

**ESUG: Erfahrungen, Probleme, Änderungsnotwendigkeiten**

**Thesenpapier des Gravenbrucher Kreis, Stand: Oktober 2015**

**Vorbemerkung:**

Vor etwas mehr als drei Jahren, am 1. März 2012, ist das ESUG in Kraft getreten. Erklärtes Ziel war (Reg.-Entwurf, BT-Drucks. 17/5712, S. 1 f.),

*„im Interesse einer Verbesserung von Sanierungschancen zu erreichen, dass Schuldner und Gläubiger in die Auswahl der maßgeblichen Akteure einbezogen werden und dass alle Beteiligten eine größere Planungssicherheit hinsichtlich des Ablaufs des Verfahrens erhalten. Die Möglichkeiten der Sanierung durch einen Insolvenzplan werden erweitert, Blockadepotential wird abgebaut.“*

Ob dieses Ziel erreicht wurde, soll nach fünf Jahren evaluiert und ggf. Korrekturen eingeleitet werden. Der Gravenbrucher Kreis ist der Überzeugung, dass mit dem ESUG gute Sanierungsmöglichkeiten geschaffen wurden und möchte zum weiteren Erfolg des Gesetzes beitragen. Aus diesem Grund wird vorgeschlagen, bereits jetzt einzelne klar abgrenzbare Korrekturen umzusetzen, um einen möglichen Akzeptanzverlust zu verhindern. Die vorgeschlagenen Maßnahmen sollen die Evaluation nicht ersetzen, sondern ein schnelles Handeln dort anregen, wo sich bereits jetzt klarer Korrekturbedarf zeigt. Weil sich die Wirkungen des ESUG aufgrund der Eigenheiten des Insolvenzverfahrens als Eilverfahren unmittelbar zeigen, besteht hierfür eine hinreichende Entscheidungsgrundlage.

Nach den Erfahrungen der Mitglieder des Gravenbrucher Kreis, die durch eine aktuelle Studie der Boston Consulting Group (dazu unten) bestätigt werden, besteht eine erhebliche Misserfolgsquote bei den Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung, die die mit dem ESUG bezweckte Erhöhung der Berechenbarkeit des Verfahrens gefährdet. Grund hierfür ist nicht etwa – wie zunächst befürchtet – eine ablehnende Haltung der Insolvenzgerichte gegenüber den Neuerungen. Vielmehr werden zu häufig Verfahren in Eigenverwaltung begonnen, bei denen sich später zeigt, dass die Voraussetzungen hierfür von Anfang an nicht vorlagen und die vermeintlich legitimierende Gläubigerbeteiligung lediglich einen nicht repräsentativen Teilbereich der Gläubiger umfasst hat. Häufig sind überdies Folgeinsolvenzverfahren nach gescheiterten ESUG-Sanierungen zu verzeichnen –

**SPRECHER:**

RA Prof. Dr. Lucas F. Flöther  
 Franzosenweg 20  
 06112 Halle  
 Tel +49 (0)345 21222-0  
 Fax +49 (0)345 21222-395  
 www.gravenbrucher-kreis.de  
 gk@floether-wissing.de

**AKTIVE MITGLIEDER:**

RA Prof. Dr. Siegfried Beck  
 RA Axel W. Bierbach  
 RA Joachim Exner  
 RA Udo Feser  
 RA Prof. Dr. Lucas F. Flöther  
 RA Dr. Michael C. Frege  
 WP StB Arndt Geiwitz  
 RA WP StB Ottmar Hermann  
 RA Tobias Hoefler  
 RA Dr. Michael Jaffé  
 RA Dr. Frank Kebekus  
 RA Dr. Bruno M. Kübler  
 RA Prof. Dr. Rolf Dieter Mönning  
 RA Dr. Jörg Nerlich  
 RA Horst Piepenburg  
 RA Michael Pluta  
 RA Dr. Andreas Ringstmeier  
 RA Christopher Seagon  
 RA Dr. Sven-Holger Undritz  
 RA Rüdiger Wienberg

**PASSIVE MITGLIEDER:**

RAin Barbara Beutler  
 RA Joachim G. Brandenburg  
 RA Dr. Volker Grub  
 RA Horst M. Johlke  
 RA Heinrich Müller-Feyen  
 RA Dr. Wolfgang Peterleit  
 RA Hans-P. Runkel  
 WP StB Werner Schneider  
 RA Dr. Gerd Gustav Weiland  
 RA Dr. Jobst Wellensiek

insbesondere, wenn keine echte industrielle Restrukturierung erfolgt. Oftmals wird in derartigen Zweitinsolvenzverfahren auch das Insolvenzgeld an die Arbeitnehmer nicht gezahlt. Derartige Negativbeispielfälle frühzeitig zu identifizieren und zu vermeiden, um dadurch Schaden für die Gläubiger zu verhindern und das Instrument der Eigenverwaltung und den Sanierungsstandort Deutschland zu stärken, ist Ziel der nachfolgenden Vorschläge:

### **1. Anforderungen an den eigenverwaltenden Schuldner**

Nach den bisherigen Praxiserfahrungen mit dem ESUG ist festzustellen, dass zahlreiche Verfahren, die als Eigenverwaltung beantragt wurden, als Regelverfahren eröffnet werden bzw. in Regelverfahren münden. So belegt eine Studie der Boston Consulting Group (BCG) aus dem Jahr 2015 (siehe BCG, Drei Jahre ESUG: Höherer Aufwand lohnt sich, S. 6<sup>1</sup>), dass von den 559 im Zeitraum von März 2012 bis Februar 2015 als Eigenverwaltung beantragten Verfahren, 42 % als Regelverfahren eröffnet bzw. fortgeführt wurden, wobei diejenigen Verfahren unberücksichtigt geblieben sind, bei denen trotz eines entsprechenden Antrags auf Eigenverwaltung die vorläufige Insolvenzverwaltung angeordnet wurde (vgl. hierzu McKinsey&Company Inc./ Noerr LLP, InsO-Studie 2015, S. 8<sup>2</sup>). Der Wechsel in das Regelverfahren, der auch und insbesondere in wichtigen Großverfahren zu beobachten ist, geht mit enormen Nachteilen einher. Neben einer bisweilen erheblichen Verfahrensverzögerung ist mit steigenden Kosten zulasten der Gläubigersamtheit sowie nicht zuletzt damit zu rechnen, dass das Instrument der Eigenverwaltung zunehmend in Misskredit gerät.

#### **a. Allgemeine Zugangsvoraussetzungen**

Um Zugang zum Instrumentarium der Eigenverwaltung zu bekommen, muss das vorinsolvenzliche Verhalten des Schuldners nach Ansicht des Gravenbrucher Kreis deshalb bestimmte objektiv belegbare, enumerative Mindestvoraussetzungen im Hinblick auf dessen bisherige Zuverlässigkeit und Mitwirkungsbereitschaft erfüllen. Schuldner, die in der Vergangenheit grob gegen wesentliche öffentlich-rechtliche Pflichten verstoßen, sich damit als unzuverlässig erwiesen haben und die dem Gericht damit zugleich keine hinreichende Entscheidungsgrundlage hinsichtlich der Tauglichkeit des Eigenverwaltungsverfahrens im konkreten Fall liefern, sollten nach Auffassung des Gravenbrucher Kreis keinen Zugang zum Instrumentarium der Eigenverwaltung erlangen.

---

<sup>1</sup> Abrufbar unter: <<http://www.bcg.de/documents/file188855.pdf>> (letzter Abruf: 09.09.2015).

<sup>2</sup> Abrufbar unter:

<[http://www.noerr.com/~media/Noerr/PressAndPublications/News/2015/insolvenzstudie/Insolvenz-Studie-DE\\_kurz.pdf](http://www.noerr.com/~media/Noerr/PressAndPublications/News/2015/insolvenzstudie/Insolvenz-Studie-DE_kurz.pdf)> (letzter Abruf: 09.09.2015).

Auch Schuldner, die die Besonderheiten der Eigenverwaltung zu verfahrensfremden Zwecken ausnutzen wollen, sollten keinen Zugang zu dieser Verfahrensart bekommen.

Objektiv belegbare, leicht prüfbare Kriterien, die gegen eine Eigenverwaltung sprechen, könnten sein:

- a. fortlaufende und nachhaltige Verletzung der Buchführungs- und Bilanzierungspflichten,*
- b. fortlaufende und nachhaltige Verletzung der Steuererklärungspflichten,*
- c. erhebliche Lohn- und Gehaltsrückstände (inklusive rückständiger Sozialversicherungsbeiträge),*
- d. mangelnde Erfahrung des Schuldners bzw. seiner organschaftlichen Vertreter mit dem Instrument der Eigenverwaltung*
- e. offensichtliche Verletzung von Insolvenzantragspflichten nach Maßgabe von § 15a InsO.*

Entsprechend sollte § 13 InsO mit Blick auf die vom Geschäftsleiter bei Antragstellung abzugebende Versicherung ergänzt werden. Fehlt es an den Mindestvoraussetzungen, so sollte dies auch nicht durch eine einstimmige Gläubigerausschussentscheidung, § 270 Abs. 3 InsO, ersetzt werden können.

#### **b. Besondere Zugangsvoraussetzungen im Rahmen von § 270a InsO**

Besonders schwierige Herausforderungen ergeben sich schließlich immer dann, wenn der Schuldner den Antrag auf Eröffnung des Verfahrens in Eigenverwaltung sehr spät, nämlich erst nach Eintritt der materiellen Insolvenzreife des Unternehmens stellt. Zu diesem Zeitpunkt hat der Schuldner regelmäßig bereits unter Beweis gestellt, dass er nicht in der Lage ist, die von ihm eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen oder die Gläubiger von einer erfolgreichen Sanierung seines Unternehmens zu überzeugen.

Nach geltendem Recht unterliegt jedoch auch in diesen Fällen die Entscheidung des Gerichts, die vorläufige Eigenverwaltung gemäß § 270a InsO anzuordnen, denselben Voraussetzungen wie in jenen Fällen, in denen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung noch nicht vorliegen, der Schuldner also rechtzeitig und vorausschauend gehandelt hat. Jeweils kommt es maßgebend darauf an, dass der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht *offensichtlich aussichtslos* ist.

In den Fällen bereits eingetretener materieller Insolvenzreife besteht damit aber eine deutliche Diskrepanz zwischen dem insolvenzgerichtlichen Prüfungsmaßstab einerseits und der wirtschaftlichen Realität des schuldnerischen Unternehmens auf der anderen Seite.

Für die Gläubiger resultiert hieraus ein deutlich größeres Risiko. Ziel einer jeden Reform sollte es daher sein, diesem Risiko durch eine Anpassung der gesetzlichen Eingangsvoraussetzungen im Rahmen von § 270a InsO Rechnung zu tragen.

Etwas anders kann nur dann gelten, wenn der paritätisch, unter Beteiligung aller wesentlichen Gläubiger besetzte vorläufige Gläubigerausschuss der Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung ausdrücklich zustimmt (zur Gläubigerbeteiligung in Eigenverwaltungsverfahren sogleich Punkt 2.).

## **2. Gläubigerbeteiligung in Eigenverwaltungsverfahren**

### **a. Ausgangslage**

Grundsätzlich ist den Gläubigern im Eröffnungsverfahren das Recht eingeräumt, im Rahmen eines Gläubigerausschusses eine für das Gericht bindende Entscheidung über die Anordnung der Eigenverwaltung zu treffen. Erreicht das antragstellende Unternehmen jedoch nicht die Schwellenwerte des § 22a Abs. 1 InsO, ist der Gläubigerausschuss lediglich obligatorisch. Um im Einzelfall aber auch hier den Gläubigern eine Überwachung des Verfahrens über die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 22a Abs. 2 InsO zu ermöglichen, muss sichergestellt werden, dass die Gläubiger Kenntnis von dem Eröffnungsverfahren erhalten, insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Anordnung der Eigenverwaltung in der Regel nicht veröffentlicht wird.

Sofern es der Schuldner im Rahmen seines Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung unterlässt – ggf. vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig –, solche Gläubiger zu benennen, von denen er weiß, oder bei denen er davon ausgeht, dass sie die Eigenverwaltung nicht unterstützen werden, besteht die Gefahr, dass der (vorläufig) eigenverwaltende Schuldner unabgestimmt, unangemessene Verbindlichkeiten gegenüber seinen wesentlichen Gläubigern begründet oder die (spätere) Haftungsmasse verkürzt, was die Befriedigungsmöglichkeiten seiner Gläubiger verschlechtern. Auch Vermögensverschiebungen sind nicht ausgeschlossen, die später nur schwerlich rückgängig zu machen sind.

Die Beweggründe für ein solches Schuldnerverhalten liegen oftmals darin begründet, dass weder das Verfahren nach § 270a InsO noch das nach § 270b InsO Schutz davor bieten, dass Gläubiger in Kenntnis der Insolvenzantragsstellung versuchen werden, ihre Forderungen fällig zu stellen oder Verträge zu kündigen. Die Entscheidung des Gesetzgebers gegen ein Moratorium oder ähnliches ist auch weiterhin als richtig anzusehen. Denn nicht nur das Schutzschirmverfahren, sondern das Verfahren in Eigenverwaltung allgemein, ist vor allem für solche

Schuldner gedacht, die sich in Abstimmung und mit Unterstützung ihrer zentralen Gläubiger in einem Insolvenzverfahren sanieren wollen. Durch vorher getroffene Absprachen mit den Banken und anderen wesentlichen Gläubigern kann es der Schuldner allerdings häufig vermeiden, dass mit der Antragstellung eine Zahlungsunfähigkeit eintritt, weil beispielsweise Kredite fällig gestellt werden. Kann ein solcher Konsens im Vorfeld der Antragstellung nicht gefunden werden, ist das schuldnerische Unternehmen auch nicht für eine Sanierung im Rahmen eines Schutzschirmverfahrens und ggf. eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung geeignet, weil zu diesem Zeitpunkt ja bereits feststeht, dass der Schuldner mit Antragstellung faktisch zahlungsunfähig bzw. zumindest zu vermuten ist, dass die wesentlichen Gläubiger die Eigenverwaltungsbemühungen des Schuldners nicht unterstützen wollen.

Gemäß § 13 Abs. 1 S. 6 InsO ist der Schuldner, der die Eigenverwaltung beantragt, verpflichtet, in seinem Gläubiger- und Forderungsverzeichnis die höchsten Forderungen (Nr. 1), die höchsten gesicherten Forderungen (Nr. 2), die Forderungen der Finanzverwaltung (Nr. 3), die Forderungen der Sozialversicherungsträger (Nr. 4) sowie die Forderungen aus betrieblicher Altersversorgung (Nr. 5) besonders kenntlich zu machen. Der Schuldner hat in diesem Fall auch Angaben zur Bilanzsumme, zu den Umsatzerlösen und zur durchschnittlichen Zahl der Arbeitnehmer des vorangegangenen Geschäftsjahres zu machen. Gemäß § 13 Abs. 1 S. 7 InsO ist zudem eine Erklärung beizufügen, dass die enthaltenen Angaben richtig und vollständig sind. Damit ist § 13 Abs. 1 S. 6, 7 InsO zwar als „Pflicht“ ausformuliert. Sanktionscharakter bei Verletzung dieser Pflichten enthält die Norm jedoch nicht.

Eine ergänzende Amtsermittlungspflicht des Insolvenzgerichtes hinsichtlich der Prüfung eines vollständig abgegebenen Gläubigerverzeichnisses nach § 13 Abs. 1 InsO besteht ebenfalls nicht.

#### **b. Empfohlene Gesetzesänderung**

Das Hauptziel des Schuldners, der einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung stellt, besteht darin, die „Zügel weiterhin in der Hand zu halten“.

Um den Schuldner, der unvollständige und/oder unrichtige Angaben hinsichtlich seiner wesentlichen Gläubiger bzw. seiner Unternehmensgröße macht und auf diese Weise eine Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung über die Köpfe der – ohne sachlichen Grund – nicht benannten Gläubiger hinweg erwirkt, disziplinieren zu können, empfiehlt sich überdies eine Sanktion, die auf die zwingende Ablehnung des Antrags auf Anordnung der Eigenverwaltung gerichtet ist. Eine darüber hinausgehende Haftungsnorm empfiehlt sich dagegen nicht.

Ein sachlicher Grund für die Nichteinbindung eines Gläubigers bei Antragstellung könnte beispielsweise darin zu sehen sein, dass der Gläubiger, der vom Schuldner nicht benannt wird, die Sanierung zulasten der übrigen Gläubiger fortgesetzt zu vereiteln versucht.

Auf der Grundlage dieser Gesichtspunkte und in Ergänzung der o.g. Änderungsvorschläge (Punkt 1.) werden daher folgende Gesetzesänderungen angeregt:

### § 270 Voraussetzungen

„(2) <sup>1</sup>Die Anordnung setzt voraus,

(...)

<sup>2</sup>Ein Nachteil für die Gläubiger wird unwiderleglich vermutet, wenn der Schuldner

1. im Rahmen des nach § 13 Absatz 1 vorzulegenden Verzeichnisses wesentliche Gläubiger ohne Vorliegen und Benennung eines sachlichen Grundes nicht benannt hat oder
2. die verpflichtenden Angaben nach § 13 Absatz 1 Sätze 4 und 5 nicht oder unvollständig oder unrichtig abgegeben hat.

<sup>3</sup>Wesentliche Gläubiger sind insbesondere,

1. die absonderungsberechtigten Gläubiger, insbesondere die kreditgebenden Banken,
2. die Gläubiger mit den höchsten Forderungen, unabhängig davon, ob diese bestritten oder unbestritten sind,
3. der Pensionssicherungsverein,
4. die Finanzverwaltung.“

(3) (...) <sup>3</sup>Dies gilt wegen der Unwiderruflichkeit der Vermutung nicht im Falle des Absatzes 2 Nr. 2 Satz 2. (...)“

### § 270a Eröffnungsverfahren

„(2) In dem Beschluss nach Absatz 1 Satz 2 fordert das Gericht den Schuldner auf, binnen Wochenfrist, an Eides statt zu versichern, dass das Verzeichnis nach § 13 Absatz 1 Satz 3 und die Angaben nach den Sätzen 4 und 5 richtig und vollständig sind und er die wesentlichen Gläubiger nach § 270 Abs. 2 Satz 3 über den Antrag auf Eigenverwaltung informiert hat.

(3) <sup>1</sup>Das Gericht hebt den Beschluss nach Absatz 1 Satz 2 auf, wenn

1. die Eigenverwaltung aussichtslos geworden ist, insbesondere wenn bekannt geworden ist, dass der Schuldner im Rahmen des nach § 13 Abs. 1 Satz 3 vorzulegenden Verzeichnisses wesentliche Gläubiger ohne Vorliegen und Benennung eines sachlichen Grundes nicht benannt hat oder die verpflichtenden Angaben nach § 13 Absatz 1 Sätze 4 und 5 nicht oder unvollständig oder unrichtig abgegeben hat,
2. die Versicherung nach Absatz 2 innerhalb der Wochenfrist ohne hinreichende Entschuldigung unterbleibt, oder der Schuldner trotz ordnungsgemäßer Ladung ohne hinreichende Entschuldigung nicht zu dem Termin, den das Gericht für die eidesstattliche Versicherung anberaumt hat, erscheint,
3. der vorläufige Gläubigerausschuss die Aufhebung beantragt oder
4. ein absonderungsberechtigter Gläubiger oder ein Insolvenzgläubiger die Aufhebung beantragt und Umstände bekannt werden, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird.

<sup>2</sup>Zum vorläufigen Insolvenzverwalter kann der bisherige vorläufige Sachwalter bestellt werden.

(...)“

#### **§ 270b Vorbereitung einer Sanierung**

„(2) (...) <sup>4</sup>Das Gericht fordert den Schuldner auf, binnen Wochenfrist, an Eides statt zu versichern, dass das Verzeichnis nach § 13 Absatz 1 Satz 3 Angaben nach den Sätzen 4 und 5 richtig und vollständig sind und er die wesentlichen Gläubiger nach § 270 Abs. 2 Satz 3 über den Antrag auf Eigenverwaltung informiert hat.

(...)

(4) <sup>1</sup>Das Gericht hebt die Anordnung nach Absatz 1 vor Ablauf der Frist auf, wenn

1. (...)

2. bekannt geworden ist, dass der Schuldner im Rahmen des nach § 13 Absatz 1 Satz 3 vorzulegenden Verzeichnisses wesentliche Gläubiger ohne Vorliegen und Benennung eines sachlichen Grundes nicht benannt hat oder die verpflichtenden Angaben nach § 13 Absatz 1 Sätze 4 und 5 nicht oder unvollständig oder unrichtig abgegeben hat,

3. die Versicherung nach Absatz 2 Satz 4 innerhalb der Wochenfrist ohne hinreichende Entschuldigung unterbleibt, oder der Schuldner trotz ordnungs-

gemäß Ladung ohne hinreichende Entschuldigung nicht zu dem Termin, den das Gericht für die eidesstattliche Versicherung anberaumt hat, erscheint,  
(...)“

### § 272 Aufhebung der Anordnung

„(1) Das Insolvenzgericht hebt die Anordnung der Eigenverwaltung auf,

1. wenn bekannt geworden ist, dass der Schuldner im Rahmen des nach § 13 Absatz 1 Satz 3 vorzulegenden Verzeichnisses wesentliche Gläubiger ohne Vorliegen und Benennung eines sachlichen Grundes nicht benannt hat oder die verpflichtenden Angaben nach § 13 Absatz 1 Sätze 4 und 5 nicht oder unvollständig oder unrichtig abgegeben hat,

(...)

4. wenn dies vom Schuldner beantragt wird. (...)“

### **3. Stärkung der Position des Sachwalters/ Anforderungen an den Sachwalter**

#### **a. Aufhebung der Eigenverwaltung**

§ 272 Abs. 1 InsO sollte dahingehend ergänzt werden, dass die Anordnung der Eigenverwaltung ferner aufgehoben wird, wenn dies vom Sachwalter beantragt wird und der Gläubigerausschuss diesem Antrag zugestimmt hat. § 272 Abs. 2 InsO gilt trotzdem. Der Sachwalter muss bei einem entsprechenden Antrag glaubhaft machen, dass die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Anordnung vorliegen. Das dürfte in aller Regel dann anzunehmen sein, wenn der (vorläufige) Gläubigerausschuss die Eigenverwaltung ablehnt. Dem Schuldner ist rechtliches Gehör zu gewähren.

#### **b. Anordnung von Zustimmungsvorbehalten**

Nach § 275 Abs. 1 S. 1 InsO sollen Verbindlichkeiten, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, vom Schuldner nur mit Zustimmung des Sachwalters eingegangen werden. Im Übrigen wird dem Sachwalter lediglich ein Widerspruchsrecht eingeräumt, dessen Ausübung jedoch – ebenso wie im Fall einer nicht erteilten Zustimmung – die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht berührt. Schon daran wird deutlich, dass sich der Gesetzgeber ganz bewusst gegen die generelle Anordnung von Zustimmungsvorbehalten im Rahmen der Eigenverwaltung entschieden hat. Das ist mit Blick auf die Verfahrensstruktur und das Wesen des Eigenverwaltungsverfahrens grundsätzlich auch sachgerecht.



Dessen ungeachtet findet das zentrale Anliegen des ESUG, die Rechte und Einflussmöglichkeiten der Gläubiger – die letztlich stets das Risiko eines jeden Sanierungsversuchs tragen – zu stärken, hierin keine hinreichende Entsprechung. Vor diesem Hintergrund wird angeregt, die Anordnung von Zustimmungsvorbehalten jedenfalls dann in das Ermessen des Insolvenzgerichts zu stellen, wenn dem ein entsprechender Beschluss des (vorläufigen) Gläubigerausschusses vorausgegangen ist.

Begleitet werden sollte eine entsprechende gesetzliche Regelung schließlich durch ein hiermit korrespondierendes Initiativrecht des Sachwalters, da er als Vertreter der Interessen der Gläubigersamtheit bei Wahrnehmung seiner Kontroll- und Überwachungsaufgaben einschätzen kann, ob verfügungsbeschränkende Maßnahmen angemessen und erforderlich sind.

#### **c. Kassenführungsrecht des Sachwalters**

Gemäß § 275 Abs. 2 InsO kann der Sachwalter vom Schuldner verlangen, dass alle eingehenden Gelder nur vom Sachwalter entgegengenommen und Zahlungen nur vom Sachwalter geleistet werden. Dies schafft oft das für die erfolgreiche Durchführung des Eigenverwaltungsverfahrens zwingend erforderliche Vertrauen bei den beteiligten Lieferanten, Kunden und Kreditinstituten. Vor diesem Hintergrund ist es aber naheliegend, den Gläubigern selbst auch ein direktes Mitspracherecht bei der Frage, wer die Kassenführungsbefugnis inne hat, einzuräumen. Insoweit sollte das Kassenführungsrecht in Ergänzung der aktuellen Gesetzeslage auch und insbesondere dann dem Sachwalter übertragen werden können, wenn der (vorläufige) Gläubigerausschuss dies verlangt.

#### **d. Insolvenzplan**

Gemäß § 284 InsO ist ein Auftrag der Gläubigerversammlung zur Ausarbeitung eines Insolvenzplans an den Sachwalter oder an den Schuldner zu richten. In der Regel besteht bei der Planerstellung eine Eilbedürftigkeit, so dass der Auftrag der Gläubigerversammlung an den Sachwalter zur Planerstellung zu spät sein könnte. Es muss deshalb auch dem Gläubigerausschuss möglich sein, einen Auftrag zur Ausarbeitung eines Insolvenzplans an den Sachwalter oder an den Schuldner zu richten. § 284 InsO ist insoweit zu ergänzen. Im Übrigen sollte es aus Gründen der Kosteneffizienz und Transparenz die Regel sein, dass der Auftrag durch das Gläubigergremium an den Sachwalter erfolgt.

### **4. Masseverbindlichkeiten in der vorläufigen Eigenverwaltung**

Eine dem Zweck der vorläufigen Eigenverwaltung entsprechende Betriebsfortführung ist nahezu aussichtslos, wenn es nicht die Möglichkeit gibt, Masseverbindlichkeiten zu begründen. Ohne die Gelegenheit, Verpflichtungen zu Lasten

der späteren Insolvenzmasse einzugehen, können ggf. Lieferbeziehungen und sonstige Vertragsverhältnisse nicht begründet oder im Interesse aller Gläubiger aufrechterhalten werden. Demzufolge ist die Möglichkeit zur Begründung von Masseverbindlichkeiten im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren gem. § 270a InsO elementar.

Hinsichtlich der Begründung von Masseverbindlichkeiten in der Eigenverwaltung herrscht in der Praxis jedoch in erheblichem Maße Rechtsunsicherheit. Gerade bei der vorläufigen Eigenverwaltung gem. § 270a InsO fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung. Die Gerichte vertreten hier sehr unterschiedliche Rechtsauffassungen. Während teilweise davon ausgegangen wird, der Schuldner sei ohne Weiteres berechtigt, Masseverbindlichkeiten zu begründen (AG Montabaur, Beschluss vom 27.12.2012 - 14 IN 282/12, NZI 2013, 350), wurde andererseits lediglich die Möglichkeit einer Ermächtigung des Schuldners zur Begründung von Masseverbindlichkeiten angenommen (AG Köln, Beschluss vom 26.03.2012 – 73 IN 125/12, NZI 2012, 375; AG München, Beschluss vom 14.06.2012 – 1506 IN 1851/12, ZIP 2012, 1308). Wieder andere Insolvenzgerichte vertreten die Auffassung, diese Kompetenz müsse dem vorläufigen Sachwalter zustehen (AG Hamburg, Beschluss vom 04.04.2012 – 67g IN 74/12, ZIP 2012, 787; AG Duisburg, Beschluss vom 06.11.2012 – 62 IN 178/12).

Aus diesem Grund bedarf es zwingend einer klaren gesetzlichen Regelung. Nach Auffassung des Gravenbrucher Kreis erscheint eine Regelung dahingehend zweckmäßig, dass das Insolvenzgericht anordnen kann, dass Masseverbindlichkeiten durch den Schuldner, jedoch nur mit Zustimmung des vorläufigen Sachwalters begründet werden können. Eine solche Anordnung sollte das Insolvenzgericht bereits von Gesetzes wegen nach Stellung des Antrags gem. § 270 Abs. 1 InsO treffen können.

## **5. Organhaftung in der Eigenverwaltung**

Trotz zahlreicher Kontrollmöglichkeiten durch den Sachwalter sind Rechtsgeschäfte des eigenverwaltenden Schuldners regelmäßig auch ohne dessen Zustimmung bzw. Freigabe wirksam. Hieraus resultiert eine latente Gefahr der Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen. Da das Organ in der Eigenverwaltung eine dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter vergleichbare Stellung einnimmt, besteht neben einem Kontrollbedürfnis auch das Bedürfnis nach einer einem Insolvenzverwalter entsprechenden Haftung des Organs. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung hierzu fehlt jedoch bislang.

Nicht ausreichend dürfte in diesem Zusammenhang der Rückgriff auf gesellschaftsrechtliche Haftungsgrundlagen sein, zumal diese im Regelfall nur eine Haftung gegenüber der Gesellschaft, nicht aber gegenüber den Gläubigern vor-

sehen. Die Änderung der Pflichtenkreises der Organe des Schuldners infolge der Anordnung der Eigenverwaltung sollte klar zum Ausdruck gebracht werden.

Mit der Anordnung der Eigenverwaltung haben die Organe des Schuldners grundsätzlich alle Aufgaben zu übernehmen, die im regulären Insolvenzverfahren dem Insolvenzverwalter obliegen würden. Demnach sollten die Organe auch entsprechende Sorgfaltspflichten mit der Folge einer persönlichen Haftung gegenüber allen Beteiligten, insbesondere den Gläubigern, treffen. Da überdies die Möglichkeit des Schuldners besteht, die Insolvenzmasse zu verpflichten, müsste auch eine Haftung der Organe für die Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten bestehen. Nach Auffassung des Gravenbrucher Kreises sollten deshalb für die Haftung der Organe in der Eigenverwaltung die Vorschriften gem. § 270 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 60, 61 InsO für entsprechend anwendbar erklärt werden.

#### **6. Umsatzsteuer - Gleichlauf zwischen vorläufigem Eigenverwaltungs- und Regelverfahren**

Anders als in Regelverfahren ist für Steuerverbindlichkeiten, die vom eigenverwaltenden Schuldner im Eröffnungsverfahren begründet werden, nach wie vor unklar, wie diese zu behandeln sind. Dies führt zu bisweilen erheblichen Rechtsunsicherheiten, die für die Geschäftsleitung des schuldnerischen Unternehmens in einen Zielkonflikt zwischen insolvenz-, steuerrechtlichen und auch strafrechtlichen Handlungsobliegenheiten münden: Werden Zahlungen auf Insolvenzforderungen geleistet, droht eine strafrechtliche Haftung aus § 283c StGB; werden steuerliche Pflichten nicht erfüllt, riskiert der Schuldner eine Haftung nach den Regelungen der Abgabenordnung.

Im Interesse größerer Rechtssicherheit und mangels einer vom Regelverfahren insoweit abweichenden Interessenlage sollte durch eine entsprechende klarstellende Regelung in § 55 Abs. 4 InsO ein Gleichlauf der steuerlichen Verpflichtungen zwischen Regel- und Eigenverwaltungsverfahren hergestellt werden.

#### **7. Haftung des „Bescheinigungserstellers“**

Der Schuldner kann den Antrag nach § 270b Abs. 1 InsO nur stellen, wenn er gem. § 270b Abs. 1 S. 3 InsO eine mit Gründen versehene Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorlegt, aus der sich ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich

aussichtslos ist. Der Bescheinigung kommt demnach entscheidende Bedeutung zu, ob dem Antrag des Schuldners entsprochen werden kann.

Problematisch ist, dass den Ersteller dieser Schutzschirmbescheinigung keine Haftung bei Ausstellung fehlerhafter Bescheinigungen trifft. Zugleich ist zu beobachten, dass die Insolvenzgerichte mitunter mit sogenannten „Gefälligkeitsbescheinigungen“ konfrontiert werden.

Der Gravenbrucher Kreis ist vor diesem Hintergrund der Überzeugung, dass das Ausstellen einer fehlerhaften Bescheinigung zum Schutz insbesondere der Gläubigerschaft nicht sanktionslos bleiben darf. Diese Haftung sollte infolge der hier erforderlichen Betrachtung hypothetischer Alternativszenarien nicht auf eine zivilrechtliche Haftung beschränkt bleiben, sondern durch ordnungswidrigkeiten- und strafrechtliche Sanktionsnormen begleitet werden.

## **8. Sonstige Anmerkungen**

### **a. Ergänzung der Tagesordnung des Berichtstermins**

Der Bekanntmachung des Berichtstermins ist eine Tagesordnung beizufügen. Neben dem Bericht des Verwalters stehen jedenfalls dann, wenn der Berichtstermin zugleich mit der ersten Gläubigerversammlung einhergeht, die Beschlussgegenstände zumindest schlagwortartig auf der Tagesordnung. Im Rahmen der Veröffentlichung des Berichtstermins sollte nach Ansicht des Gravenbrucher Kreis zur Klarstellung stets die Möglichkeit der Abwahl des Sachwalters und der Neuwahl eines Insolvenzverwalters aufgenommen werden, um die Handlungsfähigkeit der Gläubigerversammlung im Berichtstermin für alle Eventualitäten sicherzustellen. Anderenfalls wäre allein für die Abwahl des Sachwalters und die Neuwahl eines Insolvenzverwalters eine neue Gläubigerversammlung einzuberufen; das betreffende Insolvenzverfahren wäre in diesem Interimszeitraum faktisch führungslos.

### **b. Schließung der Tabelle in Insolvenzplanverfahren**

Nach aktueller Rechtslage gilt die Bindungswirkung der Planregelungen auch gegenüber Insolvenzgläubigern, die ihre Forderungen nicht angemeldet haben, und für Beteiligte, die dem Plan widersprochen haben, § 254b InsO. Auch diese desinteressierten, unbekannten bzw. dem Insolvenzplan widersprechenden Gläubiger werden mit ihren Forderungen den Regelungen und Beschränkungen des Insolvenzplans unterworfen. Praktisch ergibt sich hieraus das Problem, dass sich auch nach Bestätigung des Plans durch das Insolvenzgericht, sogar noch nach Abschluss des Insolvenzverfahrens, Gläubiger melden können, mit deren Forderungen der Planersteller nicht rechnen konnte und musste und denen dennoch alle Rechte und Ansprüche zustehen, die der Plan für die Mitglieder der

betreffenden Gruppe vorsieht. Derartige Nachzügler können die Planziele gefährden.

Da die Zulässigkeit gegensteuernder Ausschlussklauseln im Insolvenzplan umstritten ist und die Regelungen in den §§ 259a und 259b InsO zwar ein gewisses, nicht jedoch hinreichendes Korrektiv darstellen, wird vorgeschlagen, zum Zwecke der Erlangung von Rechts- und Planungssicherheit im Rahmen der Durchführung des Insolvenzplans, die Einbeziehung nachträglich angemeldeter Forderungen zeitlich beispielsweise auf nur wenige Wochen nach dem Erörterungs- und Abstimmungstermin, §§ 235, 241 InsO, bzw. nach Rechtskraft des gerichtlichen Bestätigungsbeschlusses, §§ 148, 252 InsO, zu beschränken.

§ 254b InsO könnte demnach lauten:

*„Die §§ 254 und 254a gelten auch für Insolvenzgläubiger, die ihre Forderungen nachträglich, jedoch nicht später als 4 Wochen nach Rechtskraft des gerichtlichen Bestätigungsbeschlusses, angemeldet haben, und für Beteiligte, die dem Insolvenzplan widersprochen haben.“*

Problematisch für die Durchführung des Insolvenzplans sind darüber hinaus gerade auch solche Nachzügler, die ihre Forderungen zwar frühzeitig im Insolvenzverfahren angemeldet haben, deren Forderungen sodann allerdings bestritten wurden und die erst zu einem Zeitpunkt nach Beendigung des Insolvenzverfahrens Maßnahmen zur Feststellung ihrer Forderungen ergreifen. Hier sollte nach Ansicht des Gravenbrucher Kreis ebenfalls eine gesetzliche Ausschlussfrist geregelt werden, die mit Rechtskraft der Planbestätigung zu laufen beginnt und innerhalb derer der Gläubiger Feststellungs- oder Leistungsklage erheben muss, um seines Anspruches nicht verlustig zu gehen.

### **c. Verzicht auf Rechnungslegung im Planverfahren und Gläubigervorgaben bzgl. Kassenprüfung**

Bei Beendigung seines Amtes hat der Insolvenzverwalter Rechnung zu legen, § 66 Abs. 1 S. 1 InsO. Bereits *de lege lata* kann der Insolvenzplan eine abweichende Regelung treffen, § 66 Abs. 1 S. 2 InsO. Faktisch setzen sich die Gerichte jedoch häufig über entsprechende Regelungen im Insolvenzplan hinweg und ordnen eine Rechnungslegung (inkl. Kassenprüfung) trotz entsprechender Regelung im Insolvenzplan an. Da Adressat der Schlussrechnung jedoch insbesondere und vorrangig die Gläubigerschaft ist und da die für die externe Rechnungsprüfung entstehenden Kosten zulasten der Masse gehen, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, sollte es nach Auffassung des Gravenbrucher Kreis grundsätzlich auch der Gläubigerschaft obliegen, auf die Schlussrechnungslegung unter bestimmten Umständen zu verzichten. Diese Entscheidung sollte für das Insolvenzgericht bindend sein. Ein klarstellender Halbsatz ließe sich beispielsweise in § 66 Abs. 1 S. 2 InsO integrieren:

*„Der Insolvenzplan kann eine abweichende Regelung treffen, die auch für das Insolvenzgericht und dessen Vorgaben gegenüber dem Insolvenzverwalter bindend ist.“*

Insoweit dem Insolvenzgericht am Ende des Verfahrens die Prüfung der Schlussrechnung des Insolvenzverwalters obliegt, § 66 Abs. 2 S. 1 InsO, ist es in der Gerichtspraxis üblich, diese Aufgabe durch einen extern bestellten Sachverständigen wahrnehmen zu lassen. Die hierdurch entstehenden Zusatzkosten des Verfahrens werden üblicherweise der Masse auferlegt, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Nach Auffassung des Gravenbrucher Kreis ist jedoch das Ermessen des Insolvenzgerichts, selbst (nochmals) einen externen Schlussrechnungsprüfer zu bestellen, dann auf Null reduziert, wenn in dem betreffenden Verfahren ein Gläubigerausschuss existiert, der gem. § 69 InsO ebenfalls die Schlussrechnung des Insolvenzverwalters zu überprüfen hat und der seinerseits zum Zwecke der Rechnungsprüfung auf Kosten der Masse bereits einen Sachverständigen beauftragt hat. In diesem Fall darf nach Auffassung des Gravenbrucher Kreis kein weiterer, zweckidentischer Prüfauftrag durch das Insolvenzgericht erteilt werden. Eine klarstellende Regelung in einem neuen § 69 S. 3 InsO könnte wie folgt lauten:

*„Soweit zur Unterstützung des Gläubigerausschusses ein externer Kassenprüfer bestellt wird, soll das Insolvenzgericht seinerseits keinen weiteren Schlussrechnungsprüfer bestellen.“*

#### **d. Rechtsweg zum BGH**

Die aktuelle Situation, dass mangels eines Zugangs zum BGH eine einheitliche Rechtsprechung nicht zustande kommt, ist nach Auffassung des Gravenbrucher Kreis völlig unbefriedigend und schadet der erfolgreichen Umsetzung des ESUG. Es wird daher angeregt, dass der Gesetzgeber hier Abhilfe schaffen und den Zugang zum BGH ermöglichen sollte.

Mangels gesetzlicher Anordnung steht den Beteiligten im Eigenverwaltungsverfahren – anders als im (herkömmlichen) Insolvenzeröffnungsverfahren gem. § 21 Abs. 1 S. 2 InsO – die Möglichkeit einer sofortigen Beschwerde nicht zu. Dem Grundsatz des § 6 Abs. 1 InsO zufolge ist die Entscheidung des Insolvenzgerichts zur Anordnung der Eigenverwaltung unanfechtbar. Die Gläubiger können die Aufhebung der Eigenverwaltung nur nach § 272 InsO betreiben. Dies führt zu unbefriedigenden Ergebnissen.

### Über den Gravenbrucher Kreis

Im Gravenbrucher Kreis sind seit mehr als 25 Jahren die führenden überregional tätigen Insolvenzverwalter und damit die führenden Insolvenzkanzleien Deutschlands zusammengeschlossen. Unsere Mitglieder sind Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, die als Insolvenzverwalter tätig sind. Der Gravenbrucher Kreis umfasst derzeit 20 aktive und 10 passive Mitglieder, die sich durch langjährige Erfahrung, Unabhängigkeit, überdurchschnittliche Sachkunde, betriebswirtschaftliches Verständnis, unternehmerisches Handeln, soziale Kompetenz und erfolgreiche Sanierungen auszeichnen.

In den vergangenen Jahren wurden die Mitglieder des Gravenbrucher Kreis bei der überwiegenden Zahl der größten und bedeutendsten Insolvenzverfahren als Insolvenzverwalter bestellt. Dies verdeutlicht die als Anlage beigefügte Übersicht des JUVE-Magazins für das Jahr 2014, in der die Verfahren, bei denen die Mitglieder des Gravenbrucher Kreis beteiligt waren, farblich hervorgehoben wurden.

Der Gravenbrucher Kreis sieht sich in seiner Tradition gefordert, als Kompetenzzentrum aktuelle nationale wie internationale Gesetzesvorhaben und Diskussionen im Insolvenzrecht und in angrenzenden Rechtsgebieten ebenso konstruktiv wie kritisch aus der Perspektive der Praktiker zu begleiten.

Halle, den 12. Oktober 2015



Prof. Dr. Lucas F. Flöther  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Insolvenzrecht  
als Sprecher des Gravenbrucher Kreis