

Handlungsbedarf nach der ESUG Evaluation?

von Rechtsanwalt Robert Buchalik, Düsseldorf

I. Vorbemerkung

Zwischenzeitlich steht der viel beachtete, lang erwartete und mittlerweile auch bereits oft 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 einige, 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

II. Bewertung der Vorschläge und notwendige Nachjustierungen

Die meisten 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 Vorschlägen 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 bislang einen wichtigen Beitrag geleistet hat.

Gerade in den Beratungen des Rechtsausschusses zum ESUG waren auch diese von den Experten aufgeworfenen Fragen Gegenstand der Diskussion, die aber 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. Einige Vorschläge machen darüber hinaus deutlich – jedenfalls wenn man ihnen folgen würde – dass es bei einer Umsetzung künftig weder eine schnelle noch eine verfahrenssichere Gestaltung von Eigenverwaltungen geben würde. Der Prüfungsaufwand der meisten Kriterien hätte zur Konsequenz, dass vonseiten der Gerichte Sachverständige eingeschaltet bzw. Amtsermittlungen in gehörigem Umfang durchgeführt werden müssten – eine jede Erfolgsaussicht von Sanierungen 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.⁶ Vereinzelt sind Stellungnahmen auch davon geprägt, der jeweiligen Berufsgruppe einen Sondervorteil zu verschaffen. Den wenig praxisnahen Vorschlägen kann im Interesse einer nachhaltigen erfolgreichen Sanierung von Unternehmen und eines für Gläubiger wie Schuldner planungssicher zu gestaltenden Verfahrens deshalb nur z.T. gefolgt werden.

1. Nicht akzeptable Vorschläge

a) Laufende Erfüllung der Bilanzierungs- und Buchführungspflichten⁷

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 von dritter Seite 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.

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 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 So will das Forum 270 festgelegt wissen, dass der Schuldner von einem Eigenverwalter vertreten wird, der über ausgewiesene Erfahrung in der Insolvenzverwaltung und Sanierung von Unternehmen verfügt. Selbstverständlich verfügen die Mitglieder des Forum 270 genau über diese Qualifikation. Dazu Forum 270: Grundsätze für Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung.

7 So u.a. das Thesenpapier des Gravenbrucher Kreises, Stand: Juni 2014, S. 2 und Stand: Oktober 2015, S. 3.

b) Rückstände bei Steuern und Sozialabgaben sowie Erfüllung aller Steuererklärungsspflichten⁸

Bei etwaigen Rückständen mit Steuern und Sozialverbindlichkeiten stellt sich ebenfalls die Frage von Umfang, Intensität und Dauer. Ohne eine eindeutige Vorgabe durch klar definierte Zeiträume wäre Willkür Tür und Tor geöffnet. 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 unzulässigerweise die fälligen Forderungen. Die Tatsache, dass oft noch erhebliche freie Linien oder gar Bankguthaben bestehen, suggerieren auch dem redlichen Unternehmer, dass noch keine Insolvenzantragspflicht besteht. Umso überraschter reagiert er, wenn er im Zuge der Beratung erfährt, dass es für die Ermittlung eines Insolvenzstatus nur auf Guthaben und freie Linien, nicht aber auf fällige Forderungen auf der Aktivseite ankommt. Insgesamt dürfte deshalb die Verletzung von Insolvenzantragspflichten nur bedingt geeignet sein, die Eigenverwaltung auszuschließen, es sei denn, ein Verstoß ist evident und vorsätzlich verursacht.

c) Keine Lohn- und Gehaltsrückstände bei Antragstellung älter als 4 Wochen

Entscheidend sollte nicht der absolute Zeitraum, sondern die Liquiditätsplanung sein. Wenn sie aufzeigt, dass im Verfahren auch längere Rückstände überbrückt werden können oder dies zumindest durch Gesellschafterbeiträge sichergestellt werden kann, spricht nichts dagegen, den Vierwochenzeitraum zu überschreiten.

d) Offensichtliche Verletzung von Insolvenzantragspflichten nach Maßgabe des § 15a InsO⁹

Mit dem Überschreiten der Dreiwochenfrist des § 15a InsO die Eigenverwaltung auszuschließen würde sie vermutlich in die Bedeutungslosigkeit führen. Es ist – wie bereits aufgezeigt – selbst dem Steuerberater nicht immer klar, wann z.B. Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Die Verletzung muss schon evident sein, was es im Einzelfall auch durch das Gericht zu beurteilen gilt. Im Zweifel sollte aber für den eigenverwaltenden Schuldner entschieden werden.

e) Keine offenen Verbindlichkeiten bei Versorgungsunternehmen, deren Leistungen der Schuldner dringend benötigt, um seinen Betrieb fortzuführen.¹⁰

Dieser Vorschlag ist sicher nicht zielführend, denn es ist nicht erkennbar, warum Versorgungsunternehmen privilegiert wer-

den sollten. Auch stellt sich die Frage nach deren Schutzbedürftigkeit. Oft sind es gerade die Versorgungsunternehmen, die trotz klar erkannter Zahlungsschwierigkeiten weiter beliefert haben und damit einen Beitrag zur Insolvenzverschleppung geliefert haben.

f) Keine laufenden strafrechtlichen Ermittlungen gegen den Schuldner

So wird auch gefordert, dass die Zulassung zur Eigenverwaltung zu versagen ist, wenn ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren anhängig oder auch nur wahrscheinlich ist.¹¹ Letztlich käme dies einer Vorverurteilung gleich, denn allein schon eine unberechtigte Strafanzeige verpflichtet die Staatsanwaltschaft zur Aufnahme von Ermittlungen und könnte zur Nichtanordnung der Eigenverwaltung führen. Hier sollte zumindest dem (vorläufigen) Gläubigerausschuss ein Mitspracherecht eingeräumt werden. Auf jeden Fall kommt es auf die Beurteilung des Einzelfalls an, eine pauschale Vorverurteilung ist in jedem Fall abzulehnen.

g) Benennung der Mitglieder eines repräsentativ besetzten Gläubigerausschusses bei Antragstellung¹²

Gemeint sein können nur die Fälle, in denen ein Pflichtausschuss besteht. Gleichwohl ist die verbindliche Benennung zu Beginn eines Verfahrens nicht immer möglich und manchmal auch nicht sinnvoll. Banken, mit denen regelmäßig ein Vorgespräch zu führen sein wird, müssen sich erst untereinander abstimmen, Arbeitnehmer, die vor Antragstellung eingebunden werden, können die Vertraulichkeit des Verfahrens gefährden und nicht zuletzt will auch das Gericht zu Recht ein Mitspracherecht haben.

h) Keine ausreichende Unterstützung durch die wesentlichen Gläubiger¹³

Bei der Frage der Stakeholderunterstützung muss differenziert werden: Soll die Unterstützung nur aller relevanten Stakeholder vorliegen oder gar aller Stakeholder? Sind gesicherte Gläubiger so 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

8 So das Thesenpapier des Gravenbrucher Kreises, Stand: Juni 2014, S. 2 und Stand: Oktober 2015, S. 3, sowie Report RWS Forum: Nach der Evaluation ist vor der Reform, ZIP 48/2018, 2340 sowie Report RWS Forum: Nach der Evaluation ist vor der Reform, ZIP 48/2018, 2340.

9 Gesamtbericht, S. 79 Nr. 8.

10 Pape, ZInsO 2018, 2725, 2727.

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

12 Entschließung Deutscher Gläubigerkongress, 2015, S. 2.

13 Gesamtbericht, S. 79 Nr. 8.

zwingend ankommt. Die Frage nach der Stakeholderunterstützung ist 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.

i) 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,¹⁴ denn das würde die Eigenverwaltung wieder näher an die Bedeutungslosigkeit heranführen 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 KMU's in Europa zu stärken und eine Kultur der 2. Chance zu fördern.¹⁵

Zudem findet ein nicht unerheblicher Teil der Eigenverwaltungen bislang deutlich unterhalb der Grenzen des § 22a InsO statt.¹⁶ 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.¹⁷ Auch der Gesamtbericht kommt zu dem Ergebnis, dass die Eigenverwaltungsverfahren für Unternehmen aller Größenklassen genutzt wurden.¹⁸ Fehlende Aufklärung über Existenz und Gestaltungsmöglichkeiten von Eigenverwaltungen verhindern noch deren häufigere Anwendung.¹⁹ 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 denen 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 10 Mio.€) waren es 54 (78 %) von 79 Verfahren, bei denen ein bestätigter Insolvenzplan vorliegt. Sechs (8 %) Verfahren endeten mit einem Asset Deal und zehn (14 %) Verfahren mit einer Regelinsolvenz. Dies ist ein eindeutiger Beleg dafür, dass es gerade 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 %

j) Stärkung der richterlichen Entscheidungsbefugnisse

Im Gesamtbericht zur ESUG-Evaluation werden immer wieder die Möglichkeiten zum Missbrauch der ESUG-Verfahren und die Zusammensetzung der Gläubigerausschüsse durch Family & Friends beklagt.²⁰ Auch wird im Gesamtbericht hervorgehoben, dass das ESUG die wechselseitigen Abhängigkeiten zwischen Beratern, Verwaltern, Sachwaltern und Profi-

14 *Brinkmann*, in: RWS Forum, ESUG Evaluation, ZIP 48/2018, 240; *ders./Denkhaus/Horstkotte/Schmidt/Westphal/Wierzbinski/Ziegenhagen*, ZIP 2017, 2430, Block 2, These 2.

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

16 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 sechs 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. Euro aus. Statistische Daten zu den Bilanzsummen der insolventen Unternehmen liegen nicht vor“.

17 In der Beschlussempfehlung und des Berichts des Rechtsausschusses zu BT-Drucks. 17/5712, BT-Drucks. 17/5711, S. 33 f. heißt es zur Anhebung der Schwellenwerte: „Auf Anregung des Bundesrats werden die 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“.

18 Gesamtbericht, S. 15.

19 Vgl. dazu die gemeinsame Pressemitteilung des Deutschen Instituts für angewandtes Insolvenzrecht e.V. (DIAI)/der Creditreform und des BV ESUG v. 18.11.2016, S. 2 (<https://www.creditreform.com/news/news/newslst/news-detail/unternehmer-sehen-insolvenzverfahren-als-2-chance.html>).

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

gläubigern nicht ausreichend adressiert habe. Das Gesetz begünstige z.T. schuldnerfreundliche Strategien, obwohl es ja gerade ein wesentliches Ziel des ESUG gewesen ist, Vorbehalten von Schuldnern 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 insoweit auch die Abhängigkeit des Sachwalters vom Berater zu verringern.²¹ Dem Gericht sollte zumindest die Möglichkeit eingeräumt werden, ihre Sachwalterentscheidung vor einer Antragstellung zu erörtern.

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 *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 immer 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.²² 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 wenig einstimmige Beschlüsse geben, die gerichtliche Entscheidungen aufheben. Die beiden bekannten Fälle wie der Fall „Dailycer“ und die Fallstudie 4 aus dem Gesamtbericht gehörten durchaus in den Bereich sachwidriger Entscheidungen des Gerichts. I.Ü. ist es deshalb wohl auch die Gruppe der Richter und Rechtspfleger, die laut dem Gesamtbericht praktisch keine Missbrauchsanfälligkeit sehen (Mittelwert 2,15). Aber auch alle anderen Gruppen liegen unter dem Mittelwert.²³ Richter und Rechtspfleger haben auch keinen Zweifel an der Unabhängigkeit der Verwalter (Mittelwert 1,67).

2. Notwendige Nachjustierungen

a) Vorlage einer Verfahrens- und Sanierungsplanung sowie einer belastbaren Liquiditätsplanung²⁴

Weitgehend zuzustimmen ist der Forderung nach der Vorlage einer konkreten Verfahrens- und Sanierungsplanung und einer belastbaren Liquiditätsplanung, zumindest bis zur geplanten Verfahrensaufhebung.²⁵ Das war letztendlich auch das Ergebnis der Befragung im Rahmen des Evaluierungsberichts.²⁶ 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, oder dass das Geschäftsmodell nicht tragfähig ist oder das Unternehmen bspw. keine Kunden mehr hat, mit denen der geplante Umsatz erwirtschaftet werden kann, macht die Sanierung in Eigenverwaltung keinen Sinn.

Allerdings dürfen die Anforderungen auch nicht überzogen werden. Denn wenn das Unternehmen bereits zahlungsunfähig ist, ist ein zu langes Zuwarten, um ein Sanierungskonzept und eine Liquiditätsplanung über das Verfahrensende hinaus zu erstellen, schon aus Haftungsgesichtspunkten nicht vertretbar. Berücksichtigt werden muss hierbei, dass ohne belastbares Sanierungskonzept auch keine belastbare Liquiditätsplanung möglich ist. Zur Erstellung eines Sanierungskonzeptes werden aber i.d.R. – abhängig von der Unternehmensgröße – 4–6 Wochen benötigt. Allerdings sollte zumindest eine plau-

21 Gesamtbericht, S. 99 III. 8.

22 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.

23 Gesamtbericht, S. 41, 42.

24 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, S. 11.

25 Gesamtbericht, S. 22, 56.

26 Gesamtbericht, S. 22.

sibel nachvollziehbare Sanierungsidee kommuniziert werden. Das ist regelmäßig auch innerhalb weniger Tage darstellbar. Gleiches gilt insoweit für die Liquiditätsplanung, die auf der Grundlage dieser Sanierungsidee zu erstellen ist und die zumindest bis zum Verfahrensende reichen muss. Denn, wenn schon die Liquidität nicht ausreicht, um das Ende des Verfahrens zu „erleben“, macht die Eigenverwaltung wenig Sinn. Dies gilt umso mehr, als im Rahmen des Verfahrens erhebliche Liquiditätsquellen erschlossen werden, mit denen mindestens das Verfahrensende sicher erreicht werden muss.

Werden die vorstehenden Aspekte aber beachtet, liegen die Erfolgswahrscheinlichkeiten eines Eigenverwaltungsverfahrens und damit auch die Befriedigungsaussichten für die Gläubiger weit über den im Gesamtbericht und der Boston Consulting Group (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 Verfahren²⁷ und bleibt damit schon heute weit hinter den i.d.R. zweistelligen Quoten zurück, die im Rahmen von Eigenverwaltungen für die Gläubiger erzielt werden.

b) Sanierungsexpertise des Schuldners²⁸

Ein wesentlicher Aspekt wird im Gesamtbericht zu wenig beleuchtet, nämlich die Sanierungs- und Insolvenzexpertise des eigenverwaltenden Schuldners.²⁹ Hier fordern fast alle Beteiligten und auch der BGH³⁰ zu Recht, dass Eigenverwaltung notwendigerweise eine entsprechende Sanierungs- und Insolvenzexpertise entweder beim eigenverwaltenden Schuldner oder seinen Beratern voraussetzt. Das wird zwar auch im Gesamtbericht so gesehen, gleichwohl soll zumindest die Festschreibung des Einsatzes eines Chief Restructuring Officer (CRO) nach Hinweisen aus Rechtsprechung und Literatur nicht zwingend angezeigt sein.³¹ 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.³² 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.

c) Laufender Geschäftsbetrieb bei Antragstellung³³

Grds. zuzustimmen ist der Forderung nach einem laufenden Geschäftsbetrieb bei Antragstellung. Ist der Geschäftsbetrieb bereits eingestellt, ist dies ein deutliches Zeichen für eine weit fortgeschrittene Insolvenzreife und einer zu späten Antragstel-

lung. Die Unwägbarkeiten, die mit einer Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs verbunden sind, sollten einer Regelinsolvenz vorbehalten bleiben.

d) 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.³⁴

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.³⁵ 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.³⁶ Auch ein Negativkatalog mit Versagungsgründen machte Sinn, allerdings wäre mit diesem aus den vorstehend genannten Argumenten zurückhaltend umzugehen. Vorteil dieser Vorgehensweise wäre es zweifelsohne, dass die Definition des Nachteilbegriffs nicht mehr im freien Gerichtsermessen läge.

e) Klare Sanierungsorientierung³⁷

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*³⁸ hat in seinem Beitrag kritisiert, dass der Gesetzgeber, statt den Aspekt der Betriebsfortführung in den Vordergrund zu stellen, im Rahmen von § 270 InsO eine Nachteilsprüfung anhand 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.a.R. auf eine Restrukturierung

27 So auch die BCG Studie, „Sechs Jahre ESUG“.

28 DAV Stellungnahme, S. 11.

29 Gesamtbericht, S. 75 ff.

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

31 Gesamtbericht, S. 75 f.

32 Gesamtbericht, S. 75 f.

33 Entschliebung der BAK*insO* Jahrestagung 2014, S. 3.

34 Gesamtbericht, S. 55.

35 Gesamtbericht, S. 77 Option 4.

36 Gesamtbericht, S. 77 Option 4.

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

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

des Schuldnerunternehmens durch einen Insolvenzplan abzielt.³⁹ 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.⁴⁰

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 ESUG⁴¹ 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.⁴²

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.

f) Kein Ausschluss der Liquidation in der Eigenverwaltung

Auch wenn die klare Sanierungsorientierung im Vordergrund steht, darf die Liquidation in Eigenverwaltung nicht ausgeschlossen werden. Jedenfalls sollte dies dann gelten, wenn in der Liquidation eine 100 % Befriedigung der Gläubiger angestrebt wird. Eine Liquidation außerhalb eines Insolvenzverfahrens scheidet oft an den überzogenen Forderungen der Arbeitnehmer, wodurch die vollständige oder zumindest bestmögliche Befriedigung aller Gläubiger gefährdet wird. Reduziert man die Arbeitnehmerrechte auf das, was ihnen die InsO zusteht, gelingt aber eher eine hohe oder vollständige Gläubigerbefriedigung. Auch werden an der InsVV orientierte hohe Vergütungen des Insolvenzverwalters vermieden, was wiederum den Gläubigern zugutekommt. Die Beraterkosten dürften deutlich niedriger als in einem Sanierungsverfahren ausfallen, wobei darauf zu achten ist, dass der Berater nicht analog der InsVV, sondern nach Aufwand vergütet wird.

III. 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 aus Sicht des Verfassers und den Erhebungen der Praxis an der fehlenden Aufklärung im Allgemeinen, aber auch daran, dass insbesondere Insolvenzverwalter kriselnden Unternehmen eher zur Regelinsolvenz als zur Eigenverwaltung raten. Einerseits ist das ESUG mittlerweile Normalität, andererseits ist der Wandel in eine andere Insolvenzkultur noch nicht gelungen. Das liegt nicht allein daran, dass das Stigma der Insolvenz 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 Zweiten 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 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 Gläubi-

39 Hofmann, in Kübler, HRI – Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz, 2. Aufl. 2015, § 7 Rn. 172.

40 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 InsO.

41 Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, BGBl. I 2011, S. 2582 f.

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

gerausschusses. 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.

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 weit-

gehend – 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.