

Berlin, 29. März 2011
Nr. 16/11
abrufbar unter www.anwaltverein.de

**Stellungnahme
des Deutschen Anwaltvereins
durch den Insolvenzrechtsausschuss
zum Gesetzentwurf der Bundesregierung
für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)
vom 4. März 2011, BR-Drs. 127/11**

Mitglieder des Insolvenzrechtsausschusses:

Herr RA Dr. Klaus Pannen, Hamburg (Vorsitzender)
Herr RA Kolja von Bismarck, Frankfurt
Frau RAin Claudia Diem, Stuttgart
Herr RA Wolfgang Hauser, Stuttgart
Herr RA Kai Henning, Dortmund
Herr RA Wilhelm Klaas, Krefeld
Herr RA Dr. Manfred Obermüller, Bad Camberg (Berichterstatter)
Herr RA Dr. Klaus Olbing, Berlin
Herr RA Horst Piepenburg, Düsseldorf
Herr RA Prof. Rolf Rattunde, Berlin
Herr RA Dr. Andreas Ringstmeier, Köln
Herr RA Dr. Jobst Wellensiek, Heidelberg

zuständiger DAV-Geschäftsführer:

RA Udo Henke, Berlin

Verteiler:

siehe Deckblatt-Rückseite

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz, Berlin
Deutscher Bundestag, Rechtsausschuss, Berlin
Deutscher Bundestag, Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen, Berlin
Bundesrat, Berlin
Justizministerien/Justizsenatoren und Justizsenatorinnen der Bundesländer
Bundesverband der Freien Berufe, Berlin
Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin
Bundesnotarkammer, Berlin
Deutscher Notarverein e. V., Berlin
Deutscher Richterbund e. V., Berlin
Gravenbrucher Kreis, München/Neu-Ulm
Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V., Berlin
Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e.V./BAKinso
Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzender des Forum Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein
Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung
des Deutschen Anwaltvereins, Berlin
Insolvenzrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins

Presseverteiler:

Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl, Berlin
Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen
Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln
Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.
Redaktion Zeitschrift für Wirtschaftsrecht / ZIP, Köln
Redaktion InDat-Report, Köln
Redaktion Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht / DZWIR, Berlin
Redaktion Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung / NZI, München
Redaktion Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht / ZInsO, Recklinghausen

Diese Stellungnahme finden Sie auch auf der Internetseite des Deutschen Anwaltvereins
unter: <http://www.anwaltverein.de/03/05/index.html>.

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 68.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Vorbemerkung

Der DAV sieht in dem Regierungsentwurf ein gelungenes und vor allem ausgewogenes Konzept, das versucht, allen Interessen angemessen Rechnung zu tragen. Wünschenswert wären jedoch einige Verbesserungen, die den Willen des Gesetzgebers besser zum Ausdruck bringen und verhindern, dass seine Vorgaben durch die Beteiligten unterlaufen werden. Dies betrifft insbesondere die Vorschriften über die Stärkung des Einflusses der Gläubiger bei der Auswahl des Verwalters und über die Erleichterung des Zugangs zur Eigenverwaltung.

1) Verwalterbestellung

Der DAV begrüßt das Vorhaben des Regierungsentwurfs, die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses auf Verfahren von einer gewissen Bedeutung zu beschränken und für die Auswahl der Mitglieder des Ausschusses von der reinen Summenmehrheit abzugehen. Die jetzt vorgeschlagenen Regelungen können jedoch leicht missbraucht und umgangen werden. Insgesamt bürden die Regelungen den Gerichten zu viele Aufgaben auf, die sie nur schwer erfüllen, aber leicht vermeiden können.

So kann die Begrenzung auf Unternehmen eines gewissen Zuschnitts in § 22a Abs. 1 InsO–E durch klare Kriterien zunächst einmal dem Gericht bei seiner Entscheidung über die Anwendung der Regeln über die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses helfen, wenn der Schuldner in der Lage ist, die notwendigen Informationen zuverlässig zu liefern. Die Regelung hat aber gravierende Schwächen:

- Für die Masse der kleineren Unternehmen bleibt alles beim Alten, hier können die Gerichte nach wie vor frei und ohne Rücksicht auf den Willen der Gläubiger agieren.
- Auch wenn ein Unternehmen die Anforderungen des § 22a Abs. 1 InsO–E erfüllt, ist die Mitwirkung der Gläubiger noch keineswegs gesichert. So bietet § 22a Abs. 2 InsO–E einem Gericht, das die Mühen der Bildung eines vorläufigen Gläubigerausschusses scheut, die Handhabe, wegen der Gefahr einer nachteiligen Veränderung der Masse infolge der Verzögerung sofort einen eben nur aus Sicht des Gerichts geeigneten vorläufigen Verwalter einzusetzen. Diese Voraussetzungen lassen sich vom Gericht regelmäßig leicht begründen, sodass es letztlich im Belieben des Gerichts liegt, ob ein

Gläubigerausschuss zustande kommt, die Gläubiger daher bei der für jedes Verfahren prägenden Entscheidung über die Person des Verwalters einbezogen werden.

- Ebenso ist es nicht vertretbar, dem Schuldner das Vorschlagsrecht für die Mitgliedschaft in einem vorläufigen Gläubigerausschuss einzuräumen (§ 22a Abs. 3 InsO–E). Diese Befugnis kann nur Gläubigern zugestanden werden.
- Auch geht es zu weit, einen einstimmigen Vorschlag des Gläubigerausschusses zu verlangen, wenn das Gericht an ihn grundsätzlich gebunden sein soll. Eine qualifizierte Mehrheit sollte ausreichen, zumal da der Gläubigerausschuss nach den gesetzlichen Vorgaben mit Vertretern aller für das Verfahren relevanten Gläubigergruppen besetzt werden soll, so dass auch nur ein den gesetzlichen Vorgaben entsprechender Vorschlag für das Gericht beachtlich wäre.
- Umgekehrt sind die Grenzen, bei deren Überschreitung ein vorläufiger Gläubigerausschuss nach § 22a Abs. 1 InsO–E einzusetzen ist, viel zu niedrig, um überhaupt Gläubiger zu finden, die zur Beteiligung bereit sind.

Durch das jetzt vorgeschlagene Verfahren wurde zwar das Gewicht der Großgläubiger neutralisiert, damit aber gleichzeitig das Risiko erhöht, dass diejenigen Gläubiger, auf deren Mitwirkung es bei jeder Sanierung entscheidend ankommt, sich verweigern. Deshalb sollte versucht werden, die wesentlichen Gläubiger in das Verfahren einzubinden. Zu diesem Zweck müssen die einzelnen Gläubigergruppen gezwungen werden, sich im Vorfeld miteinander zu arrangieren, und das Gericht verpflichtet sein, diese anzuhören, wenn sie das verlangen.

Der DAV modifiziert deshalb seinen bereits in der Stellungnahme vom 13.10.2010 unterbreiteten Vorschlag und regt an, § 22a Abs.1 InsO-E wie folgt zu fassen:

„Findet ein dem Gericht unterbreiteter Vorschlag zur Person des vorläufigen oder endgültigen Insolvenzverwalters oder zur Besetzung eines Gläubigerausschusses voraussichtlich die erforderliche Mehrheit in der Gläubigerversammlung, so soll das Insolvenzgericht nicht ohne wichtigen Grund von ihm abweichen. Das Gericht soll dazu den Schuldner sowie dem Gericht im Antragsverfahren benannte Vertreter wesentlicher Gläubiger und der Arbeitnehmer formlos anhören. Die Anhörung soll unverzüglich, nach Möglichkeit an dem ersten dem Eingang des Antrages folgenden Werktag erfolgen.“

Die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses wäre möglich, aber nicht zwingend; er könnte vor, zusammen mit oder nach der Bestellung eines vorläufigen Verwalters ernannt werden. Zwingend wäre nur die Einbindung von aktiven Gläubigern in den Entscheidungsprozeß des Gerichts. Den Gläubigern bleibt es aber selbst überlassen, ob sie tätig werden wollen und der Schuldner muss überlegen, ob er sie einbinden will. Ein Schuldner, der ernsthaft eine Sanierung anstrebt, wird bereits im Vorfeld des Antrags mit seinen wesentlichen Gläubigern Kontakt aufnehmen. Dagegen ist das Gericht nicht gezwungen, stets nach Gläubigern zu forschen und diese zu befragen. Diese Regelungen hätten den Vorzug einer größeren Flexibilität und einer Entlastung der Gerichte von Entscheidungen, die sie oft nur mit Mühe treffen können. Sie bringen auch keine Nachteile für die Gläubiger und den Schuldner, denn eine Sanierung kann nur dann Erfolg haben, wenn sie von den wesentlichen Gläubigern begleitet wird. Dies übt einen Zwang auf alle Beteiligten aus, sich möglichst schon im Vorfeld zu verständigen.

In § 22a Abs. 2 InsO–E sollte dementsprechend der letzte Halbsatz nach „oder“ gestrichen werden. Jede Beteiligung der Gläubiger ist mit dem Risiko behaftet, dass es zu Verzögerungen kommt. Dies aber nehmen die Gläubiger in Kauf, wenn sie sich für das Verfahren engagieren. Dem Gericht muss aber die Möglichkeit genommen werden, sich unter Hinweis auf befürchtete Verzögerungen dem Willen der Gläubiger zu entziehen.

2) Eingriff in Gesellschafterrechte

Sehr zu begrüßen ist die vorgeschlagene Einbeziehung der Anteilseigner in den Insolvenzplan. Erfreulich sind insbesondere der Verzicht auf den vorgesehenen § 225a Abs. 4 InsO-E und die Beschränkung auf § 245 Abs. 3 Nr. 1 InsO-E bezüglich einer Entschädigung der Anteilseigner. Hilfreich wäre jedoch eine ausdrückliche gesetzliche Klarstellung in § 251 Abs. 3 InsO-E, dass für die Berechnung des Werts der Anteile von der Situation auszugehen ist, die ohne die Beiträge der Gläubiger vorläge, d.h. in der Regel von einer Überschuldung und damit einem Anteilswert von Null.

Auch sind die vorgeschlagenen Vorschriften noch verbesserungsfähig hinsichtlich der Erleichterung einer Ausgliederung und der Regeln über Gesellschafterdarlehen:

a) Ausgliederung

Nach § 225a Abs. 3 InsO–E wird zwar künftig auch eine Ausgliederung durch den Insolvenzplan möglich sein. Als Sanierungsmodell ist die Ausgliederung allerdings nur tauglich, wenn die gesamtschuldnerische Haftung der aufnehmenden bzw. neu gegründeten Gesellschaft für die Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft (§ 133 UmwG, § 10 Abs. 4 KredReorgG-E) ausgeschlossen wird, sonst könnte die neue Gesellschaft sofort überschuldet sein, was gerade nicht gewollt ist.

b) Regeln über Gesellschafterdarlehen

Wenn ein Gläubiger Anteile zum Zweck der Sanierung des Unternehmens erwirbt, soll die Befreiung von den Regeln über Gesellschafterdarlehen nicht unbeschränkt gelten, sondern zeitlich gebunden und nur eingreifen, falls es vor einer nachhaltigen Sanierung zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens kommt. Laut Begründung zum Regierungsentwurf sollen erst Erfahrungen mit der durch das MoMiG bereits modifizierten Vorschrift des § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO abgewartet werden. Die Erfahrungen werden die gleichen bleiben. Denn auch das MoMiG hat das Problem, dass ein Erwerber nicht nach kaufmännischen Grundsätzen kalkulieren kann, wie viel Zeit er hat, sich von der Beteiligung wieder zu trennen, um die Rückstufung seiner verbleibenden Kredite in den Nachrang zu verhindern, mit anderen Worten fortgeführt. Sanierungsfreundlich wäre eine klare zeitliche Regelung.

3) Eigenverwaltung

Die Einbeziehung des vorläufigen Gläubigerausschusses in die Entscheidung über die Anordnung einer Eigenverwaltung nach § 270 Abs. 3 InsO ist zu begrüßen. Allerdings sollte die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses obligatorisch sein; die Gesetzesbegründung lässt dies zweifelhaft erscheinen. Nur dann, wenn kein Gläubigerausschuss gebildet werden kann und wenn keiner der zuvor genannten Vertreter der Kreditwirtschaft, der Sicherungsgläubiger, der ungesicherten Gläubiger, der institutionellen Gläubiger sowie der Arbeitnehmer bereit ist, das Amt zu übernehmen, bestimmt das Gericht den Sachwalter. Bei der Auswahl der Person des Sachwalters ist die Vorschrift des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO entsprechend anzuwenden. Sie ist insbesondere für die Auswahl des Sachwalters notwendig, damit die letzte verbliebene Kontrollfunktion, nämlich die Überwachung des Zahlungsverkehrs nach § 275 Abs. 2 InsO, effektiv wahrgenommen wird. Außerdem könnte auf die Ausnahmeregelung (offensichtliche nachteilige Veränderung der Vermögenslage durch

den Zeitaufwand für eine Befragung des Gläubigerausschusses) verzichtet werden. Solche Fälle sind schwer vorstellbar. Wenn es wirklich zu einer gravierenden Verzögerung kommen sollte, könnte dieser Zeitraum durch andere Maßnahmen, etwa Anordnung eines Verfügungsverbots oder Einsetzung eines vorläufigen Verwalters überbrückt werden.

Zu begrüßen ist auch das Ziel, einen Schutzschirm für das Unternehmen während des Versuchs einer außergerichtlichen Sanierung zu schaffen. Wenn die Einführung eines eigenen gesetzlichen Sanierungsverfahrens nicht in Betracht kommt, könnte in der Tat § 270b InsO–E dem Schuldner einen Anreiz geben, frühzeitig die Weichen für eine Sanierung des Unternehmens zu stellen. Aber dies kann nur im Einvernehmen mit der Mehrheit der Gläubiger erfolgversprechend sein. Deshalb darf deren Einfluss nicht zurückgedrängt, sondern muss gefördert werden. Die jetzige Konstruktion konterkariert dagegen alle vorherigen Bemühungen des Gesetzgebers in §§ 21 und 56 InsO um eine stärkere Gläubigerbeteiligung und die Auswahl eines geeigneten Verwalters. Dem Missbrauch durch arglistige Schuldner wird Tor und Tür geöffnet. So kann ein Schuldner alle insolvenzrechtlichen Beschränkungen umgehen, indem er die Bescheinigung einer ihm geneigten Person nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO–E vorlegt und sich nach § 270b Abs. 2 Satz 2 InsO–E den ihm gefälligen Verwalter aussucht. Die Gläubiger kommen mit den in § 270b Abs. 3 Nr. 3 und 4 InsO–E vorgesehenen Schritten zu spät oder bleiben erfolglos. Deshalb sollte, wenn der Schuldner Eigenverwaltung nach § 270b beantragt, strenger als im Insolvenzantragsverfahren die Beteiligung der Gläubiger über einen vorläufigen Gläubigerausschuss vorgeschrieben werden; hier darf die Pflicht des Gerichts zur Anhörung der Gläubiger nicht – wie der DAV es oben unter Nr. 1 vorschlägt – als Sollvorschrift ausgestaltet, sondern muss zwingend sein.

Die Entscheidung über die Eigenverwaltung, deren Ausgestaltung und deren Abbruch sowie über Verfügungsbeschränkungen und die Befugnisse des Sachwalters sollte stets den Gläubigern überlassen bleiben.

§ 270b Abs. 3 Nr. 1 InsO-E müsste gestrichen werden. Die Zahlungsunfähigkeit wird in kürzester Zeit eintreten, wenn der Beschluss nach § 270b Abs. 1 InsO-E bekannt wird; denn die Gläubiger werden sofort ihre Kredite kündigen. Die Alternative könnte darin bestehen, dass die Kündigungsrechte der Gläubiger kraft Gesetzes suspendiert werden. Als Vorbild können die entsprechenden Vorschriften aus den Bankenrestrukturierungsgesetzen dienen; die dortigen sehr sinnvollen Sanierungshilfen sollten nicht nur den Banken vorbehalten werden.

4) Vorschriften über die Beendigung des Verfahrens

Nicht alle Sanierungsversuche werden gelingen, manche werden vorzeitig abgebrochen werden müssen. Für diesen Fall muss der vorläufige Verwalter oder Sachwalter in die Lage versetzt werden, Verbindlichkeiten, die unter seiner Mitwirkung begründet wurden, zu erfüllen. Die Regelungen des 25 Abs. 2 Satz 1 InsO sollten deshalb auch auf die Verfahren ausgedehnt werden, in denen ein vorläufiger Verwalter tätig geworden ist.

Die Vorschriften über die Beendigung des Regelinsolvenzverfahrens insbesondere im Hinblick auf das Verteilungsverzeichnis (§§ 188 bis 191 InsO) sollten ihre Entsprechung im Insolvenzplanverfahren finden. So sollte z.B. ausgehend von der öffentlichen Bekanntmachung der Anordnung des Abstimmungstermins eine Ausschlussfrist von zwei Wochen zum Nachweis der Erhebung von Feststellungsklagen vorgesehen werden. Systemgerecht wäre allerdings ein kompletter Ausschluss von nicht geltend gemachten und nicht rechtzeitig verfolgten bestrittenen, Ausfall- oder bedingten Forderungen. findet keine Entsprechung im derzeitigen Insolvenzplanrecht. Die gegenwärtige Regelung macht in der Praxis erhebliche Probleme, weil die Insolvenztabelle quasi bis eine Sekunde vor Aufhebung des Insolvenzverfahrens offen bleibt.

5) Fazit

Insgesamt gesehen stellt der Regierungsentwurf für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung zur Sanierung von Unternehmen einen beachtlichen Fortschritt dar. Alle Verbesserungen in Richtung auf eine stärkere Berücksichtigung der Position der Gläubiger werden die Unterstützung des Deutschen Anwaltvereins und seiner Gremien erhalten.