planfreundliche“ Insolvenzverwalter nur zurückhaltend bestellen. Das richtige Ziel des Gesetzgebers, die Zahl der Planverfahren zu erhöhen, würde so konterkariert.

Vorschlag:

§ 18 Abs. 1 Nr. 2 RpfIG-E ist ersatzlos zu streichen.

5. Sanierungs-Vorbereitungsverfahren (§ 270b InsO-E)

Das neue Sanierungs-Vorbereitungsverfahren (§ 270b InsO-E) ist eine sinnvolle Ergänzung der Instrumentarien der InsO. Dieses Verfahren enthält – ausweislich der Begründung des Entwurfs – bewusst keine Sonderregeln oder Privilegien für den durch die Antragstellung ausgelösten „Run“ aller Gläubiger auf die verbliebenen liquiden Mittel des Schuldners. Ein Moratorium (oder vergleichbare Instrumente) sind ausdrücklich nicht vorgesehen. Damit ist zu befürchten, dass das Schutzschirmverfahren keine praktische Relevanz erlangen wird. Nur in wenigen – wirklich privilegierten – Fällen ist sichergestellt, dass der Schuldner trotz des durch die Antragstellung ausgelösten „Runs“ über hinreichende liquide Mittel verfügt, um den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit über den 3-Monats-Zeitraum des Schutzschirmverfahrens zu vermeiden.

Hamburg, 22. Juni 2011



Dr. Nils G. Weiland