

ZInsO-Aufsätze

ESUG-Evaluation: Ein Schritt vor oder zwei Schritte zurück?

von Rechtsanwalt Robert Buchalik, Düsseldorf

I. Vorbemerkung

Zwischenzeitlich steht der viel beachtete, lang erwartete und mittlerweile auch bereits viel besprochene¹ Abschlussbericht des vom Bundestag und der Bundesregierung beauftragten Expertenteams zur Evaluation des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) auch öffentlich zur Verfügung.² Zusammenfassend kommt das Expertenteam zu dem Ergebnis, dass eine Abkehr vom ESUG, insbesondere eine grundlegende Umgestaltung der 2011 reformierten Eigenverwaltung als zentralem Baustein der Reform, weder durch die Befragungsergebnisse noch durch die rechtswissenschaftliche Bewertung empfohlen wird. Die Evaluation zeigt zwar Korrektur- und Ergänzungsbedarf in Bezug auf einzelne, allerdings durchaus gewichtige Regelungspunkte sowie Einzelfragen auf. Die Rückkehr zum früheren Recht sehen die Experten aber nicht veranlasst,³ ebenso wenig wie die Bundesregierung.⁴ Die Befragung hat vielmehr ergeben, „dass das ESUG in der Summe die Erwartungen eher erfüllt hat“.⁵

Eine der Herausforderungen etwaiger Anpassungen wird eine Harmonisierung von Schutzschirmverfahren und außerinsolvenzlichem Sanierungsverfahren werden. Letzteres wird die Europäische Richtlinie über einen präventiven Restrukturierungsrahmen regeln, und die Umsetzung in deutsches Recht wird in den nächsten Jahren erfolgen. Dies könnte insbesondere zu Anpassungsbedarf beim Schutzschirmverfahren führen, dessen Sinnhaftigkeit u.a. wegen der drohenden Überschneidungen bzgl. der Einleitungsvoraussetzung „drohende Insolvenz“ teilweise infrage gestellt wird.⁶

1. ESUG – Ein erfolgreiches Gesetz für die Wirtschaft

Erstaunlich an der bisherigen Diskussion ist jedoch, dass die Adressaten der Reform des ESUG, die Deutsche Wirtschaft und insbesondere die Unternehmer, bisher nicht in die Evaluation und die daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen einbezogen worden sind, obwohl auch hier bereits seit Jahren interessante Fakten auf dem Tisch liegen. Stattdessen dominieren sowohl unter den im Rahmen der Evaluation Befragten⁷, als auch unter den jetzt Diskutierenden die Insolvenzverwalter sowie Richter und Rechtspfleger; Berufsgruppen also, deren Rechte durch das ESUG bewusst „zurückgeschnitten“ worden sind, um die Schwelle zu einer Sanierung unter Insolvenzschutz einerseits zu senken und andererseits eine verfahrenssichere Gestaltung für Gläubiger und Schuldner zu ermöglichen. Dass sich aus den genannten Gruppen der größte Kreis der Kritiker⁸ des ESUG zusammensetzt, kann daher auch kaum verwundern, während die Adressaten der Änderungen, die Unternehmer und die Unternehmen, in der Evaluation und den Auswertungen kaum zu Wort gekommen sind – es hätte sich gewiss gelohnt.

So befragte Creditreform in den Jahren 2014, 2016 und 2018 in seinen repräsentativen Frühjahrs- und Herbstumfragen in Kooperation mit dem Deutschen Institut für angewandtes Insolvenzrecht (DIAI) und dem Bundesverband ESUG und Sanierung Deutschland e.V. (BV ESUG) mittelständische Unternehmen in ganz Deutschland auch zum Thema ESUG und präventive Restrukturierungen.⁹ Selbst noch 2018, so konstatiert Creditreform, sei die Unwissenheit immer noch das größte Sanierungshindernis und Hauptgrund dafür, warum Mittelständler in der Krise eine Sanierung unter Insolvenzschutz nicht suchen. Denn fast 2/3¹⁰ der befragten mittelständischen Unternehmen kennen auch 6 Jahre nach Inkrafttreten diese Sanierungsmöglichkeit nicht. Die Unwissenheit über die neuen Möglichkeiten, so Creditreform, korrespondiert mit unzureichenden Kenntnissen über Möglichkeiten einer Früherkennung von Krisen (die Verbesserung gerade dieses nicht nur auf Deutschland beschriebenen Zustands ist ein wesentliches Ziel der Europäischen Richtlinie zur präventiven Restrukturierung und sollte im Zuge der Umsetzung angegangen werden).¹¹

Gleichwohl halten 54,5 % der befragten Unternehmen gesetzlich geförderte Sanierungen unter Insolvenzschutz für eine wichtige Hilfe bei einer Krisenbewältigung, und mehr als 60 % würden in der Krise gesetzliche Optionen für eine außergerichtliche Restrukturierung sehr begrüßen und ihr Verhalten in einer Krise darauf einstellen. Befragt man hingegen solche Unternehmer und Unternehmen, die seit 2012 ein Eigenverwaltungsverfahren durchlaufen haben, wie dies in der Studie „Sechs Jahre ESUG aus Unternehmenssicht“ der Westfälischen Hochschule und des DIAI in Kooperation mit dem BV ESUG 2017/2018 erfolgt ist,¹² werden die Zahlen sehr viel eindeuti-

1 Vgl. zuletzt dazu u.a. *Pape*, ZInsO 2018, 2725; *Frind*, ZIP 2019, 61; *Schnabl/Siemon*, NZI 2018, 913.

2 Bericht der Forschungsgemeinschaft zur Evaluation des ESUG v. 30.4.2018, nachfolgend zitiert als „Gesamtbericht“, abrufbar auf der Website des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) <https://www.bmjv.de>; Kurzbericht der Verfasser, abgdr. in ZInsO 2018, 2402, nachfolgend zitiert als „Kurzbericht“.

3 Gesamtbericht, S. 297.

4 Vgl. Bericht der Bundesregierung, abgdr. in ZInsO 2018, 2400.

5 Gesamtbericht, S. 38.

6 Schutzschirmverfahren spielen in der Sanierungspraxis kaum noch eine wichtige Rolle, sie betreffen nur noch weniger als 10 % aller Eigenverwaltungsverfahren; vgl. dazu *Pape*, ZInsO 2018, 2725, 2726.

7 Vgl. zur berufsgruppenspezifischen Auswertung der Befragten, S. 19 des Gesamtberichts und auch das zur ESUG-Evaluation verfasste kritische Editorial des Berliner Insolvenzrichters *Horstkotte*, ZInsO 2018, 2385; ebenso auch *Beissenhirtz*, ZInsO 2019, 180.

8 Vgl. zur Übersicht der Gesamtbefragten S. 39 des Gesamtberichts.

9 Vgl. dazu die gemeinsame Pressemitteilung v. 2.11.2014, v. 28.11.2016 sowie v. 3.5.2018.

10 Die Unkenntnis variiert branchenbezogen zwischen 9,1 % (Chemie) und 70 % (Kredit-/Versicherungsgewerbe).

11 Vgl. dazu u.a. die Vorschläge von *Hermanns*, ZInsO 2018, 2273 ff.

12 Vgl. dazu die zusammengefassten Ergebnisse, abgdr. in ZInsO 2018, 1249.

ger. So erklärten 80 % der befragten Unternehmen, dass sie mit der Beratung und Abwicklung des Eigenverwaltungsverfahrens sehr zufrieden gewesen seien, und fast 70 % haben bestätigt, dass die mit der Eigenverwaltung gesteckten Ziele erreicht oder sogar übertroffen worden seien. 90 % der befragten Unternehmer erklärten, dass sie den Weg über eine Eigenverwaltung in einer neuen Krise wieder gehen und dies auch anderen Unternehmen weiterempfehlen würden.

Als wichtigste eigene Erkenntnis haben die befragten Unternehmer angeführt, dass es für einen Erfolg im Wesentlichen auf eine möglichst frühzeitige Antragstellung und eine professionelle Beratung ankommt. Auch diese Erkenntnisse gilt es, im Rahmen der demnächst anstehenden Reformen rund um die Einführung eines präventiven Restrukturierungsverfahrens und bei Nachjustierungen der Eigenverwaltung zu berücksichtigen.

2. Erfolgsfaktoren des ESUG

Der zweifelsohne für die Unternehmen und die Wirtschaft insgesamt erhebliche Erfolg des ESUG hat aus der Sicht und Erfahrung des Verfassers aus weit über 100 durchgeführten ESUG-Verfahren im Wesentlichen drei Gründe:

1. Mit dem ESUG wollte der Gesetzgeber insbesondere die Voraussetzungen für die Eigenverwaltung „maßvoll“ lockern, die Stellung des „Unternehmensführers“ stärken und zugunsten von Gläubigern und Schuldnern das Alleinbestimmungsrecht der Insolvenzgerichte für die Auswahl des „richtigen“ Insolvenzverwalters zurückdrängen.¹³ All dies verbunden, mit dem gesamtwirtschaftlichen Ziel, die flächendeckenden Insolvenzverschleppungen mit ihren negativen Folgen zurückzufahren und die Sanierungschancen durch eine frühzeitige Antragstellung zu verbessern. Die Öffnung und Lockerung der Eigenverwaltung bestand vor allem in einer Umkehr der Begründungslast in § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO. Danach kann der Eigenverwaltungsantrag des Schuldners nur dann noch abgelehnt werden, wenn im Zeitpunkt der Antragstellung tatsächlich konkrete Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird. Unklarheiten über mögliche Nachteile für die Gläubiger gehen damit nicht mehr zu Lasten des Schuldners.¹⁴
2. Zum anderen ist der Erfolg bedingt durch die deutliche Stärkung des Gläubigereinflusses auf den Verfahrensgang und die Auswahl des „richtigen“ (vorläufigen) Sachwalters.¹⁵

Durch die Schaffung der Möglichkeit zur Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses bereits im Eröffnungsverfahren können die von Insolvenz betroffenen Gläubiger ihren Einfluss bereits von Beginn an und nicht erst mit einer nach der Eröffnung stattfindenden Gläubigerversammlung geltend machen. Dies war einer der wesentlichen „Webfehler“ des alten Rechts. Denn nach 4 Monaten oder mehr nach einer Antragstellung noch wesentlichen Einfluss auf das Verfahren und die wirtschaftlichen Weichenstellungen nehmen zu können, ist dem Be-

reich des Wunschenkens zuzuordnen. Hinzu gekommen ist die Möglichkeit durch ein einstimmiges Votum (§ 270 Abs. 3 Satz 2 InsO), einen Sachwalter auch ggf. gegen den Willen des Gerichts durchsetzen zu können. Ein Gericht jedoch, das weiß, dass die Gläubiger eine ohne Abstimmung mit diesen erfolgte gerichtliche Entscheidung zur Auswahl des Sachwalters zurückdrehen können, wird es sich gut überlegen, die Eigenverwaltung aus sachfremden Gründen nicht anzuordnen bzw. einen Sachwalter zu bestellen, der aus der Sicht der anderen Beteiligten „ungewollt“ ist. Gerade durch diese beiden Maßnahmen des Gesetzgebers hat sich in den vergangenen Jahren eine nachhaltig neue Kommunikationskultur bei den meisten Gerichten entwickelt, indem sich die gerichtlich Beteiligten nicht mehr als Problem, sondern als Teil der Lösung verstehen und sich auch sachkompetent einbringen.

Jede Schwächung des Reformziels der Stärkung des Gläubigereinflusses, die gerade von Richtern oder Rechtspflegern besonders präferiert wird,¹⁶ sollte deshalb vermieden werden, will man das Rad nicht wieder komplett zurückdrehen¹⁷ und Ausweichstrategien fördern.

Die Anordnung der Eigenverwaltung bereits im vorläufigen Verfahren und die Einsetzung eines vorläufigen Sachwalters anstelle eines vorläufigen Insolvenzverwalters hat die Rechtssicherheit auf die Anordnung der Eigenverwaltung deutlich erhöht. Mit dem erheblich höheren Gläubigereinfluss und der Beweislastumkehr bei der Frage der Nachteilehaftigkeit für Gläubiger ist der Eintritt in das Verfahren verfahrenssicher planbar geworden, ein hoher Wert gerade in kritischen Sanierungsverfahren, bei denen ein Erfolg auch maßgeblich vom Faktor Zeit abhängig ist. Obwohl wegen des in der Praxis weit ausgelegten Nachteilsbegriffs keine Garantie für den Eintritt in die Eigenverwaltung besteht, können die Bedenken von *Madaus*¹⁸ insoweit nicht geteilt werden, als er die Auffassung vertritt, dass die Lockerung des Nachteilsbegriffs nichts bewirkt habe, vielmehr ist in der Praxis das Gegenteil richtig und auch objektiv feststellbar. Die Fälle, in denen eine gut vorbereitete Eigenverwaltung vom Gericht nicht angeordnet wird, sind eher die große und seltene Ausnahme. I.Ü. lassen sich Zweifelfragen in einem Vorgespräch mit dem Gericht ausräumen und so sogar Rechtssicherheit für den Eintritt in das Verfahren vergrößern. Die noch von *Madaus* zitierten geringen Quoten von Eigenverwaltungsverfahren sind kein Beleg für deren Misserfolg. Die in der Evaluierung aufgeführten Statistiken belegen das Gegenteil.¹⁹ Selbst aktuelle Studien und Untersuchungen belegen dies. Auch wenn bei kleineren Unternehmen die Eigenver-

13 BT-Drucks. 17/5712, S. 19.

14 BT-Drucks. 17/5712, S. 38.

15 Gesamtbericht, S. 27.

16 Beschluss der BAKinso-Tagung 2018, abgdr. in ZInsO 2018, 2792; in diese Richtung auch *Frind*, ZIP 2019, 61 ff.

17 In diesem Sinne auch *Horstkotte*, ZInsO 2018, 2385.

18 *Madaus*, KTS 2015, 121.

19 Gesamtbericht, S. 8.

waltungen nur einen geringen Prozentsatz ausmachen, nehmen sie bei den größeren Unternehmen weiter zu. Bei den 50 größten Unternehmensinsolvenzen hat sich die Eigenverwaltung in den vergangenen 6 Jahren sogar zum Standardverfahren entwickelt, denn 64 % aller in 2017 eingeleiteten Verfahren über diese Unternehmen erfolgten nach § 270a InsO bzw. nach § 270b InsO.²⁰ In 2018 waren es immerhin 62 %, ²¹ sodass zumindest bei größeren Insolvenzen die Eigenverwaltungen auf einem konstant hohen Niveau verharren. Ein wesentlicher Grund dafür dürfte in der regelmäßig professionellen strukturellen Beratung dieser Unternehmen durch erfahrene Restrukturierungsberater und Sanierer liegen. Einen Aufwand, den kleinere oder mittlere Unternehmen nicht tätigen bzw. nicht strukturell verankern.

Nachfolgend soll zu einigen wesentlichen Punkte des Gesamtberichtes Stellung bezogen und auch aufgezeigt werden, dass Vieles mittlerweile aufgrund neuerer Gesetzgebung und Rechtsprechung erledigt ist. Auf die ebenfalls im Bericht angesprochene Thematik des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens und zum Regelungsbedarf hinsichtlich des Insolvenzplaninhalts soll nicht eingegangen werden.

II. Der Gesamtbericht ist in Teilbereichen durch aktuelle Gesetzgebung und BGH-Rechtsprechung überholt

Einige der im Gesamtbericht aufgeworfenen Problembereiche ist zwischenzeitlich durch die aktuelle BGH-Rechtsprechung und/oder die aktualisierte Gesetzeslage überholt, sodass diesbezüglich kein weiterer wirklicher Regelungsbedarf bestehen dürfte.

1. Nichtbesteuerung des Sanierungsgewinns ist geklärt

So war lange Zeit für die Einleitung von Eigenverwaltungsverfahren ein erhebliches Sanierungshindernis darin zu sehen, dass der BFH die Steuerbefreiung des Sanierungsgewinns auf der Grundlage des Sanierungserlasses mangels gesetzlichen Vorbehaltes als unzulässig angesehen und den Sanierungserlass in einer am 9.2.2017 veröffentlichten Entscheidung²² gekippt hat. Die Entscheidung wurde von der Sanierungsszene sogar für insolvenznahe Betriebe als existenziell bedrohlich angesehen.²³ Dadurch konnten eine Vielzahl von Insolvenzplanverfahren nicht zu Ende gebracht werden, weil die Gefahr bestand, dass der Sanierungsgewinn einer vollständigen Besteuerung unterworfen würde,²⁴ was in vielen Fällen die sofortige Folgeinsolvenz zur Folge gehabt hätte. Der Gesetzgeber beschloss daraufhin bereits Anfang Juni 2017 eine entsprechende gesetzliche Regelung. Die Einführung machte er jedoch von der Zustimmung der EU-Kommission abhängig,²⁵ die eine Unbedenklichkeit zum europäischen Beihilferecht feststellen sollte. Allerdings erteilte Brüssel diese Bestätigung lediglich in Form eines „comfort letter“²⁶ und nicht, wie vom Deutschen Gesetzgeber vorgesehen, in Form eines förmlichen Beschlusses. Viele Unternehmenssanierungen waren deshalb zunächst trotz der gesetzlichen Regelung

in einem steuerlichen Schwebestand. Hätte die EU-Kommission einen förmlichen Beschluss erlassen, wäre eine Neuregelung automatisch in Kraft getreten. Bedingt durch den „comfort letter“ musste der Gesetzgeber nacharbeiten. Der Gesetzgeber hat wiederum schnell auf die neuen Anforderungen reagiert und die gesetzliche Neuregelung angepasst.²⁷ Die Neuregelung geht deutlich über den Sanierungserlass von 2003 hinaus. Es bleibt bei der Steuerbefreiung der Sanierungsgewinne und der Ausrichtung des Anwendungsbereichs auf fortführungsorientierte Sanierungen. Das Gesetz bezieht sich sowohl auf die Einkommensteuer und Körperschaftsteuer (§ 3a EStG i.V.m. § 8 KStG) als auch auf die Gewerbesteuer (§ 7 GwStG). Es ist nur noch das Finanzamt für die Steuerbefreiung zuständig und anders als nach bisheriger Rechtslage bedarf es keiner verbindlichen Auskunft der zuständigen Gemeinde mehr. Damit ist nicht nur ein Schwebestand beseitigt, sondern das Verfahren stark vereinfacht worden. Das Gesetz trat rückwirkend zum Veröffentlichungszeitpunkt des damaligen Änderungsgesetzes zum 5.7.2017 in Kraft und gilt auch für Altfälle, in denen die Schulden vor dem 9.2.2017 erlassen wurden, sofern der Steuerpflichtige einen entsprechenden Antrag stellt. Für die Zeit vor dem 5.7.2017 gilt Vertrauensschutz auf der Grundlage des Sanierungserlasses.

2. Begründung von Masseverbindlichkeiten in der vorläufigen Eigenverwaltung. Die Nichtanwendbarkeit des § 55 Abs. 4 InsO auf Eigenverwaltungsverfahren und das Problem der Abführung von Steuer- und Sozialversicherungsverbindlichkeiten im vorläufigen Verfahren.

Zwei weitere zentrale Streitfragen zur Sanierung unter dem ESUG hat der BGH erst kürzlich entschieden.²⁸ Die beiden wichtigen Leitsätze lauten wie folgt:

- a) Der Schuldner begründet im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren auch außerhalb des Schutzschirmverfahrens nur insoweit Masseverbindlichkeiten, als er hierzu vom Insolvenzgericht ermächtigt wurde.
- b) Im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren ist die Bestimmung des § 55 Abs. 4 InsO nicht entsprechend anwendbar.

20 BCG-Studie „Sechs Jahre ESUG, Durchbruch erreicht“, abrufbar unter: http://image-src.bcg.com/Images/Focus-ESUG-study_tcm108-190947.pdf.

21 Juve Rechtsmarkt 01/2019, 94/95.

22 BFH, Beschl. v. 28.11.2016 – GrS 1/15, BSBl. II 2017, S. 393 = ZInsO 2017, 340.

23 Roland Berger-Studie „Fünf Jahre ESUG“, S. 6.

24 Hölzle/Kahlert, ZIP 2018, 510, 511 Fn. 7 m.w.N.

25 BGBl. I 2017, S. 2074 ff., Art. 6 Abs. 2.

26 Schreiben der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission zur Besteuerung von Sanierungserträgen v. 31.7.2018 – COMP H [...] D 2018/107649.

27 BGBl. I 2018, S. 2338, Art. 19.

28 BGH, Beschl. v. 22.11.2018 – IX ZR 167/16, ZInsO 2018, 2796, sowie Entscheidungsanmerkung Buchalik/Brömmekamp/Rekers, ZInsO 2019, 141.

Die unsichere Rechtslage im Hinblick auf die Begründung von Masseverbindlichkeiten im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren wurde auch im Gesamtbericht bei der Befragung als Sanierungshindernis erkannt.²⁹ Dieses Problem ist nunmehr durch den Beschluss des BGH beseitigt, eine gesetzliche Regelung nicht zwingend notwendig, aber wünschenswert.

Auch die Diskussion um die Anwendbarkeit des § 55 Abs. 4 InsO im Eigenverwaltungsverfahren dürfte vorerst ein Ende gefunden haben.³⁰ Zwar wurde das Problem der Steuer- und Sozialversicherungsverbindlichkeiten bei der Evaluierungsbefragung nicht adressiert, in den offenen Nennungen wurde aber mehrfach darauf hingewiesen, dass die Haftung des Geschäftsführers in der Eigenverwaltung für die Nichtabführung von Steuern und Sozialverbindlichkeiten dringend harmonisiert und geklärt werden müsse.³¹ Der BGH hat nunmehr mit zutreffender Begründung klargestellt, dass § 55 Abs. 4 InsO in der Eigenverwaltung keine Anwendung findet. Im Eröffnungsverfahren entstandene Steuerverbindlichkeiten sind demnach keine Masseverbindlichkeiten, was zu einem deutlichen Liquiditätsvorteil in der vorläufigen Eigenverwaltung gegenüber der Regelinsolvenz führt und einen Teil seines Erfolges in der Praxis ausmacht.

Auch aus einem weiteren Grunde tangiert die BGH-Entscheidung die finanzgerichtliche Rechtsprechung. Zuletzt hat das FG Münster mit Urt. v. 16.5.2018³² die für das Regelinsolvenzverfahren getroffene Entscheidung des BFH v. 26.9.2017³³ auch auf die vorläufige Eigenverwaltung für anwendbar erklärt. Danach soll es den eigenverwaltenden Schuldner nicht vor Haftung und strafrechtlicher Verfolgung schützen, wenn er im Antragsverfahren Steuern und Sozialabgaben mit dem Hinweis auf den Vorrang des Insolvenzrechts und die insoweit von ihm verlangte Massemehrungs- und Massewahrungspflicht nicht abführt. Die Entscheidung des BGH nährt die Hoffnung, dass die Finanzgerichtsbarkeit ihren beharrlich vertretenen Standpunkt wird aufgeben müssen, Steuerrecht könne auch nach Antragstellung Insolvenzrecht dominieren.³⁴ Sinnvollerweise sollte aber dem Vorschlag im Gesamtbericht gefolgt werden und eine gesetzgeberische Klärung auch für den Bereich der Sozial- und Steuerverbindlichkeiten herbeigeführt werden.³⁵

3. Eigenverwaltungsorgane haften analog §§ 60, 61 InsO wie ein Insolvenzverwalter

Mit Urt. v. 26.4.2018 hat der BGH die auch im Gesamtbericht aufgeworfene Frage einer Haftung der Organe des eigenverwaltenden Schuldners nach den §§ 60, 61 InsO geklärt³⁶ und festgestellt, dass der Geschäftsführer in der Eigenverwaltung den Beteiligten analog den §§ 60, 61 InsO wie ein (vorläufiger) Insolvenzverwalter haftet.³⁷ Dies wird u.a. damit begründet, dass die Eigenverwaltung nach dem Willen des Gesetzgebers nur angeordnet werden dürfe, wenn sie nicht zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird, wozu auch die Massegläubiger zählen.³⁸ Nachteile ließen sich aber nicht ausschließen, wenn die Verfahrensbeteiligten haftungsrechtlich einen geringeren Schutz als in einem Regelverfahren genießen

würden. Die Gleichstellung des Eigenverwaltungsverfahrens erfordere als Äquivalent der Haftung des Insolvenzverwalters eine Haftung des Geschäftsführers.³⁹ Die Befragten haben mit sehr hoher Zustimmung (M = 3,20) der Aussage zugestimmt, dass die Organe des eigenverwaltenden Schuldners in der Eigenverwaltung den Gläubigern unmittelbar haften sollen wie ein Insolvenzverwalter.⁴⁰ Damit entfällt derzeit gesetzgeberischer Regelungsbedarf. Die Empfehlung im Gesamtbericht lautet deshalb: „Es empfiehlt sich ggf. abhängig vom Ausgang der zu erwartenden Entscheidung des BGH, eine gesetzliche Klarstellung der Haftung in der Eigenverwaltung, wobei insbesondere die Ausgestaltung als Handelndenhaftung zu erwägen ist“.⁴¹

Durch die aktuelle Gesetzesentwicklung und die aktuelle BGH-Rechtsprechung haben sich somit mehrere von der Studie als wesentlich für das Eigenverwaltungsverfahren ermittelten Punkte im Sinne der Mehrheit der Befragten erledigt.

III. Grundsätzliche Bewertung der Studie

Der Gesamtbericht hat zwischenzeitlich zu zahlreichen Reaktionen in Literatur und Presse geführt, die je nach Interessenlage sehr unterschiedlich ausfallen. Während die Ergebnisse der Studie für einige die Richtigkeit des beschrittenen Weges unterstreicht, lesen andere aus den Ergebnissen, dass eine deutliche Umgestaltung des Gesetzes erforderlich sei, die eher eine Rückkehr zum Status quo ante bedeuten würde.

Es wird sogar der Vorwurf einer tendenziösen Studie erhoben, und einige Aussagen in der Studie sollen als Ausdruck eines intensiven Lobbyings der Verwalterschaft zu werten sein.⁴²

Auf der anderen Seite will man aus der Studie entnehmen, dass insbesondere beim Schutzschirmverfahren eine fragwürdige Symbiose zwischen Beratern, Sachwaltern und Schuldner stattgefunden haben soll, die die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Sachwalters gefährdet.⁴³

29 Gesamtbericht, S. 23, sowie Gesamtbericht, S. 125 ff.

30 S. zur Problemstellung S. 130 ff des Gesamtberichtes.

31 Gesamtbericht, S. 130.

32 ZInsO 2018, 2320.

33 ZInsO 2018, 101.

34 S. dazu weitere Einzelheiten *Buchalik/Brömmekamp/Rekers*, ZInsO 2019, 141.

35 Gesamtbericht, S. 134.

36 Gesamtbericht, S. 120 ff.

37 BGH v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, Rn. 17 und 20, ZInsO 2018, 1200.

38 MünchKomm-InsO/*Tetzlaff*, 3. Aufl., § 270 Rn. 51; Schmidt/*Undritz*, InsO, 19. Aufl., § 270 Rn. 10.

39 Vgl. *Jacoby*, FS Vallender, 2015, S. 261, 270.

40 Gesamtbericht, S. 120, VIII 1.

41 Gesamtbericht, S. 125, VIII 8.

42 S. hierzu ausführlich: Recht Namen und Nachrichten „Schutzschirm für den Schutzschirm“, *Juve Rechtsmarkt* 12/2018, 56.

43 Vgl. dazu *Pape*, ZInsO 2018, 2725, 2726, 2731. *Pape* bezieht sich in seinem Beitrag offensichtlich auf den Kurzbericht S. 10. Im Kurzbericht finden sich jedoch zu dieser Darstellung genauso wenig wie im Gesamtbericht entsprechende Aussagen wieder. Eher ist das Gegenteil der Fall. Mit einem Mittelwert von 2,65 wurde auf S. 24 (Abb. 3) festgestellt, dass der Sachwalter das Verfahren durch sein Eingreifen maßgeblich →

Nun ist es einfach zu kritisieren, viel schwieriger ist es hingegen mit konstruktiven und nicht von Egoismen gefärbten Beiträgen zur Versachlichung beizutragen. Natürlich kann man genau Letzteres dem Verfasser dieses Beitrages entgegenhalten, denn er gehört zur Zunft der Berater, der naturgemäß am Bestand des ESUG ein nicht nur marginales Interesse hat und für den es eine zentrale Errungenschaft des deutschen Wirtschaftsrechts in den vergangenen Jahrzehnten ist. Gleichwohl soll der Versuch unternommen werden, zur Versachlichung der Diskussion beizutragen und auch bislang noch nicht vorgetragene Aspekte einzubringen, aber auch auf Punkte hinzuweisen, die in der Studie eher oberflächlich und schlecht recherchiert behandelt wurden. Dabei werden nachfolgend zumindest einige, aber wegen des Umfangs nicht alle aus Sicht des Verfassers praxisrelevanten Ergebnisse, näher beleuchtet.

Erste wichtige Beiträge zur gruppenübergreifenden Versachlichung und zur Verschärfung der Blickrichtung haben die Beiträge von *Horstkotte*⁴⁴ und *Beissenhirtz* geleistet.⁴⁵ *Beissenhirtz* bemängelt am Gesamtbericht vor allem, dass die quantitativen Ziele orientiert an der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung nicht erreicht worden seien und insofern weniger auf eigene Erkenntnisse als auf die Ergebnisse anderer Studien verwiesen wird. Er verdeutlicht, wie riskant es wäre, wenn man der Empfehlung der Evaluatoren folgte, dass der Gesetzgeber den Zugang zur Eigenverwaltung durch ein positives Richtervotum beschränken möge, genau das Gegenteil war eines der zentralen Reformanliegen des ESUG. Angesichts der generellen Skepsis und Vorbehalte vieler Richterinnen und Richter gegenüber der Eigenverwaltung dürfte ein solcher Rückschritt zu einem massiven Rückgang der Eigenverwaltungsverfahren führen.

1. Wirtschaftliche Bedeutung des ESUG

Die Kritiker des ESUG verweisen immer wieder auch gerne darauf, dass Eigenverwaltungsverfahren bei der Gesamtzahl der Unternehmensinsolvenzen nicht ins Gewicht fielen. Die Verfahrensquote soll vor dem ESUG unter 1 % gelegen haben und nunmehr bei 2,7 % liegen.⁴⁶

Allein diese Quote ist für sich genommen kein Beleg für den Erfolg oder Misserfolg der Eigenverwaltung, sondern eher die gewollte Folge einer verengten Betrachtung. Zudem muss berücksichtigt werden, dass die Eigenverwaltung u.a. wegen der vom Gesetzgeber eingeführten erhöhten Antragsfordernisse aufwendig und damit auch mit neuen Kosten verbunden ist, sodass sich ESUG-Verfahren – entgegen der zentralen Zielsetzung des Gesetzgebers – für kleinere Unternehmen mit weniger als 20 Mitarbeitern aus Kostengründen oft als nicht geeignet erwiesen haben.

Ein deutlicher Beleg für die tatsächliche Bedeutung und den Erfolg von Eigenverwaltungsverfahren ist hingegen die Tatsache, dass im Erhebungszeitraum 2012 – 2016 ca. 13,5 % aller von Insolvenzverfahren betroffenen Mitarbeiter eines insolventen Unternehmens sich in einem Eigenverwaltungsverfahren befunden haben, sodass jeder 6. von Insolvenz betrof-

fene Arbeitsplatz sich in einem Eigenverwaltungsverfahren befunden hat – was die wirtschaftliche Dimension des Verfahrens zeigt.⁴⁷

Anteil der Mitarbeiter EVV an den Unternehmensinsolvenzen gesamt

	Jahr	Mitarbeiter gesamt	Mitarbeiter EVV	%-Anteil	%-Anteil (ohne 2012)
1.	2012	183.492	17.872	9,74 %	–
2.	2013	173.541	21.348	12,30 %	12,30 %
3.	2014	126.681	20.592	16,26 %	16,26 %
4.	2015	118.472	18.648	15,74 %	15,74 %
5.	2016	108.973	14.368	13,18 %	13,18 %
	Gesamt	537.618	92.828	13,44 %	14,37 %

Berücksichtigt man zudem noch, dass im Bereich zwischen 0 und 1 Mio. € Umsatz praktisch keine Eigenverwaltungsverfahren existent sind, sich aber 88 % aller anderen Insolvenzverfahren in diesem Bereich abspielen und diese mindestens 50 % aller von Insolvenzverfahren betroffenen Mitarbeiter betreffen, so erhöht sich der relative Anteil der betroffenen Mitarbeiter in Eigenverwaltungsverfahren auf geschätzte 27 %, sodass mithin in den vergangenen 6 Jahren jeder 3. Arbeitsplatz durch Eigenverwaltung betroffen gewesen ist.

2. Erfolgreiche Eigenverwaltungen

Auch sollen nach der *Boston Consulting Group*-Studie (BCG-Studie) angeblich nur knapp 40 % der beantragten Eigenverwaltungsverfahren erfolgreich sein.⁴⁸ Das deckt sich bei Weitem nicht mit den eigenen Erkenntnissen des Verfassers aus den vergangenen 7 Jahren. Bis Ende 2018 waren von dem im Hause des Verfassers bearbeiteten Verfahren bereits 115 (100 %) beendet. Dabei endeten 79 (68,7 %) Verfahren mit einem bestätigten Insolvenzplan, 17 (14,78 %) Verfahren mit einem Asset Deal und 19 (16,52 %) Verfahren in einer Regelinsolvenz.

im Sinne der Gläubiger beeinflusst habe, und mit einem Mittelwert von lediglich 2,16 wurde festgestellt, dass es entgegen vielfach geltend gemachter Bedenken eben nicht häufig passiert sei, dass Gläubiger- und Schuldnerberater für den Vorschlag für einen bestimmten Sachwalter von diesem Zuständige erwartet haben. Wesentliche Aussagen von *Pape* zu dieser Thematik lassen sich weder mit dem Gesamtbericht noch mit dessen Kurzfassung belegen. Der Kurzbericht weist lediglich darauf hin, dass das ESUG die wechselseitigen Abhängigkeiten nicht ausreichend adressiert habe, sodass Interessenkonflikte nicht ausgeschlossen werden können. Diese These wird aber nicht näher begründet. Allenfalls wird mit Hypothesen gearbeitet, die dann in der Darstellung von *Pape* in einer fragwürdigen Symbiose zwischen Beratern, Sachwaltern und Schuldnern mündet.

44 ZInsO 2081, 2385.

45 ZInsO 2019, 180.

46 BCG-Studie „Sechs Jahre ESUG, Durchbruch erreicht“, 2018; vgl. dazu ZInsO 2018, 1306.

47 Umfassend dazu s. Studie des Deutschen Instituts für angewandtes Insolvenzrecht (DIAI) und der Westfälischen Hochschule, Unternehmerische Praxiserfahrungen in Eigenverwaltungsverfahren unter dem ESUG und Regelinsolvenzverfahren vom Juli 2018 – nachstehend Forschungsgruppe ESUG-Studie genannt.

48 BCG, Sechs Jahre ESUG, 2018, S. 9; ZInsO 2018, 1306.

Anzahl aller beendeten Verfahren	115	100 %
Bestätigter Insolvenzplan	79	68,70 %
Asset Deal	17	14,78 %
Regelinsolvenzen	19	16,52 %

Auch der Abschluss des Verfahrens in der Regelinsolvenz, vielfach im Wege eines Asset Deals, ist kein Scheitern des Eigenverwaltungsverfahrens, sondern – wie der ESUG-Evaluierungsbericht richtig herausstellt – eine Frage der Kombination der Verfahrenselemente und rechtlichen Notwendigkeiten.⁴⁹ Zum einen gibt es oft faktische Notwendigkeiten für einen Asset Deal; so z.B. zur Regelung später auftretender Gewährleistungsansprüche, die schon vor Antragstellung dem Grunde nach entstanden sind und nicht in einem Insolvenzplan rechtssicher geregelt werden können, was hingegen bei einem Asset Deal rechtsverbindlich möglich ist.⁵⁰ Auch sprechen in manchen Eigenverwaltungen arbeitsrechtliche Argumente für einen Asset Deal. Es kommt häufiger vor, dass in Eigenverwaltungsverfahren Investoren bei (Minderheits-)Beteiligung der Altgesellschafter eintreten. Ein Erwerberkonzept löst dabei die mit § 613a BGB verbundenen arbeitsrechtlichen Probleme leichter als eine Regelung im Insolvenzplan, in dem die erleichterten Kündigungsmöglichkeiten aufgrund eines Erwerberkonzeptes nicht besteht und zur Absicherung des § 613a BGB-Risikos Rückstellungen zu bilden sind. Deshalb liegt die tatsächliche Misserfolgsquote im Ergebnis nur bei 16,5 %. Zur optimalen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens gehören die vom Verfasser angesprochenen und aus seiner Sicht relevanten Erfolgsfaktoren, die sinnvollerweise im Rahmen der möglichen Gesetzesänderung berücksichtigt werden sollten.⁵¹ So lässt sich auch die immer noch hohe Quote des Übergangs von der Eigenverwaltung in ein Regelverfahren durch zunehmende Erfahrung und Beachtung der Erfolgsfaktoren weiter verringern und zugleich die Eigenverwaltung stärken.

3. Keine Begrenzung der Eigenverwaltung auf Großunternehmen

Die Eigenverwaltung nur noch oberhalb der Grenzen des § 22a InsO (Bilanzsumme 6 Mio. €, Umsatzerlöse 12 Mio. € und durchschnittlich 50 Arbeitnehmer) anzuordnen, wie es z.B. der sog. Expertenkreis des RWS-Forums empfiehlt, liegt deutlich neben der Sache,⁵² denn das würde die Eigenverwaltung wieder näher an die Bedeutungslosigkeit heranzuführen und unmittelbar gegen Art. 3 GG verstoßen, weil es keinen sachlichen Grund gibt, einer kleinen Gruppe von Unternehmen in einer kritischen Situation alternative Sanierungsmöglichkeiten unter dem Schutz des Rechts zu eröffnen, der großen Masse der Unternehmen gerade im KMU-Bereich jedoch zu verwehren, obwohl die Öffnung für alle Unternehmen gerade den großen Erfolg des ESUG ausgemacht hat. Das würde zudem auch völlig gegen die Ziele der EU-Kommission verstoßen, durch die insolvenzrechtlichen Änderungen auch gerade diese kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) in Europa zu stärken und eine Kultur der 2. Chance zu fördern.⁵³

Zudem findet ein nicht unerheblicher Teil der Eigenverwaltungen bislang deutlich unterhalb der Grenzen des § 22a InsO statt.⁵⁴ In den Jahren 2012 – 2017 waren dies im Schnitt über 40 % aller Eigenverwaltungsverfahren. Es ist nicht nachvollziehbar, warum diese Verfahren in Zukunft von der Möglichkeit einer Eigenverwaltung ausgeschlossen werden sollen, zumal die Eigenverwaltung nach dem Willen des Gesetzgebers gerade auch den kleinen und mittleren Unternehmen zugutekommen soll.⁵⁵ Auch der Gesamtbericht kommt zu dem Ergebnis, dass die Eigenverwaltungsverfahren für Unternehmen aller Größenklassen genutzt wurden.⁵⁶ Fehlende Aufklärung über Existenz und Gestaltungsmöglichkeiten von Eigenverwaltungen verhindern noch deren häufigere Anwendung.⁵⁷ Aus der eigenen Statistik der Verfahren von *Buchalik/Brömmekamp* bei insgesamt 115 (100 %) beendeten Verfahren (s.o.) waren mehr als die Hälfte aller Eigenverwaltungsverfahren unterhalb der Grenzen des § 22a InsO.

Bezogen auf die Mitarbeiterzahl waren es 30 (75 %) von 79 Verfahren, bei den ein bestätigter Insolvenzplan vorliegt. Bei fünf (12,5 %) Verfahren gab es einen Asset Deal und bei weiteren fünf (12,5 %) Verfahren eine Regelinsolvenz.

Bezogen auf den Umsatz (kleiner als 10 Mio. €) waren es 54 (78 %) von 79 Verfahren, bei denen ein bestätigter Insolvenzplan vorliegt. Sechs (8 %) der Verfahren endeten mit einem Asset Deal und zehn (14 %) Verfahren mit einer Regelinsolvenz. Dies ist ein eindeutiger Beleg dafür, dass es gerade auch

49 Vgl. dazu Gesamtbericht, S. 11; Forschungsgruppe ESUG-Studie S. 15.

50 *Beisel/Klump*, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2016, § 5 Rn. 40.

51 Zu den Zugangsvoraussetzungen zur Eigenverwaltung als Erfolgsfaktor s.u. S. 25 die eigene Stellungnahme des Verfassers.

52 *Brinkmann*, ZIP 48/2018, 240; *Brinkmann/Denkhaus/Horstkotte/Schmidt/Westphal/Wierzbinski/Ziegenhagen*, ZIP 2017, 2430 Block 2, These 2.

53 Vgl. dazu auch den instruktiven Beitrag zu KMU-Insolvenzen im Lichte der Europäischen Richtlinie von *Müller*, ZInsO 2019, 125 ff.

54 Vgl. dazu die Auswertungen im Gesamtbericht, S. 8; s. auch Begr. zu BT-Drucks. 17/5712, S. 24, zu den Schwellenwerten des § 22a InsO-E: „Zwar gibt die amtliche Insolvenzstatistik keine konkrete Auskunft über die Anzahl der von § 22a InsO-E erfassten Unternehmen. Es liegen lediglich Erkenntnisse hinsichtlich einzelner Parameter vor. So haben nach einer aktuellen Untersuchung 79 % der 2010 insolventen Unternehmen weniger als 6 Arbeitnehmer und nur 11,4 % elf oder mehr Arbeitnehmer aufzuweisen, wobei branchenspezifische Unterschiede bestehen. Im Hinblick auf die Umsätze wiesen in den Jahren 2009 und 2010 weit mehr als zwei Drittel der Unternehmen einen geringeren Umsatz als 2 Mio. € aus. Statistische Daten zu den Bilanzsummen der insolventen Unternehmen liegen vor.“

55 In der Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu BT-Drucks. 17/5712, BT-Drucks. 17/5711, S. 33f. heißt es zur Anhebung der Schwellenwerte: „Auf Anregung des Bundesrates werden des Schwellenwerte des § 22a InsO-E ... erhöht. Damit ist der Kritik aus der Praxis Rechnung getragen, die es für den Großteil der bislang erfassten Unternehmen für zu aufwändig hielt, regelmäßig einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen, und fürchtete nicht in allen Fällen die nötige Mitwirkung der Gläubiger sicherstellen zu können. ... Die Anhebung der Schwellenwerte schließt jedoch die Gläubiger kleiner und mittlerer Unternehmen nicht von einer Beteiligung am Verfahren durch einen vorläufigen Gläubigerausschuss aus.“

56 Gesamtbericht, S. 15.

57 Vgl. dazu die Ergebnisse der Creditreform-Erhebungen seit 2014 in der mittelständischen Wirtschaft, dazu oben.

kleinere und mittlere Unternehmen auch künftig verdient haben, ein Eigenverwaltungsverfahren zu durchlaufen. Deren Erfolgsquote lag sogar über der bei größeren Unternehmen.

Bezogen auf Mitarbeiter:

Verfahren gesamt	79	
Davon berücksichtigte Verfahren bezogen auf die Mitarbeiterzahl	40	100 %
Bestätigter Insolvenzplan	30	75 %
Asset Deal	5	12,5 %
Regelinsolvenz	5	12,5 %

Bezogen auf Jahresumsatz < 10 Mio. €:

Verfahren gesamt	79	
Davon berücksichtigte Verfahren bezogen auf den Umsatz < 10 Mio. €	70	100 %
Bestätigter Insolvenzplan	54	78 %
Asset Deal	6	8 %
Regelinsolvenz	10	14 %

4. Kosten der Eigenverwaltung

Es besteht zwar Einigkeit, dass Eigenverwaltung für die Unternehmen auch mit z.T. erheblichen Kosten einhergeht, weil es aufgrund der stark gestiegenen gesetzlichen Anforderungen – das haben die vergangenen Jahre eindeutig gezeigt – ohne qualifizierte Beratung schon im Antragsverfahren nicht funktioniert. Allein die Vorbereitung eines belastbaren Insolvenzantrags i.S.d. § 13 InsO verlangt Expertise und ist mit erheblichem Zeitaufwand verbunden. Unter den meisten Beteiligten am Verfahren herrscht Einigkeit darüber, dass z.B. zu Beginn zumindest eine Liquiditätsplanung vorgelegt werden sollte, die wenigstens die folgenden 6 Monate abdeckt. Um die Zustimmung der Bundesagentur zur Insolvenzgeldvorfiananzierung zu erhalten, ist meist eine betriebswirtschaftlich belastbare Ausarbeitung vorzulegen, die belegt, dass konkrete Sanierungsaussichten bestehen und zumindest ein Teil der Arbeitsplätze erhalten bleibt. Die Vorbereitung, Abstimmung und Erstellung des Insolvenzplans, die rechtliche und i.d.R. auch betriebswirtschaftlich notwendige Begleitung während des Verfahrens sind mit erheblichen Kosten verbunden. Gleichwohl sollte es dem Gesellschafter oder sonstigen Interessierten überlassen bleiben, diese Kosten zu decken, falls eine Deckung aus dem Verfahren nicht möglich ist.⁵⁸

IV. Fragestellungen der Evaluierungsstudie

Der Gesamtbericht geht insgesamt vier Fragestellungen nach, deren Ergebnisse in der Folge kommentiert werden sollen. Dabei wird auch auf die Ergebnisse der ESUG-Studie aus Unternehmersicht zurückgegriffen werden.

Außerdem stellt der Gesamtbericht einige von den Fragestellungen unabhängige Thesen auf, auf die danach gesondert ein-

gegangen wird. Eine dieser Thesen ist z.B., dass es im „Expertenkreis“ als ausgemacht gelte, dass die Eigenverwaltung teurer als die Regelverwaltung sei.⁵⁹

Schließlich soll dem im Gesamtbericht weitgehend vernachlässigten Aspekt der Rechtsträgersanierung zumindest kurzfristig nachgegangen werden.⁶⁰

Fragestellung 1:

In welchem Umfang hat sich der stärkere Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters ausgewirkt? Ist es im nennenswerten Umfang vorgekommen, dass im Interesse einzelner Gläubiger solche Verwalter bestellt wurden, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben?

Zunächst einmal kommt der Gesamtbericht zu dem Ergebnis, dass die Gerichte den (einstimmigen) Vorschlägen des Gläubigerausschusses zur Person des Verwalters eher gefolgt und stärker auf die Anregungen der Gläubiger eingegangen seien. Aus der Stärkung des Gläubigereinflusses seien nach dem Bericht eher im geringeren Maße negative Folgen im Hinblick auf die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters oder die Geltendmachung von Ansprüchen entstanden. Umstritten sei lediglich, ob es häufiger vorgekommen sei, dass im Interesse einzelner Gläubiger Insolvenzverwalter bestellt worden seien, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden hätten. Insolvenzverwalter und Sachwalter schätzen dies eher so ein, Richter und Rechtspfleger eher nicht.⁶¹ Der Gesamtbericht kommt in seiner Bewertung zu dem Ergebnis, dass sich keine Beeinträchtigungen der Unabhängigkeit aufgrund der Verfolgung von Schuldnerinteressen feststellen ließen, die einen unabweisbaren gesetzgeberischen Handlungsbedarf aufzeigten.⁶²

Dem kann nur beigepflichtet werden. Im Regelfall stellen schon die Gerichte das notwendige Regulativ dar. Es ist eher unwahrscheinlich, dass ein Gericht dem Vorschlag eines Beraters unkritisch und ungeprüft folgt, vor allem dann nicht, wenn es sich bei dem vorgeschlagenen Verwalter um eine Person handelt, die beim zuständigen Gericht üblicherweise nicht bestellt wird. Das Ausfüllen des standardisierten Unabhängigkeitsfragebogens sollte für den Verwalter immer verpflichtend

58 Auf die kontrovers diskutierte Kostenthematik wird noch an späterer Stelle eingegangen.

59 Gesamtbericht, S. 62, unter Bezugnahme auf *Hammes*, NZI 2017, 233, 234; *Wallner*, ZIP 2015, 997, 999; *Henkel*, ZIP 2015, 562, 564; *Frind*, WM 2014, 590.

60 *Madaus*, KTS 2015, 115, 137.

61 Gesamtbericht, S. 27; anders *Pape*, ZInsO 2018, 2725, 2726, 2727, 2732, der auf S. 10 f. und 12 des Kurzberichts nicht nur ein fragwürdiges Zusammenspiel zwischen Beratern, Sachwaltern und Schuldnern zumindest dem Kurzbericht entnommen haben will, sondern der Studie auch klare Aussagen zur fehlenden Unabhängigkeit des Sachwalters herausgelesen hat. Auch sollen sich aus dem Gesamtbericht klare Hinweise für eine Netzwerkbildung zwischen Profigläubiger, Beratern und Sachwaltern ergeben haben. Wo er dies zumindest dem Kurzbericht entnommen haben will, schreibt er nicht. Die von ihm zitierte S. 10 des Kurzberichtes enthält diesbezüglich keine Hinweise, geschweige denn, klare, belastbare Aussagen.

62 Gesamtbericht, S. 216.

sein.⁶³ Es dürfte im Hinblick auf künftige Bestellungen für den Verwalter viel zu riskant sein, falsche Angaben zu machen, da in der Folge nicht nur die Entlassung im konkreten Verfahren droht, sondern auch ein Delisting für weitere Verfahren sich damit verbinden wird. In der Praxis hat sich gezeigt, dass man mit dem Gericht den möglichen Sachwalter aus einer Auswahl mehrerer Kandidaten bespricht und sich dann auf einen Kandidaten verständigt, frei nach dem Motto: „Sie bekommen nicht den Sachwalter, den sie wollen, aber auch nicht denjenigen, den sie nicht wollen.“ Es ist jedenfalls aus Sicht des Beraters wichtig, einen Sachwalter zu benennen, der die notwendige Sanierungserfahrung mit sich bringt und mit dem keine Negativverfahren bestehen oder der sich gar als bekennender Gegner der Eigenverwaltung etabliert bzw. daraus gerade bei ESUG-kritischen Gerichten ein eigenes „Geschäftsmodell“ entwickelt hat.⁶⁴

Fragestellung 2:

Wurde von der Möglichkeit, über einen Insolvenzplan in die Rechtsstellung von Gesellschaftern einzugreifen, Gebrauch gemacht, und wie hat sich dies auf die Schuldnerunternehmen ausgewirkt? In welchem Umfang wurden Forderungen in Eigenkapital umgewandelt, und hat dieser Debt-Equity-Swap in nennenswertem Umfang grob egoistische Strategien ermöglicht, die sich letztlich zum Nachteil der Unternehmen und ihrer Arbeitnehmer ausgewirkt haben?

Grundgedanke der Einbeziehung von Gesellschafterpositionen in den Plan war deren verfahrensrechtliche Gleichstellung mit Gläubigern, sodass den Gesellschaftern im Fall eines Planeingriffs in ihre Rechtsposition eigene Abstimmungsgruppen und Abstimmungsrechte zugestanden wurden.⁶⁵

Zunächst einmal darf bezweifelt werden, dass es bislang überhaupt in einem messbaren Umfang zu einem echten Debt-Equity-Swap, d.h. einer Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital im Rahmen eines Eigenverwaltungsverfahrens gekommen ist. Praxisrelevant sind allenfalls die Fälle einer übertragenden Sanierung, bei denen der Gesellschafter ein Teil der Anteile behalten durfte. Das hat aber schlichtweg nichts mit der Regelung des § 225a Abs. 2 Satz 1 InsO zu tun, der ausdrücklich darauf abstellt, dass Forderungen von Gläubigern in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte am Schuldner umgewandelt werden. Auch die im Gesamtbericht dazu zitierte Roland Berger-Studie⁶⁶ hilft bei der Beurteilung eher nicht weiter. 75 % der Befragten wollen zwar Erfahrungen mit Insolvenzplänen, die in Gesellschafterrechte eingegriffen haben, gemacht haben. Wie die Erfahrungen aussehen, wird aber nicht vermittelt.⁶⁷ Auch der Hinweis, dass Debt-Equity-Swaps zur Umwandlung von Gläubigerforderungen häufiger genutzt worden seien,⁶⁸ hilft nicht weiter. Denn auch hier bleibt offen, was damit gemeint ist. Soweit ersichtlich, befasst sich auch keiner der 14 im Gesamtbericht aufgeführten Fallstudien mit einem Debt-Equity-Swap, bei dem Forderungen in Anteilsrechte umgewandelt worden seien, lässt man einmal die Besonderheiten des immer wieder zitierten Suhrkamp-Falls außer Betracht.

Die Gründe dafür liegen auf der Hand. Die größten gesicherten Gläubiger sind meist die Banken. Als gesicherter Gläubi-

ger lässt sich meist relativ leicht die Werthaltigkeit der Forderung nachweisen. Zwar würde eine Forderungsumwandlung in Eigenkapital grds. interessant sein. Das steht aber aus mehreren Gründen nicht auf der Agenda der Banken.

Üblicherweise erfolgt die Betreuung von insolventen Kreditnehmern in den jeweiligen spezialisierten Abwicklungs- bzw. Work-out-Abteilungen eines Kreditinstituts. Die dort tätigen Mitarbeiter sind mit der bank- und insolvenzrechtlichen Bearbeitung von Insolvenzen be- und vertraut. Eine Betreuung von Kreditnehmern durch Bankmitarbeiter, die für die Bank in ihrer Funktion als Gesellschafterin auftreten, z.B. im Rahmen einer Tätigkeit in einem Aufsichts- oder Beirat, übersteigt dagegen in den meisten Fällen, sowohl deren fachliche Kompetenz als auch die personelle Kapazität einer banktypischen Abwicklungs- bzw. Work-out-Abteilung. Anders mag das bei großen Instituten der Fall sein. Kleinere Institute, die weiterhin den Großteil der Mittelständler in Deutschland finanzieren, sind allein aus diesen Gründen nicht für das Sanierungsinstrument des Debt-Equity-Swaps offen.

Neben diesen personellen Anforderungen ist die neue Beteiligung nach Durchführung der Umwandlung in Eigenkapital entsprechend zu bilanzieren und zu konsolidieren.

Die Hauptgründe, warum Kreditinstitute den Debt-Equity-Swap als Sanierungsinstrument in der Praxis ablehnen, sind allerdings die rechtlichen Risiken, die aus der Doppelfunktion des Kreditinstituts als Gesellschafter und Finanzierer entstehen können.

Zentraler Punkt ist die Motivation der Bank für einen Debt-Equity-Swap. Wenn die Bank ausreichend und anfechtungsfest besichert ist, wird die Motivation, eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung einzugehen, nicht vorhanden sein. Ist die Bank dagegen teilweise oder gänzlich ungesichert, käme eine Umwandlung eher in Betracht, da die Chancen und Risiken aus der Beteiligung mit der Quotenerwartung abgewogen werden müssten. Aber es eröffnet sich in diesem Fall eine andere Thematik, welche aus der Bewertung der Kreditforderung resultiert, die ungesichert auch im Verhältnis zu den Forderungen der übrigen gesicherten und ungesicherten Gläubiger nur ein geringes Wertpotenzial für eine Umwandlung ausmacht. Der Anteil der Beteiligung wird demnach allein bemessen an der Insolvenzforderung nicht sonderlich hoch sein. Sie kann nur dann mit guten Gründen höher ausfallen, wenn das Kreditinstitut geneigt ist, neben der Beteiligung weitere Finanzie-

63 S. hierzu *Frind/Schmerbach/Graeber*, ZInsO 2012, 368 und die hierzu veröffentlichte Stellungnahme des VID-Fragebogen, der einen eigenen Vorschlag unterbreitet.

64 So ein Duisburger Insolvenzverwalter, der beim Norddeutschen Insolvenzforum 2017 ... gefordert hat „Schafft die Eigenverwaltung ab“, Evaluation des ESUG aus Praktikersicht, Norddeutsches Insolvenzforum e.V. am 19.6.2017.

65 BT-Drucks. 17/5712, S. 18.

66 Roland Berger/HgGUR, 5 Jahre ESUG, Eine Bestandsaufnahme, 2016 (nachfolgend „Roland Berger Studie“).

67 Roland Berger Studie, S. 14.

68 Roland Berger Studie, S. 17.

rungen nach Aufhebung des Verfahrens zu gewähren. Ob eine Bank dazu aber nach einer Insolvenz bereit ist, erscheint zweifelhaft.

Sollte sich ein Kreditinstitut trotz der v.g. Erwägungen zu einer Umwandlung einer Kreditforderung in Eigenkapital entschließen, so kann sie sich im Rahmen eines Debt-Equity-Swaps durch einen Insolvenzplan auf das Sanierungsprivileg nach § 39 Abs. 4 InsO, welches auf die Vorschrift des § 32a GmbHG zurückgeht, berufen. Demnach ist eine Anwendung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, also der gesetzliche Nachrang von Gesellschafterdarlehen, dann ausgeschlossen, wenn bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Anteile zum Zwecke der Sanierung erworben werden.

Was den Sanierungszweck angeht, so wird hier auf die Rechtsprechung des BGH zum Sanierungskonzept verwiesen, also auf die „ex ante“-Prognose, die auf der Grundlage eines dokumentierten Sanierungskonzeptes erfolgt, das zugleich den Nachweis für den subjektiven Sanierungszweck des Anteilsenerwerbs liefert.⁶⁹ Ein solches Konzept liegt üblicherweise auch dem Insolvenzplan zugrunde. Hier stellt sich aber die Frage, ob die Beteiligung einer Bank überhaupt einen Sanierungsnutzen bringen kann, außer durch die Gewährung neuer Finanzierungen, die aber auch ohne Gesellschafterstellung zur Verfügung gestellt werden können. Der Sinn einer Beteiligung in einer Sanierung ist nur dann gegeben, wenn entweder (i) die Quote schlicht nicht anders dargestellt werden kann, oder aber (ii) wenn durch die Beteiligung eines strategischen Investors eine Sanierung herbeigeführt bzw. unterstützt werden kann.

Sollte der Sanierungsnutzen belegt sein, ergibt sich für das Kreditinstitut eine Folgeproblematik im Rahmen einer Beteiligung an einem Unternehmen (unterstellt größer 10 % nach § 39 Abs. 6 InsO) und dessen Fortfinanzierung des Geschäftsbetriebs. Ab der Aufhebung des Insolvenzverfahrens hat das Kreditinstitut nunmehr die Doppelfunktion als Gesellschafter mit all seinem Wissen durch die Mitarbeit in Gremien/Organen sowie als Kreditinstitut mit Blick auf den Zahlungsverkehr.

Der Schutz des § 39 Abs. 4 InsO endet durch Entsperrung der Anwendbarkeit der Vorschrift des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO bei nachhaltiger Sanierung, wodurch die Privilegierung endet. Hier wird überwiegend vertreten, dass die Entsperrung eintritt, wenn die Gesellschaft wieder nachhaltig kreditwürdig ist.⁷⁰

Ab diesem Zeitpunkt treffen das Kreditinstitut die vollen Nachteile der Beteiligung, wie

- Nachrang bestehender Kredite samt Besicherung,
- Gesellschaftsrechtliche Haftung der Organe, bzw. faktische Haftung für diese handelnden Personen bei einer neuen Insolvenzantragspflicht (Verschleppungshaftung),
- Anfechtungsrisiken bei Rückzahlungen durch Wissensvorsprung.

Die im Kreditgeschäft eher konservativ agierenden Institute werden diese Risiken vermeiden, wenn keine signifikanten Vorteile winken.

Der Ausweg des Kreditinstituts ist der schnellstmögliche Verkauf der Beteiligung. Dadurch endet aber nicht unmittelbar der Nachrang für die Darlehen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Gesellschafterstellung ist der Zeitpunkt der Gewährung oder Belassung des Darlehens.⁷¹ Auch ein ausgeschiedener Gesellschafter kann daher als Gesellschafter gelten und haften, wenn die Voraussetzungen des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO bereits im Zeitpunkt seines Ausscheidens vorlagen⁷² und er innerhalb des letzten Jahres vor Antragstellung ausgeschieden ist.⁷³

Abgesehen davon, dass auch ungesicherte Gläubiger kaum ein Interesse an einem Debt-Equity-Swap haben dürften, verfügen insbesondere auch institutionelle Gläubiger nicht, über das notwendige Know-how aus einer Gesellschafterposition zu agieren, ganz abgesehen von möglichen steuerlichen und gesellschaftsrechtlichen Implikationen.⁷⁴ Einzig und allein Private Equity-Investoren könnten an einem Debt-Equity-Swap interessiert sein. Dazu müssten sie gesicherte Forderungen mit samt der Sicherheiten erwerben und diese dann im Verfahren in Equity umwandeln. Noch interessanter wäre es, die Forderungen mit den Sicherheiten im Vorfeld zu erwerben, die Forderungen bei Nichtzahlung fällig zu stellen und die Anteile in einem sich anschließenden Insolvenzverfahren im Wege eines Debt-Equity-Swaps zu erwerben. Einmal abgesehen davon, dass dies sicher nicht dem Willen des Gesetzgebers entspräche, liegen die Risiken, insbesondere im Hinblick auf den unsicheren Ausgang des Verfahrens auf der Hand, sodass auch dieser Weg kaum Schule machen wird.

Fragestellung 3:

Wird das neu geschaffene „Schutzschirmverfahren“ des § 270b InsO den Erwartungen gerecht, und hat es insbesondere zu einer frühzeitigen Antragstellung und zu einer Stärkung der Eigenverwaltung geführt? Wird trotz des § 270b InsO noch ein Bedürfnis für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren gesehen?

Es lässt sich zunächst festhalten, dass als Ergebnis der Befragung deutliche Vorteile des Schutzschirmverfahrens eher nicht gesehen werden.⁷⁵ Die Stellungnahmen in der Literatur dazu sind sehr unterschiedlich. Nach Auffassung der Literatur spricht größere Planungssicherheit aus Sicht des Unternehmens für § 270a InsO und gegen das Schutzschirmverfahren. Das liege insbesondere an den Unsicherheiten der Bescheini-

69 Gehrlein, NZI 2012, 257, 259 mit Verweis auf BGH, NZI 2006, 604.

70 Häuser, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankrechtsHandbuch, 5. Aufl. 2017, § 85 Rn. 149c – d; Wittig, FS K. Schmidt, 2009, S. 1743.

71 BGH v. 13.7.1981, BGHZ 81, 252, 258 f.; ZIP 1981, 974, 976; BGH v. 21.3.1988, BGHZ 104, 33, 43; NJW 1988, 1841.

72 BGH v. 6.5.1985, NJW 1985, 2719, 2720; ZIP 1985, 1075, 1077; BGH v. 9.10.1986, NJW 1987, 1080; WM 1986, 1554; BGH v. 19.2.1990

73 BGH v. 15.11.2011 – II ZR 6/11, ZInsO 2012, 141; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 15. Aufl. 2019, Rn. 40 – 47.

74 Dazu ausführlich *Diffring*, Umwandlung von Forderungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, Bonner Schriften zum Steuer-, Finanz- und Unternehmensrecht.

75 Gesamtbericht, S. 100.

gung und der Dreimonatsfrist bei § 270b InsO (zumal nach Ablauf der Dreimonatsfrist die Aufhebung der Eigenverwaltung und der Wechsel in das Regelverfahren droht). Die größere Planungssicherheit der „einfachen“ Eigenverwaltung wiege die Möglichkeit eines „mitgebrachten“ Sachwalters deutlich auf.⁷⁶ Letzteres kann i.Ü. durch das Gericht auch durch Einsetzen eines von der Sachwalterperson verschiedenen Gutachters konterkariert werden. Anders als beim Schutzschirmverfahren kann die vorläufige Eigenverwaltung darüber hinaus auch noch bei Zahlungsunfähigkeit initiiert werden,⁷⁷ was den Anwendungsbereich gegenüber dem Schutzschirmverfahren deutlich erweitert. Bislang konnte man neben dem „mitgebrachten“ Sachwalter noch für das Schutzschirmverfahren ins Feld führen, dass im vorläufigen Verfahren, anders als in der vorläufigen Eigenverwaltung, gesichert Masseverbindlichkeiten begründet werden können (§ 270b Abs. 3 InsO). Auch das ist durch die aktuelle BGH-Rechtsprechung überholt.⁷⁸ An sich verbleibt nur der Name „Schutzschirmverfahren“, der für die Öffentlichkeit suggeriert, dass es sich nicht um ein Insolvenzverfahren handelt. Damit ist es aber spätestens vorbei, wenn die Gläubiger mit der Verfahrenseröffnung auch im Schutzschirmverfahren aufgefordert werden, ihre Forderungen zur Insolvenztabelle anzumelden. Im Gesamtbericht wird deshalb zu Recht die Frage nach dem Mehrwert des Schutzschirmverfahrens gestellt.⁷⁹ Als Folge wird deshalb empfohlen, das Schutzschirmverfahren aufzugeben und entweder die Eingangshürden für die vorläufige Eigenverwaltung durch qualitative Kriterien⁸⁰ zu erhöhen oder die §§ 270a und 270b InsO zu einem einheitlichen Eröffnungsverfahren in Eigenverwaltung zu verschmelzen und dabei die Zugangshürden klarer zu konturieren. Alternativ wäre eine Verschmelzung auf dem Zugangsniveau des § 270a InsO möglich, was aber angesichts der Ergebnisse der Befragung und der fehlenden Vertrauensgrundlage wohl nicht erwünscht ist.

Fragestellung 4:

Ist die Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger angemessen, oder sollte im Interesse einer effektiven Verfahrensabwicklung die funktionelle Zuständigkeit neu austariert werden?⁸¹

Hier kommt der Gesamtbericht zu dem Ergebnis, dass wohl davon auszugehen ist, dass die Aufgabenverteilung zwischen Richtern und Rechtspflegern insgesamt von den meisten beteiligten Gruppen als „angemessen wahrgenommen“ wird.⁸² Allerdings sind aus Sicht des Verfassers auch klare Kritikpunkte erkennbar, die sich nicht immer vollständig mit den Ergebnissen des Gesamtberichtes decken:

- Nicht immer gelingt es, mit dem Insolvenzgericht ein Vorgespräch zu vereinbaren.
- Die unterschiedliche Behandlung von ESUG-Verfahren bei einigen Gerichten oder gar einzelnen Richtern schränkt die Planbarkeit ein und führt zu Ausweichstrategien, wie z.B. Sitzverlegungen.
- Die Dauer der Bearbeitung bei den Gerichten ist sehr unterschiedlich und nicht selten ein erhebliches Sanierungshemmnis.

Nichts hingegen auszusetzen gibt es an der Zusammenarbeit und der Aufgabenverteilung zwischen Richtern und Rechtspflegern. Die Zuweisung der Insolvenzpläne durch die Neuregelung in § 18 Abs. 1 RPfG in die richterliche Zuständigkeit hat aus Sicht des Verfassers meist zu kompetenterer Bearbeitung geführt. Dieses Ergebnis lässt sich aus der Befragung so nicht ableiten, vielmehr wird dieser Punkt eher kontrovers diskutiert.⁸³ Aber auch der Gesamtbericht kommt zu dem Ergebnis, dass „dringender rechtspolitischer Handlungsbedarf“ nicht erkennbar sei.⁸⁴ Allerdings herrscht zu Recht weitgehend Einigkeit darüber, dass endlich die Konzentration der Insolvenzgerichte bzw. die Einführung eines spezialisierten Sanierungs- oder Restrukturierungsgerichts auf der Ebene der Land- oder Oberlandesgerichte herbeigeführt werden sollte.⁸⁵ Dabei könnte gerade eine Konzentration bei spezialisierten Kammern der LG bzw. erfahrenen Senaten der OLG ein geeignetes Mittel sein, um auch die Beharrungsinteressen der Bundesländer zu überwinden. Bei dieser Konstellation blieben die Insolvenzgerichte wie bisher bestehen und nur Sanierungsverfahren für noch im Markt befindliche Unternehmen würden bei den Restrukturierungsgerichten behandelt sowie ggf. die künftig noch zu schaffenden Verfahren für eine präventive Restrukturierung nach der Europäischen Richtlinie zur präventiven Restrukturierung.

V. Zusammensetzung der Gläubigerausschüsse

Im Gesamtbericht werden immer wieder die Möglichkeiten zum Missbrauch der ESUG-Verfahren und die Zusammensetzung der Gläubigerausschüsse durch Family & Friends beklagt.⁸⁶ Auch wird im Gesamtbericht hervorgehoben, dass das ESUG die wechselseitigen Abhängigkeiten zwischen Beratern, Verwaltern, Sachwaltern und Profigläubigern nicht ausreichend adressiert habe. Das Gesetz begünstige z.T. schuldnernerfreundliche Strategien, obwohl es ja gerade ein wesentliches Ziel des ESUG gewesen ist, Vorbehalten von Schuldner gegenüber gerichtlichen Verfahren gerecht zu werden. Zugleich erweise sich der Einfluss einzelner Gläubiger über § 56a InsO hinaus in der Eigenverwaltung als zumindest tendenziell geeignet, ein vollständig unabhängiges Handeln des Sachwalters infrage zu stellen. Problematisch sei nicht der Gläubigerausschuss als solcher, sondern seine Zusammensetzung und sein verbindlicher Einfluss auf die Wahl des Sachwalters. Der Gesamtbericht kommt deshalb zu der Empfehlung, eine weniger vom Schuldner und dessen Beratern abhängige Auswahl des Sachwalters zu ermöglichen und in-

⁷⁶ Pape, ZIP 2013, 2285, 2288.

⁷⁷ Paul/Rudow, NZI 2016, 385, 386.

⁷⁸ BGH v. 22.11.2018 – IX ZR 167/16, ZInsO 2018, 2796.

⁷⁹ Gesamtbericht, S. 104 ff.

⁸⁰ Vgl. dazu die schon 2013 gemachten zehn Vorschläge von Haarmeyer, ZInsO 2013, 2345.

⁸¹ BT-Drucks. 17/7511, S. 5.

⁸² Gesamtbericht, S. 29 und S. 232, 235 ff.

⁸³ Gesamtbericht, S. 30.

⁸⁴ Gesamtbericht, S. 235.

⁸⁵ Gesamtbericht, S. 239.

⁸⁶ Gesamtbericht, S. 100, 119, 216, 218.

soweit auch die Abhängigkeit des Sachwalters vom Berater zu verringern.⁸⁷ Dem Gericht sollte zumindest die Möglichkeit eingeräumt werden, ihre Sachwalterentscheidung vor einer Antragstellung zu erörtern, was aus Sicht des Verfassers kein Problem wäre, wenn sich jedes Gericht zu einem Vorgespräch bereit erklären würde.

Die Argumentation im Gesamtbericht geht jedenfalls deutlich an der Realität vorbei. Die Entscheidung, wer Sachwalter wird, trifft zunächst einmal immer noch das Gericht. Es liegt am Gericht, in einem Vorgespräch diese Frage zu klären. Dazu muss das Gericht aber überhaupt bereit sein, ein solches Vorgespräch zu führen, was bedauerlicherweise immer noch nicht bei allen Gerichten der Fall ist. Ein wichtiges Anliegen einer Gesetzesreform muss es deshalb sein, auch ein für das Gericht verpflichtendes Vorgespräch in das Gesetz aufzunehmen. Diese Forderung wurde u.a. auch von Herrn Prof. *Vallender* anlässlich eines Expertengesprächs beim BMJ am 5.9.2018 in Berlin erhoben.

Das Gericht und nur das Gericht entscheidet auch über die Zusammensetzung des Gläubigerausschusses. Die Diskussion um Family & Friends-Ausschüsse ist deshalb nicht nachvollziehbar, jedenfalls dann nicht, wenn sich das Gericht aktiv in den Prozess einbringt. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um ein Schutzschirmverfahren oder eine vorläufige Eigenverwaltung handelt. Institutionelle Gläubiger wie das Finanzamt, das sich zwischenzeitlich offensiv um die Teilnahme an Gläubigerausschüssen bewirbt, die Bundesagentur für Arbeit, der PSV und die Krankenkassen, die, wie die Bundesagentur, i.d.R. immer Gläubiger sind oder werden, gehören sicher nicht zu Family & Friends. Aus diesem Kreis lassen sich auch meist Mitglieder für den vorläufigen Gläubigerausschuss rekrutieren. Zur Not muss das Gericht den Kontakt hierhin selbst aufnehmen. Was hindert das Gericht daran, auch seine Auswahlentscheidung mit einem potenziellen Gläubigerausschussmitglied zu besprechen? Einstimmige Entscheidungen gegen das Gericht wird es jedenfalls dann nicht geben, wenn die Entscheidung des Gerichts von sachlichen Erwägungen getragen ist.

In einem Vorgespräch sollte der Berater dem Gericht zur Vermeidung von Differenzen mindestens drei beim zuständigen Gericht auch bestellte Verwalter benennen und die Auswahlentscheidung dann aber dem Gericht überlassen. Dies hat sich in der Praxis überaus bewährt. Eine Notwendigkeit für eine gesetzliche Regelung oder eine Änderung des § 56a InsO besteht jedenfalls nicht.⁸⁸ Die vorhandenen Mittel reichen immer aus, Family & Friends-Ausschüsse zu verhindern. Das Gericht ist der Torwächter zur Verhinderung möglicher Gesetzesmissbräuche. In der Praxis dürfte es deshalb auch nur verschwindend wenige einstimmige Beschlüsse geben, die gerichtliche Entscheidungen aufheben. Die beiden bekannten Fälle (Fallstudie 4) und der Fall „Dailyer“ gehörten durchaus in den Bereich sachwidriger Entscheidungen des Gerichts. I.Ü. ist es deshalb wohl auch die Gruppe der Richter und Rechtspfleger, die praktisch keine Missbrauchsanfälligkeit sehen (Mittelwert 2,15). Aber auch alle anderen Gruppen liegen unter dem Mittelwert.⁸⁹ Richter und Rechtspfleger haben auch keinen Zweifel an der Unabhängigkeit der Verwalter (Mittelwert 1,67).

VI. Weiter aufgegriffene Themen in der Evaluierung

1. Zugangsvoraussetzungen zur Eigenverwaltung

Eine im Gesamtbericht mehrfach diskutierte Frage ist die nach den Zugangsvoraussetzungen zur Eigenverwaltung. Hier wird auch der größte Nachjustierungsbedarf gesehen.⁹⁰ So wird auf das Thesenpapier des Gravenbrucher Kreises vom Juni 2014 verwiesen.⁹¹ Danach sei der § 270 Abs. 2 InsO durch Regelbeispiele zu ergänzen. Deshalb wird die Einfügung eines neuen Abs. 2 Nr. 3 InsO vorgeschlagen. Alle Vorschläge eint weitgehend, dass sie den Zugang zur Eigenverwaltung deutlich erschweren wollen, ohne dass es dazu im Gesamtbericht belastbare Erkenntnisse zu Missbrauch oder anderen Fehlentwicklungen gegeben hat. Bei allen neuen Vorschläge gilt es zu beachten, dass es sich bei den Regelungen der InsO letztlich um ein Gesetz für die Wirtschaft handelt, das durch einfache und klare Regelungen die Sanierungsbereitschaft auch unter Insolvenzschutz fördern will, wozu das ESUG einen ersten wichtigen Beitrag geleistet hat.

Gerade in den Beratungen des Rechtsausschusses zum ESUG waren auch diese Fragen Gegenstand der Diskussion, die aber letztlich dahin gehend beantwortet worden sind, dass es letztlich die Sache der Gläubiger sei, sich mit ihren Vorstellungen im Verfahren bzw. im Rahmen eines repräsentativ besetzten (vorläufigen) Gläubigerausschusses durchzusetzen. Und dieses Modell hat sich in der Praxis der vergangenen Jahre bewährt.

Nach den gemachten Vorschlägen soll der Schuldner künftig seine Zuverlässigkeit und Mitwirkungsbereitschaft vor und nach Antragstellung bestätigen, indem er nachweist, dass er vor allem

- seine Buchführungs- und Bilanzierungspflichten laufend erfüllt hat,
- seinen Steuererklärungspflichten nachgekommen ist,
- bei Antragstellung keine Lohn- und Gehaltsrückstände (inklusive Sozialversicherungsbeiträge) schuldet, die bereits länger als 4 Wochen fällig sind.

Der Expertenkreis des RWS-Forums ergänzt dies in einem von Prof. *Dr. Moritz Brinkmann* erstellten Thesenpapier um weitere Punkte oder modifiziert diese Zugangsvoraussetzungen insoweit, als

⁸⁷ Gesamtbericht, S. 99 III. 8.

⁸⁸ Schon 2013 hat *Haarmeyer*, ZInsO 2013, 2345, darauf hingewiesen, dass nicht der Gesetzgeber, sondern in erster Linie die Gerichte gefordert seien, mögliche Missbräuche zu verhindern.

⁸⁹ Gesamtbericht, S. 41, 42.

⁹⁰ Gesamtbericht, S. 55 ff.

⁹¹ ESUG: Erfahrungen, Probleme, Änderungsnotwendigkeiten, Thesenpapier des Gravenbrucher Kreis, Stand Juni 2014, S. 2. Im Thesenpapier vom Oktober 2015, S. 3, werden ebenfalls verschiedene Regelbeispiele genannt, die gegen die Eigenverwaltung sprechen sollen.

- Rückstände mit der Zahlung von Nettoarbeitslöhnen oder Beiträgen zur Gesamtsozialversicherung nicht bestehen dürfen,
- eine Liquiditätsplanung vorliegen müsse,
- hinreichende Eigenverwaltungsexpertise beim Schuldner bestehe,
- die Unterstützung wesentlicher Gläubiger gegeben sein müsse,
- i.d.R. eine der Voraussetzungen des § 22a InsO erfüllt sein müsse.⁹²

Pape geht sogar noch einen Schritt weiter und stellt zumindest in den Raum, darüber nachzudenken, den Zugang zur Eigenverwaltung dann zu verweigern, wenn offene Forderungen bei Versorgungsunternehmen bestehen, deren Leistungen der Schuldner dringend benötigt, um seinen Betrieb fortzuführen.⁹³

Schon diese Vorschläge machen deutlich, dass es bei einer Umsetzung künftig weder eine schnelle noch eine verfahrenssichere Gestaltung von Eigenverwaltungen geben wird, da der Prüfungsaufwand der v.g. Kriterien notwendig dazu führen würde, dass vonseiten der Gerichte Sachverständige eingeschaltet bzw. Amtsermittlungen in gehörigem Umfang durchgeführt werden müssten – eine jede Erfolgsaussicht von Sanierung sabotierende Entwicklung. Aber die Liste der Vorschläge lässt sich beliebig erweitern und jede Stellungnahme der verschiedenen Interessengruppen machen letztlich deutlich, dass es vielfach darum geht, durch die erhobenen Forderungen im Kern das Erfolgsmodell der Eigenverwaltung für die Unternehmen nachhaltig zu gefährden und mittelbar den Status quo ante wieder einzuführen.

So schlägt der DAV u.a. vor, dass die Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung nur dann zulässig sein soll, wenn die Eignung der Leitungsorgane durch Bestellung einer insolvenzverfahren Person – möglichst mit Einzelvertretungsbefugnis – nachgewiesen wird.⁹⁴ Auch der BGH hat angenommen, Eigenverwaltung setze „selbstverständlich eine insolvenzrechtliche Expertise“ des Schuldners voraus. Ob der Schuldner oder seine Geschäftsführung sich diese Expertise selbst verschaffen oder zu diesem Zweck einen Berater anstellen, dem sie Generalvollmacht erteilen, sei unerheblich.⁹⁵

Ferner müsse aus Sicht des DAV⁹⁶ ein den Besonderheiten des Insolvenzeröffnungsverfahrens Rechnung tragender Liquiditätsplan für den Zeitraum von mindestens 6 Monaten ab Stellung des Insolvenzantrags unter Offenlegung der Planungsprämissen vorgelegt werden.

Der BAK_{insO} e.V. verlangt u.a., ergänzend in § 270 InsO zu regeln, dass der Geschäftsbetrieb bei Antragstellung noch laufen müsse, der Schuldner glaubhaft machen müsse, dass er die insolvenzspezifischen Besonderheiten erfüllen könne und eine Sanierung nicht aussichtslos sei.⁹⁷

Der „4. Deutsche Gläubigerkongress 2015“ ergänzt dies um den Punkt, dass zur Vermeidung von Missbräuchen die Mög-

lichkeit der Eröffnung eines Verfahrens unter Eigenverwaltung davon abhängig gemacht werden solle, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung die Benennung der Mitglieder eines repräsentativ besetzten vorläufigen Gläubigerausschusses verpflichtend sei.⁹⁸

Der BV ESUG macht in seinem Positionspapier v. 1.12.2015 als Kern weiterer Reformüberlegungen die strenge Orientierung des Rechts der Eigenverwaltung am Ziel der nachhaltigen Sanierung des Schuldnerunternehmens fest. Die Sanierung des (drohend) insolventen Unternehmens sollte daher auch als eigenständiges Verfahrensziel in § 270 Abs. 1 InsO definiert werden.⁹⁹

Soll das Unternehmen dem Unternehmer auch in der insolvenznahen Krise erhalten bleiben, so muss sich dieser durch überlegtes Handeln im Vorfeld das Vertrauen der Gläubiger und des Gesetzgebers für sein selbstverantwortetes Verfahren in Eigenverwaltung verdienen. Manche Unternehmen versuchen auch ohne konkrete Sanierungsperspektive, unter den Schutz der Eigenverwaltung zu gelangen. Notwendig ist aber aus Sicht des BV ESUG eine klare Sanierungsorientierung, indem möglichst bereits mit Antragstellung – spätestens aber innerhalb eines Monats nach Antragstellung – ein Grobkonzept – sei es als Planentwurf oder als belastbar gerechnetes Konzept – mit einem dazu notwendigen Verfahrensplan und dem entsprechen Nachweis der Finanzierung vorgelegt wird.¹⁰⁰

Auch an anderer Stelle wird der Aspekt der gut vorbereiteten Rechtsträgersanierung in den Vordergrund gestellt.¹⁰¹

Das „Forum 270“¹⁰² postuliert noch darüber hinaus, dass keine laufenden strafrechtlichen Ermittlungen gegen Schuldner oder Geschäftsführer bestehen oder solche vorhersehbar sind. Außerdem sollen nur Unternehmen zur Eigenverwaltung mit nennenswerten Umsätzen (regelmäßig nicht unter 20 Mio. € und/oder entsprechender Vermögensmassen) zugelassen werden.

92 Report RWS Forum: Nach der Evaluation ist vor der Reform, ZIP 48/2018, 2340.

93 *Pape*, ZInsO 2018, 2725, 2727.

94 DAV, Stellungnahme zu der im Gesetzgebungsverfahren vorgesehenen Evaluation (BT-Drucks. 17/5711 v. 26.11.2011, S. 5, Abschn. II) der Erfahrungen mit der Anwendung des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen v. 7.12.2011 (ESUG) (nachfolgend zitiert als „DAV Stellungnahme“), S. 11.

95 BGH v. 21.7.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 81.

96 DAV Stellungnahme, S. 11.

97 Entschließung der BAK_{insO}-Jahrestagung 2014, S. 3.

98 Entschließung Deutscher Gläubigerkongress 2015, S. 2.

99 ESUG 2.0, Deutschland als Sanierungsstandort weiter ausbauen, Positionspapier des BV ESUG, S. 2.

100 ESUG 2.0, Deutschland als Sanierungsstandort weiter ausbauen, Positionspapier des BV ESUG, S. 2.

101 *Madaus*, KTS 2015, 115, 137.

102 Forum 270 Qualität und Verantwortung in der Eigenverwaltung e.V. (nachfolgend „Forum 270“), Grundsätze unter 2, abrufbar unter: <http://forum270.de/Thesen-59.html>.

Der Evaluierungsbericht selbst kommt zu der Empfehlung einer stärkeren Begrenzung des Zugangs zur Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren, aber auch bereits im Eröffnungsverfahren mit dem Ziel der Ausklammerung ungeeigneter Verfahren.¹⁰³ Das kann entweder durch die Einführung von Regelbeispielen oder eine Positivliste erfolgen, in der die Mindestvoraussetzungen zur Zulassung zur Eigenverwaltung definiert werden. Dazu führt der Evaluierungsbericht u.a. an:

- Darlegung der Erfolgsaussichten der Eigenverwaltung in Form einer konkreten Verfahrens- und Sanierungsplanung,
- eine belastbare Liquiditätsplanung,
- Nachweis der Stakeholderunterstützung mit hinreichender Gewährleistung eines repräsentativen Meinungsbildes,
- keine Verletzung von Buchführungs- und Bilanzierungspflichten,
- keine manifeste Verletzung von Insolvenzantragspflichten,
- keine eventuellen Rückstände bei Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern.

Den jedenfalls zum Teil wenig praxisnahen Vorschlägen kann im Interesse einer nachhaltig *erfolgreichen Sanierung von Unternehmen und eines für Gläubiger wie Schuldner planungssicher zu gestaltenden Verfahrens* nur z.T. gefolgt werden.

a) Notwendige Nachjustierungen

Uneingeschränkt zuzustimmen ist der Forderung nach der Vorlage einer konkreten Verfahrens- und Sanierungsplanung und einer belastbaren Liquiditätsplanung zumindest bis zur geplanten Verfahrensaufhebung.¹⁰⁴ Die Praxis hat gezeigt, dass ein wesentlicher Erfolgsfaktor der Eigenverwaltung eine professionelle Verfahrensvorbereitung ist. Dazu gehören zweifelsohne die vorstehend beschriebenen Aspekte, denn nur so wird im Vorfeld seriös abgeklärt, ob überhaupt eine Sanierungschance besteht. Wird bspw. erst nach Antragstellung festgestellt, dass die Liquidität nicht ausreicht, um zu einem bestätigten Plan zu kommen, dass das Geschäftsmodell nicht tragfähig oder das Unternehmen bspw. keine Kunden mehr hat, mit denen der geplante Umsatz erwirtschaftet werden kann, macht die Sanierung in Eigenverwaltung keinen Sinn. Werden die vorstehenden Aspekte aber beachtet, liegen die Erfolgswahrscheinlichkeiten eines Eigenverwaltungsverfahrens und damit auch die Befriedigungsaussichten für die Gläubiger weit über den im Evaluierungsbericht und der BCG-Studie kommunizierten Zahlen. Gemäß einer Studie des Instituts für Mittelstandsforschung betrug die Insolvenzquote für Verfahren, die in den Jahren 2002 – 2007 eröffnet wurden, lediglich 3,6 % bezogen auf alle Verfahren¹⁰⁵ und bleibt damit schon heute weit hinter den i.d.R. zweistelligen Quoten zurück, die im Rahmen von Eigenverwaltungen für die Gläubiger erzielt werden.

Bei der Frage der Stakeholderunterstützung muss aber differenziert werden. Soll die Unterstützung nur aller relevanten Stakeholder vorliegen oder gar aller Stakeholder? Sind gesicherte Gläubiger zu behandeln wie ungesicherte Gläubiger? Es wird immer so sein, dass einzelne Stakeholder auch Sonderinteressen verfolgen. Banken, die am Umlaufvermögen besichert sind, müssen schon wegen des meist notwendigen unechten Massekredites frühzeitig kontaktiert werden, ungesicherte Kreditinstitute sind für den Verfahrensausgang meist nicht relevant, sodass es auf ihre Unterstützung nicht zwingend ankommt. Die Frage nach der Stakeholderunterstützung ist sicher im Vorgespräch mit dem Gericht zu diskutieren und dabei zu entscheiden, ob es darauf ankommt oder nicht. Eine pauschale Aussage, wonach es auf die Unterstützung der Stakeholder ankomme, ist aber abzulehnen.

Sicher macht es keinen Sinn, in eine Eigenverwaltung einzutreten, wenn das Unternehmen mit der Buchführung mehrere Monate rückständig ist, weil dann auch keine verlässliche Planung möglich ist. Bei rechtzeitiger Verfahrensvorbereitung ist es aber meist möglich, die Rückstände mithilfe Dritter kurzfristig aufzuarbeiten. Rückstände, die älter als 8 Wochen sind, sind nicht zu akzeptieren. Jüngere Rückstände sind zu akzeptieren und sollten die Eigenverwaltung nicht zwingend ausschließen.

Ähnlich verhält es sich bei Bilanzierungsrückständen. Die gesetzlichen Fristen sind nicht immer einzuhalten. 6 Monate nach dem abgelaufenen Geschäftsjahr sollten aber zumindest vorläufige Zahlen vorliegen. Auch hier kommt es auf den Einzelfall an, zumal die Bilanz immer eine Vergangenheitsbetrachtung ist und für das Verfahrensziel der Sanierung des Unternehmens und Gläubigerbefriedigung zumindest noch nicht bei Antragstellung von entscheidender Bedeutung ist. Eine vorläufige Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung sind dagegen viel aufschlussreicher. Es ist aber nicht zu erwarten, dass jedes Unternehmen, ob insolvenzgefährdet oder nicht, schon vorläufige Bilanzzahlen für das laufende Geschäftsjahr vorlegen kann. Völlig anders dürfte es sich aber bei vorsätzlichen Bilanzfälschungen verhalten. Denn hier fehlt es eindeutig an der Eigenverwaltungswürdigkeit.

Mit der manifesten Verletzung von Insolvenzantragspflichten sind wohl in erster Linie Insolvenzverschleppungstatbestände gemeint. Auch hier kommt es darauf an, wie man manifest definiert. Gehört dazu schon eine vorübergehende Zahlungsunfähigkeit, oder muss diese nicht schon über einen längeren Zeitraum vorliegen? Nicht zu verkennen ist dabei, dass vielen Unternehmen, ja nicht einmal deren Steuerberatern bekannt ist, wie sich Zahlungsunfähigkeit im insolvenzrechtlichen Sinn definiert. Vielfach berücksichtigen auch Steuerberater bei der Erstellung eines Liquiditätsstatus jegliche fälligen Forderungen. Die Tatsache, dass oft noch erhebliche freie Linien oder gar Bankguthaben bestehen, suggerieren auch dem red-

¹⁰³ Gesamtbericht, S. 79 Ziff. 8.

¹⁰⁴ Gesamtbericht, S. 22, 56.

¹⁰⁵ So auch die BCG-Studie „Sechs Jahre ESUG“.

lichen Unternehmer, dass noch keine Insolvenzantragspflicht bestehe. Umso überraschter reagiert er, wenn er im Zuge der Beratung erfährt, dass es für die Ermittlung eines Insolvenzstatus nur auf Guthaben und freie Linien auf der Aktivseite, nicht aber fällige Forderungen und fällige Verbindlichkeiten auf der Passivseite ankommt. Insgesamt dürften deshalb die Verletzung von Insolvenzantragspflichten nur bedingt geeignet sein, die Eigenverwaltung auszuschließen, es sei denn, ein Verstoß ist evident und vorsätzlich verursacht.

Bei etwaigen Rückständen bei Steuern und Sozialverbindlichkeiten sowie der Verletzung von Steuererklärungspflichten kann man geteilter Auffassung sein. Auch hier stellt sich die Frage von Umfang, Intensität und Dauer. Ohne eine klare Vorgabe durch klar definierte Zeiträume wäre Willkür Tür und Tor geöffnet.

Letztlich offen ist die Frage, ob die Zulassung zur Eigenverwaltung zu versagen ist, wenn ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren anhängig oder auch nur wahrscheinlich ist.¹⁰⁶ Letztlich käme dies einer Vorverurteilung gleich, denn allein schon eine unberechtigte Strafanzeige verpflichtete die Staatsanwaltschaft zur Aufnahme von Ermittlungen und könnte zur Nichtanordnung der Eigenverwaltung führen. Hier sollte zumindest dem (vorläufigen) Gläubigerausschuss ein Mitspracherecht eingeräumt werden.

b) Sanierungsexpertise des Schuldners

Ein wesentlicher Aspekt wird im Gesamtbericht zu wenig beleuchtet, nämlich die Sanierungs- und Insolvenzexpertise des eigenverwaltenden Schuldners.¹⁰⁷ Hier fordern fast alle Beteiligten und auch der BGH¹⁰⁸ zu Recht, dass Eigenverwaltung notwendigerweise eine entsprechende Sanierungs- und Insolvenzperspektive entweder beim eigenverwaltenden Schuldner oder seinen Beratern voraussetzt. Das wird zwar auch im Gesamtbericht so gesehen, gleichwohl soll zumindest die Festbeschreibung des Einsatzes eines Chief Restructuring Officer (CRO) nach Hinweisen aus Rechtsprechung und Literatur nicht zwingend angezeigt sein.¹⁰⁹ Dem ist insoweit zuzustimmen, als es nicht immer ein CRO oder Generalbevollmächtigter (schon wegen der Kosten) sein muss, die Expertise sollte aber nachgewiesen werden. Es sollte nicht, wie im Gesamtbericht vorgeschlagen, ausreichen, dass die Insolvenzexpertise beim Antrag auf Eigenverwaltung lediglich positiv berücksichtigt wird. Richtigerweise wird im Gesamtbericht darauf hingewiesen, dass das Fehlen jeglicher Expertise auf Schuldnerseite naturgemäß Anlass geben müsse, an der Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben zu zweifeln. Das könnte als Regelbeispiel eines Versagungsgrundes normiert werden.¹¹⁰ Deshalb sollte durchaus auf die eine oder andere Art die Expertise als Zugangsvoraussetzung in das Gesetz so aufgenommen werden, dass sie z.B. schon in den zu führenden Vorgesprächen nachzuweisen ist, damit das Verfahren selbst dadurch nicht verzögert wird.

2. Aufgabe des Nachteilsbegriffs

Die Anordnung der Eigenverwaltung hängt nach § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO davon ab, dass keine Umstände bekannt sind, die

erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird. Die Befragung in der Evaluierung hat ergeben, dass der Nachteilsbegriff teilweise nicht als hinreichend rechtssicher angesehen wurde.¹¹¹

Nach dem Vorschlag im Gesamtbericht erscheint es durchaus sinnvoll, den Nachteilsbegriff in § 270 Abs. 2 und 3 InsO aufzugeben und stattdessen entsprechend dem in beiden Absätzen verankerten Regelungskonzept Versagungsgründe für die Eigenverwaltung ebenso zu formulieren wie Anordnungsgründe.¹¹² Das würde jedenfalls die Planbarkeit der Eigenverwaltung deutlich erhöhen. Fügt der Schuldner seinem Antrag auf Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung die geforderten Unterlagen bei, so sollte dem Gericht zwar eine Plausibilitätsprüfung erlaubt sein, die Anordnung selbst hat aber grds. zu erfolgen.¹¹³ Auch ein Negativkatalog mit Versagungsgründen machte Sinn, allerdings wäre mit diesem aus den vorstehend diskutierten Gründen zurückhaltend umzugehen. Vorteil dieser Vorgehensweise wäre es zweifelsohne, dass die Definition des Nachteilsbegriffs nicht mehr im freien Gerichtsermessen läge.

3. Kosten der Eigenverwaltung

Ein mehrfach z.T. sehr kontrovers diskutiertes Thema sind die Kosten der Eigenverwaltung.¹¹⁴ *Beissenhirtz*¹¹⁵ weist darauf hin, dass das Fehlen eines wirklich quantitativen Ansatzes bei der Evaluation sich spätestens dann als problematisch erweise, wenn über die (qualitative) Analyse von Einzelfällen statistisch (also quantitativ) in der Folge nicht nachgewiesene Behauptungen aufgestellt werden, wie die folgende: „Die Fallstudie Nr. 6 illustriert, was auch die Studie Nr. 3 andeutet, dass die Eigenverwaltung typischerweise Mehrkosten erzeugt und dies angesichts der marktüblichen Vergütungssätze für die risiko- und haftungsträchtige Sanierungsberatung in nicht unerheblichem Umfang. Zugleich werden diese Mehrkosten nur selten durch einen nachweisbaren Mehrerlös kompensiert.“¹¹⁶ Im Widerspruch zu dieser generalisierenden Aussage weist die jährliche Untersuchung der *Boston Consulting Group* für 2016 für unter ESUG-Bedingungen sanierte Unternehmen eine durchschnittliche Quote von 10 % aus¹¹⁷ – also wesent-

106 So die sehr weitgehende Forderung des Forum 270 Grundsätze <http://forum270.de/thesen-59.html>.

107 Gesamtbericht, S. 75 ff.

108 BGH v. 21.7.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 81.

109 Gesamtbericht, S. 75 f.

110 Gesamtbericht, S. 75 f.

111 Gesamtbericht, S. 55.

112 Gesamtbericht, S. 77 Option 4.

113 Gesamtbericht, S. 77 Option 4.

114 Gesamtbericht, S. 62 ff., 74 ff.

115 *Beissenhirtz*, ZInsO 2019, 141.

116 Gesamtbericht, S. 70; s. dazu aber auch die differenzierteren Aussagen im Gesamtbericht, S. 62. unter Bezugnahme auf *Hammes*, NZI 2017, 233, 234; *Wallner*, ZIP 2015, 997, 999; *Henkel*, ZIP 2015, 562, 564; *Frind*, WM 2014, 590

117 BCG-Studie „Fünf Jahre ESUG – Wesentliche Ziele erreicht“, 2017, S. 13, abrufbar unter: <http://media-publications.bcg.com/Focus-ESUG-Studie-16May17.pdf>.

lich mehr als im Regelverfahren, bei dem die Quote lediglich bei 3,6 % liegt.¹¹⁸ Zumindest die Behauptung der Evaluation, wonach ein nachweisbarer Mehrerlös „nur selten“ zur Kompensation von Mehrkosten führe, erscheint daher bedenklich und nicht belegt.

Insgesamt wird die Diskussion eher interessengeleitet, denn realistisch geführt. Vielmehr scheint es ausgemachte Sache zu sein, dass die Kosten der Eigenverwaltung die der Regelinsolvenz regelmäßig übersteigen.¹¹⁹ So wird im Evaluierungsbericht ohne jeden empirischen Nachweis ausgeführt, dass „die Eigenverwaltung tendenziell stets teurer sei als die Regelverwaltung oder jedenfalls die Neigung dazu bestehe“.¹²⁰

Belege dafür werden aber nicht präsentiert. Bedauerlicherweise haben die Verfasser der Studie versäumt, Erhebungen über die tatsächlichen Kosten der Eigenverwaltung durchzuführen und diese in ein Verhältnis zu den Kosten einer Regelinsolvenz zu setzen. Denn auch dazu gibt es selbst nach 20 Jahren InsO keine Erhebungen. Interessant wäre dabei, vor allem klassische Regelverfahren auf die tatsächlichen Verfahrenskosten hin zu untersuchen, vor allem solche, die sich von der Größenordnung im Bereich von Eigenverwaltungsverfahren bewegen. Dabei sind vor allem die durchschnittlichen Zuschlagsätze von Bedeutung, die sich regelmäßig weit jenseits von 100 % einer einfachen Staffelfvergütung bewegen. Hinzu kommt eine florierende Dienstleistungsbranche im Insolvenzbereich, die durch entsprechende Beauftragungen von Insolvenzverwaltern dazu beiträgt, dass die Massen bereits im laufenden Verfahren deutlich reduziert, manchmal sogar aufgezehrt werden, sodass am Ende oft nur noch geringe Quoten für die Gläubiger übrigbleiben. Insoweit sind die Kosten normaler Insolvenzverfahren seit vielen Jahren geradezu explodiert, und die „normale“ Vergütung nach der InsVV bildet nur noch einen Bruchteil der Gesamtkosten eines Insolvenzverfahrens ab. Durch die interessengeleitete „Erfindung“ eines weder gesetzlich noch empirisch basierten *abstrakten Normal- oder Regelfalls* wurde schon vor dem Inkrafttreten der InsVV der bis heute „erfolgreiche“ Versuch unternommen, die betragsorientierte, objektiv basierte Regelvergütung des § 2 InsVV zu einer „Grundvergütung“ herunter zu definieren¹²¹ und über eine massive Ausweitung des Erhöhungskataloges von § 3 Abs. 1 InsVV die auf § 2 bezogene Ausnahmeregelung zu einem eigenen Vergütungstatbestand und von der Ausnahme zur Regel auszubauen. Bei Massenverfahren reicht die Mindestvergütung oder auch die einfache Staffelfvergütung für eine sachgerechte und qualifizierte Bearbeitung vielfach weder aus noch ist sie geeignet, Großverfahren mit Massen weit über 50 Mio. € hinreichend und angemessen zu vergüten, weil sie nach oben keine Kappungsgrenze hat, sodass Vergütungen entstehen, die auch in der öffentlichen Wahrnehmung¹²² (vgl. Handelsblatt v. 4.12.2012 „Die Insolvenzverwalter sorgen sich um ihren Ruf“) nicht wirklich vermittelbar sind. Es dürfte deshalb vermutlich einfach sein, anhand einiger konkreter Beispiele die These zu den regelmäßig höheren Kosten der Eigenverwaltung zu widerlegen. An einer solchen Untersuchung dürfte aber zumindest vonseiten der Insolvenzverwalter kein übermäßiges Interesse bestehen. Es verwundert in diesem Kontext i.Ü. nicht, dass die Lobby der Insolvenzverwalter sich

sehr vehement gegen die Veröffentlichung ihrer Vergütungen wendet und dabei sogar die Datenschutzbeauftragte¹²³ bemüht wird,¹²⁴ es hingegen aber völlig selbstverständlich und aus Sicht des Verfassers auch richtig ist, dass die eingeschalteten Berater nicht nur zu Beginn des Verfahrens ihre Vergütungsvereinbarungen offenlegen, sondern ihre Vergütung auch im Liquiditätsplan berücksichtigen. Nun verlangen manche Gerichte zwischenzeitlich, bereits zu Beginn des Verfahrens eine Vergleichsrechnung vorzulegen, bei denen die Kosten der Eigenverwaltung zu denen einer Regelinsolvenz ins Verhältnis gesetzt werden.¹²⁵ Auch das ist praxisfern. Die Kosten der Regelinsolvenz müssten in diesem Fall geschätzt, und es müsste mit fiktiven Zuschlägen gearbeitet werden. Das gilt auch für die Kosten des Sachwalters.¹²⁶ Die dann aufgeführten Zuschläge für die Regelinsolvenz werden in der Praxis deutlich unter den tatsächlichen Zuschlägen, wie sie in einem Regelinsolvenzverfahren beantragt würden, liegen. Auch das ließe sich anhand von praktischen Beispielen beweisen. Der Umfang der Tätigkeit eines Beraters lässt sich ebenfalls nur schwer abschätzen, weil zu Beginn des Verfahrens kaum abzusehen ist, ob das Verfahren problemlos laufen oder es unvorhergesehene Hürden geben wird. Letztlich sollte es doch auf das Ergebnis für die Gläubiger ankommen, das sich wiederum in einer Befriedigungsquote widerspiegelt.

Der Evaluierungsbericht kommt wohl auch deshalb in seiner Empfehlung zu dem Ergebnis, dass der Gesetzgeber tendenziell davon absehen sollte, die Kostenfrage schon beim Zugang der Eigenverwaltung regulieren zu wollen, auch deshalb, weil dies wenig praktikabel erschiene.¹²⁷ Die Kosten der Eigenverwaltung mit dem Nachteilsbegriff zu verbinden, sollte aus den geschilderten Gründen deshalb unterbleiben.

4. Operative Sanierung als wesentlicher Baustein eines Eigenverwaltungsverfahrens

Im Evaluierungsbericht gar nicht berücksichtigt wurde einer der wichtigsten Aspekte einer erfolgreichen Eigenverwaltung, nämlich der Erfolg einer operativen Sanierung. Allein die Bilanzsanierung wird in den seltensten Fällen zum Erfolg führen. *Madaus*¹²⁸ hat in seinem Beitrag kritisiert, dass der Ge-

118 Destatis, Pressemitteilung v. 28.3.2018, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2018/03/PD18_113_52431.html.

119 *Beissenhirtz*, ZInsO 2019, 141.

120 Gesamtbericht, S. 80.

121 *Haarmeyer*, ZInsO 2013, 2355; vgl. auch *Haarmeyer/Mock*, InsVV, 5. Aufl., § 2 Rn. 7 ff. und Vorbemerkung Rn. 28.

122 Vgl. Handelsblatt v. 4.12.2012 sowie *Haarmeyer/Mock* (Fn. 121), § 2 Rn. 3 ff.

123 Schreiben des VID an die Bundesbeauftragte für Datenschutz Frau *Andrea Voßhoff* v. 12.1.2018 abzurufen unter: <https://www.vid.de/vid-wendet-sich-an-die-Datenschutzbeauftragte/>.

124 BGH v. 14.12.2017 – IX ZB 65/16, ZInsO 2018, 135.

125 S. dazu auch ausführlich *Buchalik/Schröder/Ibershoff*, ZInsO 2016, 1145, 1456.

126 Zur Fehleranfälligkeit und Fehlerhäufigkeit im Rahmen von Schlussrechnungen und Vergütungsprüfungen vgl. *Metoja*, ZInsO 2016, 992 ff.

127 Gesamtbericht, S. 80.

128 *Madaus*, KTS 2015, 115, 142.

setzgeber, statt den Aspekt der Betriebsfortführung in den Vordergrund zu stellen, im Rahmen von § 270 InsO eine Nachteilsprüfung anhand von einer Vielzahl von Faktoren in den Vordergrund stelle. Zugleich seien vom Gesetzgeber ungewollt vielfältige Anreize gesetzt, die den Schuldner davon abhielten, Insolvenzantrag zu stellen. Nichtsdestotrotz wird die Eigenverwaltung auch in der Insolvenzpraxis als Verfahrensoption wahrgenommen, die i.d.R. auf eine Restrukturierung des Schuldnerunternehmens durch einen Insolvenzplan abzielt.¹²⁹ Das deckt sich mit dem Befund ausländischer Rechtsordnungen – etwa den USA oder Österreich –, wo die Eigenverwaltung ausdrücklich als Instrument normiert wird, das nur in Verfahren mit dem Ziel der Plansanierung angenommen werden kann.¹³⁰

Aus Sicht des Verfassers wird in der Praxis der InsO weder Augenmerk auf das operative Sanierungskonzept im Rahmen der Insolvenzplanerstellung gelegt noch auf dessen Umsetzung in der Praxis. Hier liegt die größte Schwäche der meisten operativen Konzepte auch außerhalb einer Insolvenz. Eine klare Sanierungsausrichtung wie in anderen Rechtsordnungen fehlt der InsO völlig, vielmehr steht immer noch das Primat der „bestmöglichen Gläubigerbefriedigung“ im Vordergrund, wobei die „bestmögliche Gläubigerbefriedigung“ aus Sicht eines Insolvenzverwalters als höchstmögliche Quote verstanden wird. Nach der Begründung des Gesetzgebers zum ESUG¹³¹ sollen sich die Sanierung im Insolvenzplanverfahren und die Befriedigung der Gläubiger ergänzen, wobei die Sanierung nicht zu einer Beeinträchtigung der Gläubigerbefriedigung führen dürfe. Tatsächlich widerspricht dieser textlich suggerierten Gläubigerzentriertheit nicht nur die sprachliche, sondern auch die faktische und mit Nachdruck verfolgte gesetzgeberische Zielsetzung bei im Zeitpunkt der Einleitung des Insolvenzverfahrens noch am Markt agierenden Unternehmen. Denn dann geht es vornehmlich um den Erhalt von Unternehmen und damit auch die Rettung von Arbeitsplätzen sowie die Minderung volkswirtschaftlicher Schäden.¹³²

Stellt man aber die Betriebsfortführung in den Vordergrund, muss diese auf Dauer angelegt sein. Voraussetzung dafür ist ein umsetzbares Sanierungskonzept, bei dem sicherzustellen ist, dass es auch umgesetzt wird. Im Interesse der Gläubiger sollten dazu Regelungen im Insolvenzplan aufgenommen werden, die eine verpflichtende, aber kostenseitig tragbare Umsetzungsbegleitung durch den Berater mindestens für die Dauer von einem Jahr vorsieht. Auch wenn die Planquote erfüllt ist, sollte diese Verpflichtung bestehen, umso mehr aber als die Erfüllung aufgeschoben wird.

VII. Fazit

Anders als es von interessierten Kreisen gerne gesehen und vermittelt wird, ist das ESUG in der Insolvenzpraxis angekommen und zwischenzeitlich auch nicht mehr wegzudenken. Es spielt nicht nur bei größeren Unternehmen eine wichtige Rolle. Auch viele kleinere Unternehmen nutzen die Möglichkeiten des ESUG. Dass es nicht noch viel mehr sind, liegt an der fehlenden Aufklärung im Allgemeinen, aber auch daran, dass insbesondere Insolvenzverwalter kriselnden Unterneh-

men eher zur Regelinsolvenz als zur Eigenverwaltung raten. Einerseits ist das ESUG mittlerweile Normalität, andererseits ist der Wandel in eine andere Insolvenzpraxis noch nicht gelungen. Das liegt nicht allein daran, dass das Stigma der Insolvenz immer noch nicht aus den Köpfen der Unternehmer und der Allgemeinheit verschwunden ist, sondern auch am Primat der sog. „bestmöglichen Gläubigerbefriedigung“, die in vielen Fällen zu einem Verlust des Unternehmens für den antragstellenden Unternehmer führt. Erst wenn dieser mehr Sicherheit bekommt, wird die Sanierung in Eigenverwaltung einhergehend mit umfassender Aufklärung vollständige Normalität in einer wachsenden Kultur der 2. Chance.

Ein großer Teil früherer Eigenverwaltungshindernisse wurden jüngst durch die Gesetzgebung zum Sanierungsgewinn, aber auch durch aktuelle BGH-Rechtsprechung, wie z.B. zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten in der vorläufigen Eigenverwaltung (§ 270a InsO), der Nichtanwendbarkeit des § 55 Abs. 4 InsO und zur Haftung der Organe in der Eigenverwaltung ausgeräumt bzw. wurde diesbezüglich eine klarere Rechtslage geschaffen.

Es liegt nun am Gesetzgeber, Änderungen am ESUG mit dem nötigen Augenmaß und eingriffsinvasiv vorzunehmen, keinesfalls aber das Rad wieder zurückzudrehen. Das Gesetz hat sich weitestgehend bewährt. Deutschland hat vom Gesetzgeber ein Sanierungsinstrument bekommen, um das wir weltweit beneidet werden. Es ist ein Gesetz vor allem für den Mittelstand, und dabei sollte es auch bleiben. Bestrebungen, das ESUG nur auf größere Unternehmen zu beschränken, sollte eine klare Absage erteilt werden, denn ansonsten wird die Eigenverwaltung wieder in die Bedeutungslosigkeit geführt.

Das ESUG hatte und hat zum Ziel, den Gläubigereinfluss zu stärken. Das ist vollumfänglich gelungen und einer der wesentlichen Gründe für den Erfolg der Neuregelungen. Allen Versuchen, dies zu revidieren und gar Kompetenzen wieder auf das Gericht zu verlagern, sollte ebenfalls eine klare Absage erteilt werden. Das Gericht entscheidet in sehr verantwortungssensibler Weise über die Zusammensetzung des Gläubigerausschusses. Damit hat das Gericht auf Kompetenz und Seriosität des Gremiums Einfluss, was genügen sollte, denn letztlich handelt es sich um ein gläubigerautonom zu gestaltendes Verfahren.

Weder hat der Evaluierungsbericht die immer wieder herbeigeredete Missbrauchsanfälligkeit der Eigenverwaltung bestätigt noch konnte belegt werden, dass die Kosten der Eigenverwaltung die einer Regelinsolvenz überschreiten. Dass hier gleichwohl eine sinnvolle Kontrolle durch die Gerichte und Gläubiger erfolgen sollte, ist selbstverständlich.

¹²⁹ Hofmann, in: Kübler, Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz, 2. Aufl. 2015, § 7 Rn. 172.

¹³⁰ Madaus, KTS 2015, 15, 19 mit Verweis auf Chapter 11 des U.S.-Insolvenzrechts oder das Sanierungsverfahren in Eigenverwaltung in den §§ 169 ff. der Österreichischen Insolvenzordnung.

¹³¹ BGBl. I 2011, S. 2582 f.

¹³² Ausführlich und überzeugend dazu Paulus, NZI 2015, 100 ff.

Sicher gibt es Nachjustierungsbedarf, insbesondere was die Zugangsvoraussetzungen betrifft. Ein professioneller, erfahrener Berater beachtet aber schon heute die wesentlichen Forderungen. Viele Vorschläge im Gesamtbericht sind weitgehend – mit den hier dargelegten Einschränkungen – akzeptabel. Viele darüber hinausgehende Vorschläge sind eher von dem Wunsch getragen, die Möglichkeiten der Eigenverwaltung zu beschränken. Die Eigenverwaltung ist letztlich auch zu einem Wirtschaftsfaktor in der sog. Crash-Industry geworden, von der einige, die bislang gut von der Insolvenz

gelebt haben, von der Einnahmequelle zumindest teilweise abgeschnitten wurden und zugleich neue Wettbewerber aufgetreten sind, die an dem ohnehin durch die rückläufige Zahl von Insolvenzen geminderten Umsatz partizipieren, was den bisherigen Beteiligten naturgemäß auch nicht gefallen kann. Es liegt aber an jedem, die Möglichkeiten der Eigenverwaltung ernst zu nehmen und von den damit verbundenen wirtschaftlichen Möglichkeiten zu partizipieren. Vielen, insbesondere auch Insolvenzverwaltern, ist das in hervorragender Weise gelungen.