



Foto: iilly/fotolia

EVALUIERUNG, KURZBERICHT

Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011

Prof. Dr. F. Jacoby, Prof. Dr. S. Madaus, Prof. Dr. D. Sack, H. Schmidt, Prof. Dr. C. Thole

Inhalt

A.	Anlass	1
B.	Ziele und Methoden des Forschungsvorhabens	2
I.	Statistische Analyse der ESUG-Verfahren mit Eigenverwaltung	2
II.	Strukturierte ESUG-Befragung	2
III.	Rechtswissenschaftliche Bewertung des ESUG	3
IV.	Qualitative Untersuchung von ESUG-Verfahren	3
C.	Beteiligte Forscher	3
D.	Ergebnisse der statistischen Analyse	4
E.	Ergebnisse der Befragung	4
I.	Schutzschirmverfahren und Eigenverwaltung – Erfahrungen und Bewertungen.....	6
II.	ESUG-Regelungen zum Insolvenzplan – Erfahrungen und Bewertungen.....	8
III.	Gläubigerausschuss und Insolvenzverwalter – Erfahrungen und Bewertungen.....	8
IV.	Aufgabenverteilung von Richtern und Rechtspflegern – Erfahrungen und Bewertungen	9
F.	Ergebnisse der rechtswissenschaftlichen Bewertung	10
I.	Die Rezeption des ESUG	10
II.	Die Eigenverwaltung.....	10
III.	Das Insolvenzplanverfahren	14
IV.	Auswahl des Insolvenzverwalters.....	18
V.	Gerichtsorganisation.....	19
G.	Ausblick auf weiteren Reformbedarf.....	20

Im Sinne der Lesbarkeit wird im gesamten Bericht das generische Maskulinum verwendet. Wenn nicht anders erwähnt, werden damit jedoch keine geschlechtsspezifischen Aussagen getroffen.

A. Anlass

Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7.12.2011 (BGBl. I S. 2582) ist in seinen wesentlichen Teilen am 1.3.2012 in Kraft getreten. Mit dem ESUG sollten die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Sanierung notleidender Unternehmen verbessert werden und die Voraussetzungen für die Ausbildung einer Sanierungskultur geschaffen werden, in welcher das Insolvenzverfahren auch als „Chance zur Sanierung“ verstanden und genutzt wird.

Mit Beschluss des Deutschen Bundestages vom 27.10.2011 wurde die Bundesregierung verpflichtet, die Erfahrungen mit der Anwendung des Gesetzes fünf Jahre nach dessen Inkrafttreten zu evaluieren und auf dieser Grundlage dem Deutschen Bundestag unverzüglich Bericht zu erstatten.

Die Evaluation umfasst den Zeitraum 1.3.2012 bis 28.2.2017 und geht insbesondere folgenden Leitfragen nach:

1. In welchem Umfang hat sich der stärkere Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters auf dessen Unabhängigkeit ausgewirkt? Ist es im nennenswerten Umfang vorgekommen, dass im Interesse einzelner Gläubiger Verwalter bestellt wurden, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben?
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 im nennenswerten Umfang grob egoistische Strategien ermöglicht, die sich letztlich zum Nachteil der Unternehmen und ihrer Arbeitnehmer ausgewirkt haben?
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 § 270b InsO noch ein Bedürfnis für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren gesehen?
4. Ist die Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger angemessen oder sollte im Interesse einer effektiven Verfahrensabwicklung die funktionelle Zuständigkeit neu austariert werden?

B. Ziele und Methoden des Forschungsvorhabens

Dieses Forschungsvorhaben zielt darauf ab, eine Grundlage für den Bericht der Bundesregierung an den Bundestag zu schaffen. Anhand einer Auswertung der Erfahrungen mit dem ESUG sollen dessen Auswirkungen auf die Praxis der Unternehmenssanierung in Deutschland umfassend untersucht und dargestellt werden.

Darüber hinaus soll ermittelt werden, ob Bedarf besteht, die Sanierungsinstrumentarien mit Blick auf die Besonderheiten kleinerer und größerer Unternehmen fortzuentwickeln. Einzugelassen ist weiter auf etwaige Sanierungshindernisse, die durch das ESUG nicht beseitigt wurden oder im Zuge der Anwendung des ESUG sichtbar geworden sind. Um diese Ziele zu erreichen, geht die Untersuchung in ihren vier Teilen folgenden Weg:

I. Statistische Analyse der ESUG-Verfahren mit Eigenverwaltung

Der erste Teil beinhaltet eine statistische Analyse von 1.609 Eigenverwaltungsverfahren (1.3.2012-28.2.2017). Es handelt sich hier um eine Vollerhebung aller bekannten Eigenverwaltungsverfahren im genannten Zeitraum, in denen Sicherungsanordnungen nach § 270a InsO oder § 270b InsO oder/und eine Eröffnung des Verfahrens in Eigenverwaltung erfolgten.

Diese statistische Auswertung zielte nicht nur darauf ab zu ermitteln, wie viele Eigenverwaltungsverfahren es in dem genannten Evaluationszeitraum gab, sondern auch darauf, in welcher Weise die Möglichkeiten des ESUG genutzt wurden, ob die Nutzung der Eigenverwaltungsverfahren von bestimmten Struktureigenschaften der Unternehmen (Unternehmensklassen) abhängig war, und schließlich, ob es zu einer Ballung entsprechender Verfahren an einzelnen Gerichtsstandorten gekommen ist.

II. Strukturierte ESUG-Befragung

Im zweiten Teil werden die Ergebnisse einer strukturierten Befragung vorgelegt. Adressiert wurden Insolvenzrechtsexperten, u.a. Insolvenzverwalter und Sachwalter, Sanierungs- und Unternehmensberater, Richter, Rechtspfleger, Geschäftsleiter, Gläubiger und Mitglieder in Gläubigerausschüssen. Insgesamt konnten 825 Fragebögen in die Analyse einbezogen werden. Diese Grundgesamtheit (N=825) und der Rücklauf (ca. 41%) sind erkennbar größer gewesen als bei vergleichbaren Erhebungen im Feld (ca. 140 Fragebögen bei 6% Rücklauf bei Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2017). Die Repräsentativität über die unterschiedlichen Regionen wie auch der verschiedenen, an Insolvenzverfahren beteiligten Gruppen ist mit der Befragung gewährleistet worden.

Der standardisierte Fragebogen war wie folgt aufgebaut: Nach der Erhebung statistischer Daten zu den Befragungspersonen wurden zunächst deren konkrete Erfahrungen mit den ESUG-Verfahren erhoben. Es wurden anschließend Fragen zur Bewertung des ESUG gestellt. Der Fragebogen schloss mit einer Gesamtbewertung des ESUG ab. Die Fragen gingen allesamt von den dieser Untersuchung zugrunde liegenden Leitfragen aus, die der Deutsche Bundestag an die Bundesregierung adressiert hat.

III. Rechtswissenschaftliche Bewertung des ESUG

Der dritte Teil enthält eine rechtswissenschaftliche Analyse des ESUG. Dazu wurde die bisher ergangene Rechtsprechung sowohl der Obergerichte als auch der Instanzgerichte, insbesondere der Insolvenzgerichte, ausgewertet ebenso wie die in Fachzeitschriften veröffentlichten wissenschaftlichen Aufsätze. Ferner werden ausgehend von den Ergebnissen der eigenen statistischen Analyse aus Teil 1 und der strukturierten Befragung aus Teil 2 die veröffentlichten rechtspolitischen Stellungnahmen zur Evaluation und zum Reformbedarf des ESUG einbezogen, ebenso wie weitere empirische Studien und Befragungsergebnisse. Auf dieser Grundlage werden Handlungsoptionen für einzelne Themen innerhalb der vier Leitfragen der Evaluation identifiziert und Empfehlungen formuliert.

IV. Qualitative Untersuchung von ESUG-Verfahren

Im vierten Teil erfolgt die qualitative Untersuchung von 15 Einzelfällen anhand einer anonymisierten Auswertung von Gerichtsakten. Die untersuchten ESUG-Verfahren (Verfahren, in denen durch das ESUG geschaffene Neuregelungen relevant wurden) waren bewusst nicht repräsentativ ausgesucht, sondern sie sollen die quantitativen Ergebnisse der Erhebung sowie die Erkenntnisse aus der rechtswissenschaftlichen Analyse validieren helfen.

C. Beteiligte Forscher

Das Forscherteam besteht aus

- Prof. Dr. Florian Jacoby, Fakultät für Rechtswissenschaft, Universität Bielefeld,
- Prof. Dr. Stephan Madaus, Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg,
- Prof. Dr. Detlef Sack, Fakultät für Soziologie, Universität Bielefeld,
- Heinz Schmidt, Geschäftsführer Verlag INDat GmbH und Geschäftsführender Gesellschafter WBDat GmbH, Köln,

- Prof. Dr. Christoph Thole, Dipl.-Kfm., Rechtswissenschaftliche Fakultät, Institut für Verfahrensrecht und Insolvenzrecht sowie Institut für Internationales und Europäisches Insolvenzrecht, Universität zu Köln.

Das Forscherteam wurde bei der Durchführung und der Datenanalyse der strukturierten Befragung unterstützt von Lucas Scheliga, Berlin.

D. Ergebnisse der statistischen Analyse

Die statistische Analyse der ESUG-Verfahren mit Eigenverwaltung (1.3.2012-28.2.2017) zeigt, dass diese einen Anteil von ca. 3,5% an allen deutschen Insolvenzverfahren in dem benannten Zeitraum hatten. Festzuhalten ist, dass Eigenverwaltungsverfahren deutlich überproportional bei größeren Unternehmen angewandt wurden. Ihr Anwendungsbereich lag vor allem bei Insolvenzen von Unternehmen mit mehr als 50 Beschäftigte und ab 10 Mio. € Jahresumsatz.

In den vergangenen fünf Jahren sind die eingeführten Verfahrensmöglichkeiten des ESUG in ihrer Breite und in unterschiedlichen Kombinationsmöglichkeiten genutzt worden. Festzustellen ist im Zeitverlauf eine etwas geringere Nutzung der Eröffnung der Insolvenzverfahren nach § 270b InsO.

Ca. 28% der Eigenverwaltungsverfahren wurden mit einer Aufhebung nach § 258 InsO, also durch einen Insolvenzplan beendet.

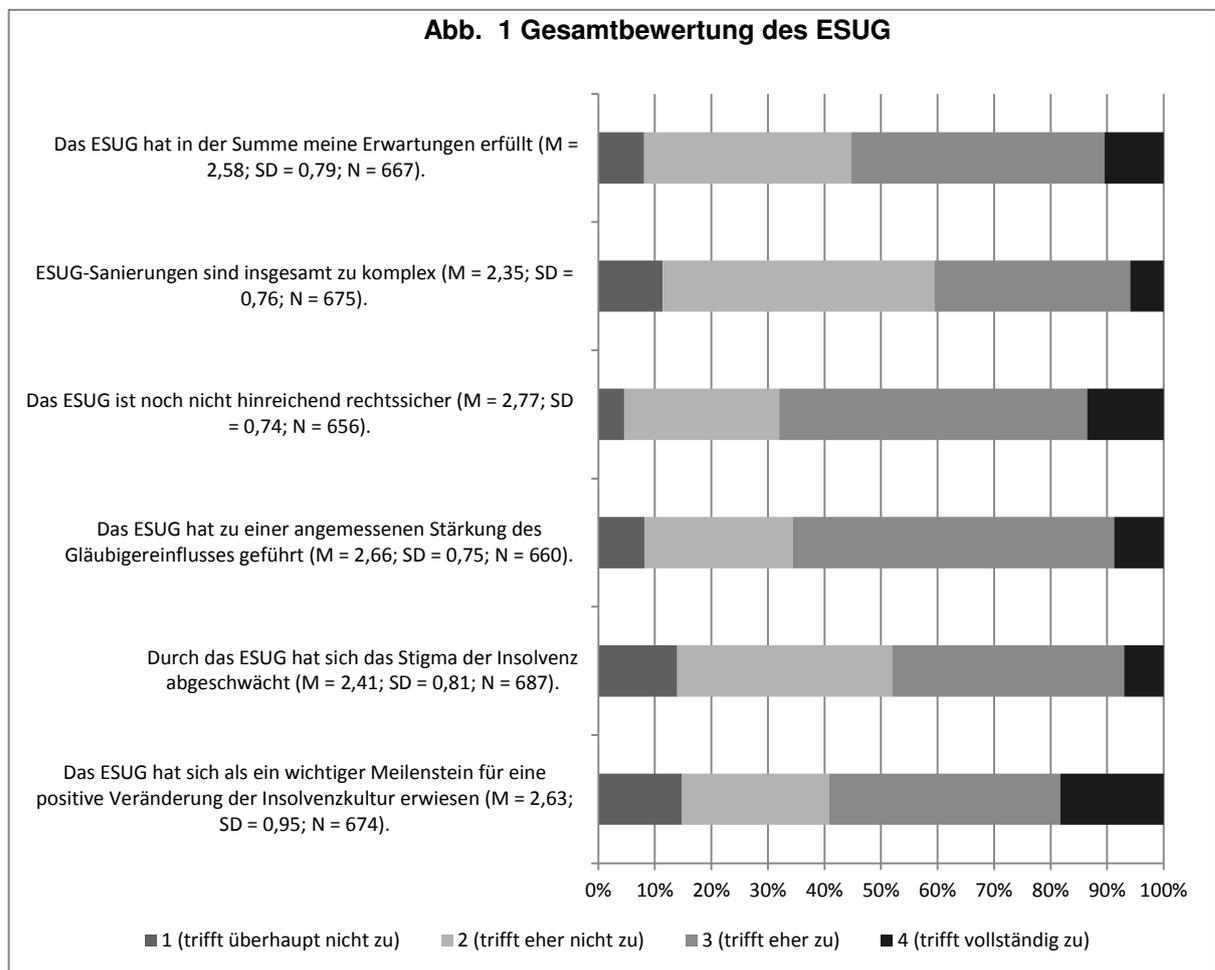
Die Eigenverwaltungsverfahren wurden in den letzten fünf Jahren an 168 Gerichtstandorten durchgeführt. Allerdings konzentrieren sich über zwei Drittel der Verfahren auf gut 27% der Standorte. Ein systematischer Zusammenhang zwischen dem Umfang der Befassung mit Eigenverwaltungsverfahren an einem Gerichtsstandort bzw. deren Verteilung in den Bundesländern mit dem Verfahrensausgang ist nicht festzustellen.

E. Ergebnisse der Befragung

Die Befragung hat ergeben, dass das ESUG in der Summe die Erwartungen eher erfüllt hat.¹ Es wird als ein wichtiger Meilenstein für eine positive Veränderung der Insolvenzkultur gesehen. Es hat eher zu einer angemessenen Stärkung des Gläubigereinflusses geführt und

¹ Abbildung 1 zeigt die jeweilige Verteilung der Antworten. Ausgewiesen sind der Mittelwert (M), die Standardabweichung (SD) und die Anzahl der Antworten zur jeweiligen Frage (N). Der Referenzwert für den Mittelwert ist 2,5. Höhere Werte zeigen eine höhere Zustimmung zur Frage an.

erscheint auch nicht zu komplex. Das Stigma der Insolvenz hat sich nur leicht abgeschwächt. Verbesserungsbedarf wird bei der Rechtssicherheit gesehen.

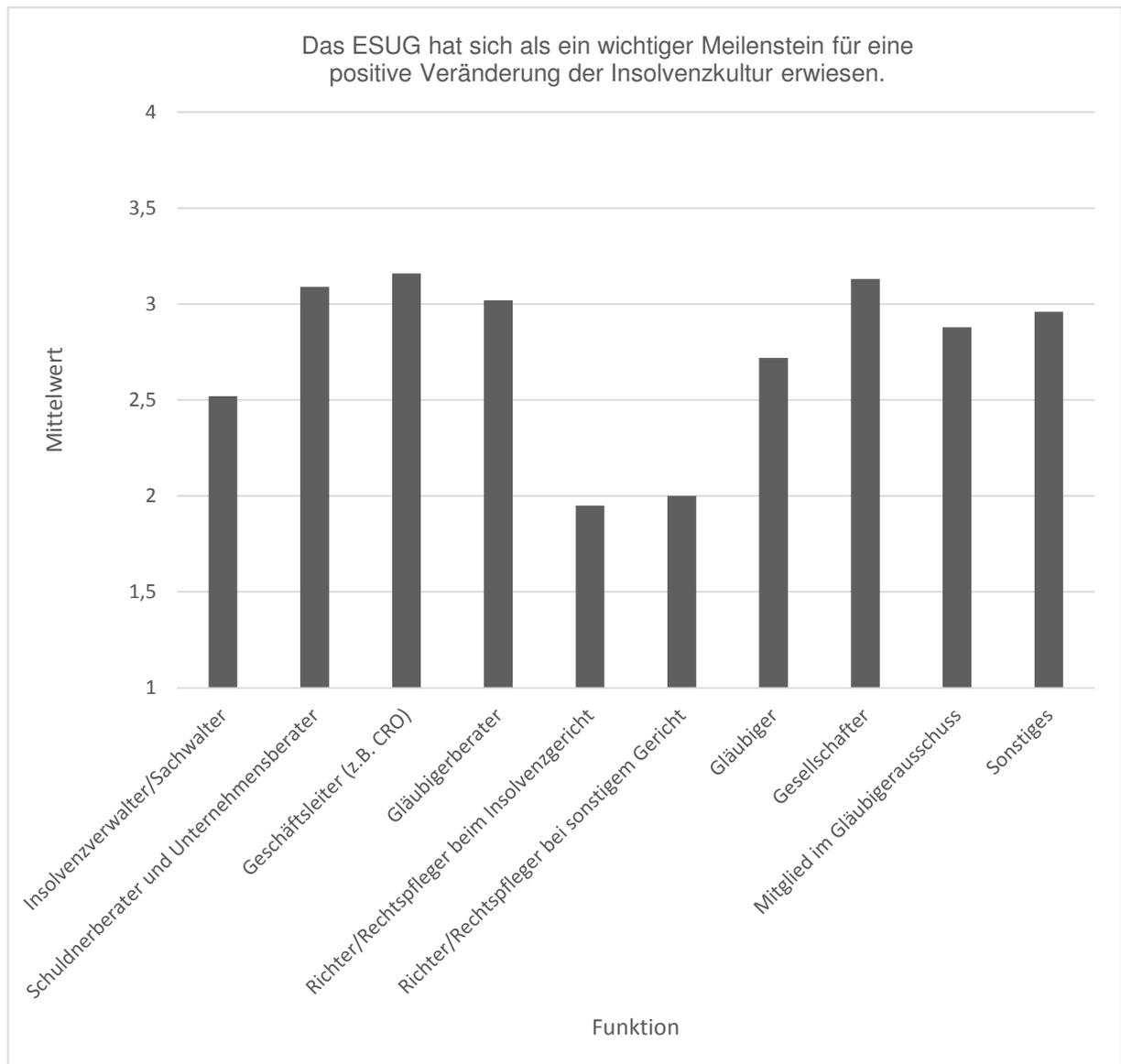


Bei der Bewertung des ESUG zeigen sich deutliche Unterschiede zwischen den verschiedenen Gruppen der Insolvenzrechtsexperten: Schuldner- und Unternehmensberater, Geschäftsleiter wie auch Gläubiger, Gläubigerberater und Mitglieder im Gläubigerausschuss bewerten das ESUG positiv und sehen ihre Erwartungen eher als erfüllt an. Die Insolvenzverwalter und Sachwalter bewerten es als befriedigend. Richter und Rechtspfleger stehen dem ESUG eher skeptisch gegenüber. Insofern ist mit dem ESUG aus der Sicht der befragten Experten die Position der Gläubiger erkennbar gestärkt worden.

Eine skeptische Gesamtbewertung des ESUG wird zudem – so zeigen die Zusammenhänge zwischen den Antworten der Befragten – insgesamt durch die Erfahrung geprägt, dass die vorläufige Eigenverwaltung bei dafür nicht geeigneten Schuldnern angeordnet worden sei und dass mit einer Eigenverwaltung hohe Zusatzkosten verbunden gewesen seien. Eine positive Gesamtbewertung wird insbesondere durch die Erfahrung bestimmt, dass sich

der praktische Anwendungsbereich für Planlösungen erweitert habe und dass die neuen Planbefugnisse die Kooperationsbereitschaft der Gesellschafter erhöht hätten.

Abb. 2 ESUG als Meilenstein der Insolvenzkultur



I. Schutzschirmverfahren und Eigenverwaltung – Erfahrungen und Bewertungen

Die Befragung zeigt zunächst, dass die Befragten größere Erfahrungen mit § 270a InsO-Verfahren als mit § 270b InsO-Verfahren haben. Gruppenspezifisch weisen die Richter und Rechtspfleger hier die relativ geringste diesbezügliche Erfahrung aus. Das § 270b InsO-

Verfahren wird hinsichtlich der frühzeitigen Antragstellung auch leicht skeptisch eingeschätzt. Die unklare Rechtslage hinsichtlich der Masseverbindlichkeiten in § 270a InsO wird insgesamt eher als Sanierungshemmnis gesehen. Auch wurden die Zusatzkosten der Eigenverwaltung als eher kritisch markiert, insbesondere von den Richtern und Rechtspflegern. Die Rolle des Sachwalters wurde als aktiv wahrgenommen. Er musste ggf. die Aufgaben eines Insolvenzverwalters wahrnehmen. Die Zusammenarbeit mit Schuldnern und deren Beratern wurde als eher problemlos angesehen. Die Rolle des Sachwalters ist über die verschiedenen Fragen hinweg insgesamt eher positiv gewürdigt worden. Es fällt jedoch auf, dass die Richter und Rechtspfleger die Rolle des Sachwalters in der Tendenz eher etwas skeptischer sehen. Es ist zudem festgestellt worden, dass die Gesellschafter und Geschäftsleiter sich strategisch zuungunsten der Gläubiger verhalten. Dies wird eher von Beschäftigten in Banken, Finanzverwaltungen und Sozialversicherträgern wie auch von Insolvenzverwaltern/Sachwaltern und bei Gläubigern so gesehen. Als maßgebliche Erfolgsfaktoren der Eigenverwaltung werden besonders häufig die Vorabstimmung der Antragstellung mit dem Insolvenzgericht, die Antragstellung mit plausiblen Sanierungskonzept inkl. Liquiditätsplanung aus Sicht der Befragten und die Unterstützung wesentlicher Gläubiger und Stakeholder im Vorfeld genannt.

Deutliche Vorteile des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO werden eher nicht gesehen. Die Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 InsO wird eher nicht als taugliche Verfahrensgrundlage betrachtet. Die Möglichkeit, den Sachwalter im Schutzschirmverfahren „mitzubringen“, wird besonders von den Schuldner- und Unternehmensberatern wie auch den Geschäftsleitern als sinnvoll und wichtig erachtet, weniger jedoch von den Richtern und Rechtspflegern. Die Eigenverwaltung wird insgesamt eher nicht zu häufig angeordnet. Gleichzeitig sollte die Möglichkeit der Aufhebung der Eigenverwaltung erleichtert werden. Diese Meinung wird von Beschäftigten aus Banken, Finanzen und Sozialversicherungen wie auch den Gläubigern vertreten. Große Zustimmung erfahren die Aussagen, dass es klar definierte Gründe geben sollte, bei deren Eintritt die Eigenverwaltung zwingend nicht anzuordnen bzw. aufzuheben ist. Ähnlich deutlich wird konstatiert, dass die Organe des eigenverwaltenden Schuldners in der Eigenverwaltung den Gläubigern unmittelbar haften sollten wie ein Insolvenzverwalter. Die höchsten Zustimmungswerte erfährt aber die Aussage, dass Aufgabenbereich und Vergütung eines (vorläufigen) Sachwalters gesetzlich klarer umrissen werden sollten. Er sollte auch mehr Einflussmöglichkeiten bekommen und seine Unabhängigkeit gestärkt werden. Diese Aussage wird insbesondere von Insolvenzverwaltern und Sachwaltern, von Richtern und Rechtspflegern wie auch von Finanzverwaltungen, Sozialversicherungen und Gläubigern als zutreffend bezeichnet. Die Frage danach, ob trotz § 270b InsO ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren notwendig sei, wird eher abschlägig beschieden.

Besonders deutlich sehen dies Insolvenzverwalter und Sachwalter wie auch Richter und Rechtspfleger, Finanzverwaltungen und Sozialversicherungsträger so. Wenn ein vorinsolvenzliches Verfahren eingeführt werden sollte, dann sollte es durch Schwellenwerte auf größere Unternehmen beschränkt sein.

II. ESUG-Regelungen zum Insolvenzplan – Erfahrungen und Bewertungen

Hinsichtlich der Erfahrungen mit den ESUG-Regelungen zum Insolvenzplan ist festzuhalten, dass hier in einem ähnlichen Ausmaß Erfahrungen vorliegen wie zum § 270a InsO-Verfahren. Besonders hervorzuheben ist hier die verbreitete Einschätzung, dass das Planverfahren im Wesentlichen gut funktioniert hat. Mit dem ESUG habe sich zudem der praktische Anwendungsbereich der Planlösung erheblich erweitert. Von den Befragten werden Nachteile für die Unternehmer und Arbeitnehmer beim Insolvenzplan eher nicht gesehen. Die neuen Planbefugnisse haben die Kooperationsbereitschaft der Gesellschafter in der Insolvenz erhöht. Von der Möglichkeit, über einen Insolvenzplan in die Rechtsstellung von Gesellschaftern einzugreifen, wurde im eher geringen Maße Gebrauch gemacht. Die Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital wurde eher im geringen Maße genutzt und führt aber auch nicht zu Nachteilen für Unternehmen und Arbeitnehmer.

Bei den Bewertungen zum Insolvenzplan fällt zunächst die Auffassung auf, dass die Position der bisherigen Gesellschafter im Planverfahren angemessen berücksichtigt wird. Eine Verbesserung der Rechtsstellung der Minderheitsgesellschafter wird eher abgelehnt. Das Freigabeverfahren nach § 253 Abs. 4 InsO sollte beibehalten werden. Der Aussage, dass der Gesetzgeber materielle Präklusionsklauseln mit Blick auf sog. Nachzügler zulassen sollte, wird im Durchschnitt ebenfalls deutlich zugestimmt. Es sind hier die Insolvenzverwalter und Sachwalter, Schuldner- und Unternehmensberater wie auch die Geschäftsleiter, die diese Meinung vertreten. Dass ein Insolvenzplan auch dazu dienen können sollte, die Verwalter-/Sachwaltervergütung verbindlich für das Festsetzungsverfahren nach § 64 InsO regeln zu können, wird ebenfalls von diesen Gruppen überproportional vertreten.

III. Gläubigerausschuss und Insolvenzverwalter – Erfahrungen und Bewertungen

Mit Bezug auf die Erfahrungen mit ESUG-Regelungen zum Gläubigerausschuss und zur Auswahl und Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters zeigt die Befragung, dass die Gerichte den einstimmigen Vorschlägen zur Person des Verwalters nach § 56a Abs. 2 InsO eher gefolgt sind und sie stärker auf Anregungen der Gläubigerseite eingegangen sind. Der stärkere

Gläubigereinfluss hat sich auch auf das Verfahren ausgewirkt. Somit hat sich der Gläubigerausschuss als wichtiges Organ der Verfahrensabwicklung erwiesen. Auch sind aus der Stärkung der Gläubigerseite im eher geringeren Maße negative Folgen hinsichtlich der Unabhängigkeit der Insolvenzverwalter oder auf die Geltendmachung von Ansprüchen erwachsen. Umstritten ist, ob es häufig vorkam, dass im Interesse einzelner Gläubiger Insolvenzverwalter bestellt wurden, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben. Insolvenzverwalter und Sachwalter schätzen dies eher so ein, Richter und Rechtspfleger eher nicht.

Die Auffassungen zum Gläubigerausschuss und zur Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters unterscheiden sich gruppenspezifisch recht deutlich. Es sind die Vertreter von Banken, Finanzverwaltungen und Sozialversicherungsträgern wie auch die Gläubiger und Mitglieder im Gläubigerausschuss, nach deren Meinung die Haftung von Mitgliedern des Gläubigerausschusses beschränkt werden sollte. Die Forderung nach einer Vergütung wird überproportional von Gläubigern, Gläubigerberatern und Mitgliedern im Gläubigerausschuss wie auch von Insolvenzverwaltern und Sachwaltern erhoben. Richter und Rechtspfleger stehen beiden Anliegen eher distanziert gegenüber. In noch deutlicherer Form wird von Richtern und Rechtspflegern abgelehnt, einen vor-vorläufigen Gläubigerausschuss mit der Kompetenz auszustatten, den Verwalter verbindlich auszuwählen (§ 56a Abs. 2 InsO). Dieses befürworten Schuldner- und Unternehmensberater, Geschäftsleiter wie auch Gläubiger, Gläubigerberater und Mitglieder im Gläubigerausschuss. Umgekehrt erstaunt es dann nicht, dass Richter und Rechtspfleger deutlich überproportional die Verwalterauswahl wieder gänzlich dem Insolvenzgericht zuordnen möchten. Die Bildung eines vor-vorläufigen Gläubigerausschusses zum Zwecke des Vorschlags der Person des vorläufigen Insolvenzverwalters wird eher von Schuldner- und Unternehmensberatern, Geschäftsleitern und Mitgliedern im Gläubigerausschuss und den Banken als sinnvoll erachtet. Dessen gesetzliche Regelung wird besonders von Insolvenzverwaltern und Sachwaltern und den Finanzverwaltungen und Sozialversicherungen für zweckdienlich gehalten.

IV. Aufgabenverteilung von Richtern und Rechtspflegern – Erfahrungen und Bewertungen

Überwiegend positiv wird die Zusammenarbeit mit den Gerichten schon bei den Vorgesprächen als auch bei der späteren Abstimmung des Insolvenzplans eingeschätzt. Die Dauer der gerichtlichen Bearbeitung erweist sich auch eher nicht als Sanierungshemmnis. Die unterschiedliche Behandlung von ESUG-Verfahren bei einzelnen Gerichten hat die Planbarkeit des Sanierungsprozesses eher erschwert und zu Ausweichstrategien geführt. Die Befähigung der Gerichte zum Umgang mit komplexen Sanierungen wird eher skeptisch gesehen.

Die Aufgabenverteilung zwischen Richtern und Rechtspflegern wird insgesamt als angemessen wahrgenommen.

Hinsichtlich der Qualifikationsanforderungen an die Richter der Insolvenzgerichte zeigt sich für die Befragten ein recht hoher Bedarf. Ähnliches gilt für die Forderung nach mehr zentralisierten Spruchkörpern für Insolvenzsachen und insolvenzbezogene Rechtsstreitigkeiten in den Bundesländern und die zentralisierten Zuständigkeiten einzelner Insolvenzgerichte für ESUG-Verfahren. Diese wird von den Schuldner- und Unternehmensberatern, Geschäftsleitern wie auch von Gläubigern, Gläubigerberatern und Mitgliedern im Gläubigerausschuss erhoben; von Richtern und Rechtspflegern sowie Insolvenzverwaltern und Sachwaltern in deutlich geringerem Maße.

F. Ergebnisse der rechtswissenschaftlichen Bewertung

Die Erkenntnisse aus der rechtswissenschaftlichen Analyse der ESUG-Regelungen lassen sich wie folgt zusammenfassen.

I. Die Rezeption des ESUG

Eine *gänzliche* Abkehr von dem ESUG, insbesondere eine grundlegende Umgestaltung der Eigenverwaltung als dem zentralen Baustein der Reform, wird weder durch die Befragungsergebnisse noch durch die rechtswissenschaftliche Bewertung nahegelegt. Die Evaluation zeigt Korrektur- und Ergänzungsbedarf in Bezug auf einzelne, allerdings durchaus gewichtige Weichenstellungen sowie in Einzelfragen auf. Die Rückkehr zum früheren Recht ist nicht veranlasst.

II. Die Eigenverwaltung

Die Leitfrage zur Eigenverwaltung lautet: *„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 § 270b InsO noch ein Bedürfnis für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren gesehen?“*

Aus rechtswissenschaftlicher Sicht hat das Schutzschirmverfahren trotz einer insgesamt eher positiven Akzeptanz des ESUG die Erwartungen nicht erfüllt. In den meisten Eigenverwaltungsfällen wird der Einstieg in das Verfahren über § 270a InsO gewählt. Eine deutlich frühzeitigere Antragstellung lässt sich nicht feststellen. Das ESUG hat die wechselseitigen Abhängigkeiten zwischen Beratern, Verwaltern, Sachwaltern und Profi-Gläubigern nicht be-

friedigend adressiert, so dass Interessenkonflikte nicht ausgeschlossen erscheinen. Es wird vielfach festgestellt, dass ungeeignete Verfahren mit einer vorläufigen Eigenverwaltung starten und dann in ein Regelverfahren übergehen; dieser Wechsel der Verfahrensart führt zu Disruptionen und wirkt zudem kostenerhöhend. Ein Bedeutungszuwachs der Eigenverwaltung lässt sich in der Praxis und in der Fachdiskussion erkennen, die Eigenverwaltung und der Gedanke der Sanierung haben insoweit eine Stärkung erfahren. Die Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens wird in der strukturierten Befragung eher verneint, allerdings sind die Einschätzungen dazu sehr gestreut.

Es empfiehlt sich ein gesetzgeberisches Nachsteuern der ESUG-Reformen im Sinne einer stärkeren Begrenzung des Zugangs zur Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren, aber auch im Eröffnungsverfahren, mit dem Ziel der Ausklammerung ungeeigneter Verfahren. Dazu könnte es gehören, entweder den Nachteilsbegriff des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO zu konkretisieren oder den gesamten Zugang zur (vorläufigen) Eigenverwaltung zu vereinheitlichen und sowohl (positive) Anordnungs- als auch (negative) Versagungsgründe zu normieren. Noch klarer und zu empfehlen wäre es, unabdingbare Mindestvoraussetzungen für eine gute Eigenverwaltung festzulegen, die positiv vorliegen und nachgewiesen werden müssen, um den Zugang zur Eigenverwaltung zu erhalten; dazu könnten auch Untergrenzen bei KMU gehören. Das bedeutet, dass nur bei Vorliegen gewisser Mindestanforderungen, dann aber verlässlich Zugang zur (vorläufigen) Eigenverwaltung gewährt wird, indes bei Nichteinhaltung der Mindestvoraussetzungen und bei unklarer Sachlage, also im „Graubereich“, keine Eigenverwaltung angeordnet wird. In allen Fällen sollten die gerichtlichen Prüfungsgrundlagen und -befugnisse und das Beweismaß konkret festgelegt werden.

Zu den möglichen Mindestanforderungen an die Zulassung der Eigenverwaltung ist nach den Hinweisen in der Rechtsprechung zu § 270 Abs. 2 InsO sowie in der Literatur und nach den Ergebnissen der Befragung insbesondere zu zählen die „Eigenverwaltungswürdigkeit“ des Schuldners sowie die stärkere Ausrichtung auf die Erfolgsaussichten der Eigenverwaltung im Sinne einer konkreten Verfahrens- und Sanierungsplanung einschließlich der Notwendigkeit einer belastbaren Liquiditätsplanung. Ferner muss insolvenzrechtliche Expertise sichergestellt sein und der Nachweis der Stakeholderunterstützung erfolgen mit hinreichender Gewährleistung eines repräsentativen Meinungsbilds. Bei der Eigenverwaltungswürdigkeit des Schuldners könnten eine erkennbare objektive Verletzung von Buchführungs- und Bilanzierungspflichten und die manifeste Verletzung der Insolvenzantragspflicht Anknüpfungspunkte bilden, ggf. auch Rückstände bei den Sozialversicherungsbeiträgen oder Steuerzahlungen.

Da das Schutzschirmverfahren die Erwartungen nicht erfüllt hat, spricht viel für die Verschmelzung des § 270a und des § 270b InsO-Verfahrens, wenn man die Zugangsvoraussetzungen zur Eigenverwaltung und damit auch zu § 270a InsO generell erhöht.

Darüber hinaus ist es sinnvoll, die Anforderungen an einen Sachwalter je nach Art von Verfahren festzusetzen, die der Gesetzgeber für die Eigenverwaltung freigibt. Gelangen nur noch gut vorbereitete Verfahren in die (vorläufige) Eigenverwaltung, so wird man die Position des (vorläufigen) Sachwalters auf die eines reinen Überwachers beschränken dürfen. Lässt man hingegen auch Verfahren aus dem „Graubereich“ für die Eigenverwaltung zu, bei denen nicht feststeht, dass positive Anordnungsgründe wie z.B. ein belastbares Sanierungskonzept schon vorliegen, so wird das Vertrauen der Beteiligten sich an der Person und den Befugnissen eines „starken Sachwalters“ ausrichten müssen.

Jedenfalls sollte die hinreichende Unabhängigkeit des Sachwalters im Bestellungsverfahren gesichert sein. Dabei sind vor allem auch die systemischen Verknüpfungen und Anreizbeziehungen, die sich aus dem Beratereinfluss bei der Sachwalterauswahl ergeben, zu berücksichtigen. Es erscheint als ein Problem, dass nach dem geltenden Recht der Sachwalter als Überwachungsperson vielfach über die Berater des Schuldners entweder als mitgebrachter Sachwalter (§ 270b InsO) eingesetzt und jedenfalls auch außerhalb von § 270b InsO zumindest über eine Zusammenstellung des Gläubigerausschusses seine Wahl gesteuert werden kann (§ 274 InsO i.V.m. § 56a InsO).

Der Einfluss der Schuldner auf den Sachwalter erhöht die Planbarkeit der Sanierung, kann aber eine Sanierung zu Lasten und auf dem Rücken der Gläubigergesamtheit begünstigen oder jedenfalls auch ungeeignete Verfahren „anlocken“. Zugleich erweist sich der Einfluss einzelner Gläubiger über § 56a InsO in der Eigenverwaltung als zumindest tendenziell geeignet, ein vollständig unabhängiges Handeln des Sachwalters in Frage zu stellen. Problematisch ist nicht der Gläubigerausschuss als solcher, sondern der Einfluss spezifisch auf die Wahl des Sachwalters, der darin begründet, dass eine Bildung des vorläufigen Gläubigerausschusses kraft Natur der Sache im frühen Verfahrensstadium schwierig ist und Gestaltungsspielräume eröffnet.

Insgesamt scheint es daher angebracht, in der Eigenverwaltung eine weniger vom Schuldner und dessen Beratern abhängige Auswahl des Sachwalters zu ermöglichen und insoweit auch die Abhängigkeit des Sachwalters vom Berater und die daraus folgende Geneigtheit der Rücksichtnahme auf die Organe des Schuldners und nahestehende Personen zu verringern. Das gilt einheitlich sowohl bei § 270a InsO als auch bei § 270b InsO. Eine solche Reduzierung der Wahlmöglichkeiten geschieht allerdings um den Preis einer Reduzierung der Planbarkeit des Verfahrens aus Sicht der Unternehmen und kann mithin die Sa-

nierungswilligkeit reduzieren. Um dies zu vermeiden, sollte es den Gerichten explizit erlaubt (und ggf. in Form einer Soll-Vorgabe auch vorgegeben) werden, ihre Sachwalterauswahl vor einer Antragstellung mit dem Schuldner zu erörtern. Zudem sind unterschiedliche Gerichtspraktiken einzudämmen und die Professionalität der Gerichte zu erhöhen.

Ferner sollte geprüft werden, ob § 56a InsO in der Eigenverwaltung und nur dort (Verweis in § 274 InsO) generell gestrichen werden sollte, um derartigen Verflechtungen keinen Vorschub zu leisten. Aus Sicht der (Haupt-)Gläubiger wäre die Planbarkeit der Sanierung dann zwar ebenfalls verringert, aber zugleich mit dem neutraleren Sachwalter die Wahrnehmung der objektiven Gläubigerinteressen erhöht. Diese Erhöhung der Neutralität des Sachwalters kann eine Sanierung durchaus fördern. Während § 56a InsO in der Regelverwaltung durchaus Vorteile hat, führt seine Anwendung in der Eigenverwaltung zum Problem der family & friends-Ausschüsse sowie zur Netzbildung von Beratern mit Sachwaltern und Profi-Gläubigern. Insofern erscheint hier das Recht zu einer verbindlichen Vorgabe (§ 56a Abs. 2 InsO) insbesondere dann fragwürdig, wenn man mit dem Sachwalter eine neutrale Vertrauensperson für alle Beteiligten und die Gläubigergesamtheit in Eigenverwaltungsfällen positionieren will. Auch insoweit ist stets die Verknüpfung mit der Frage zu beachten, ob bereits hinreichend sichergestellt ist, dass nur „gute“ Verfahren Zugang zur Eigenverwaltung erhalten.

Ferner sollte der Gesetzgeber etwaige Reformvorhaben um Vergütungsfragen erweitern sowie hilfreiche Korrekturen und Ergänzungen in Einzelfragen anstreben. Sinnvoll erscheint die Zusammenfassung der Aufhebungsgründe bei § 270b Abs. 4 und § 272 InsO zu einem einheitlichen Aufhebungstatbestand, wenn der Gesetzgeber am Schutzschirmverfahren festhalten will. Das Problem der ungenutzten Nachteilsanzeige sollte durch eine Konkretisierung des Nachteilsbegriffs und damit im Einklang mit den zu § 270 InsO empfohlenen Reformschritten gelöst werden. Daneben könnten Fehlanreize im Zuge einer allgemeinen Auflösung der Anreizverzerrungen im Geflecht der beteiligten Personen angegangen werden. Soweit ein nur punktuell eingreifen für rechtspolitisch erwünscht erachtet wird, könnte eine fristgebundene Entscheidungspflicht des Gerichts mit differenzierten Rechtsfolgen (Anordnung von weiteren Verfügungsbeschränkungen bis hin zur Aufhebung der Eigenverwaltung) verankert werden.

Bei der Haftung in der Eigenverwaltung muss sich der Gesetzgeber entscheiden, ob er – im Lichte einer zu erwartenden BGH-Entscheidung – aktiv werden möchte. Er kann dann zwischen einer Organaußenhaftung gegenüber den Beteiligten oder der Klarstellung und Verfeinerung der gesellschaftsrechtlichen Binnenhaftung wählen. Dabei ist auch abzustimmen, wie Generalbevollmächtigte und andere beteiligte Insolvenzexperten haften. Darüber hinaus sollte der Gesetzgeber die Möglichkeit des Schuldners, im Rahmen des § 270a InsO

Masseverbindlichkeiten nach Maßgabe einer gerichtlichen Pauschal- oder Einzelermächtigung zu begründen, klarstellen. Das Problem der Abführung von Steuer- und Sozialversicherungsverbindlichkeiten in der (vorläufigen) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren ist anzugehen; es empfiehlt sich zugleich eine Diskussion über die Reichweite des § 55 Abs. 4 InsO im Rahmen eines wünschenswerten Insolvenzsteuerrechts.

Bei der Umsetzung der zu erwartenden Richtlinie zu einem präventiven Restrukturierungsrahmen kann der Gesetzgeber je nach Gestalt einer endgültigen Richtlinie entweder das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren schlank halten und als zusätzliche Option anbieten, oder aber das vorinsolvenzliche Verfahren mit den ESUG-Verfahren verzahnen oder gar verschmelzen. Letzteres wäre von der zu erwartenden Richtlinie aufgrund ihrer klaren vorinsolvenzlichen Ausrichtung wohl nicht gedeckt und würde in stärkerem Maße als bei der erstgenannten Vorgehensweise die Gefahr einer Entwertung des ESUG und der Sanierung im Insolvenzverfahren in sich bergen. Es erscheint auch nicht praktikabel. Daher empfiehlt es sich, ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren nur als weitere Option anzubieten. Es sollte generell darauf geachtet werden, dass insolvenzreife Schuldner nicht das präventive Verfahren in Anspruch nehmen können. Vielmehr sind die Verfahrensarten voneinander zu trennen. Der volle „Instrumentenkasten“ des Insolvenzverfahrens sollte nicht schon im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren zur Verfügung stehen. Angesichts der kontroversen Einschätzungen bei der Befragung erscheint insoweit ein behutsames Vorgehen des Gesetzgebers geboten.

III. Das Insolvenzplanverfahren

Die Leitfrage zum Insolvenzplanverfahren lautet: *„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 im nennenswerten Umfang grob egoistische Strategien ermöglicht, die sich letztlich zum Nachteil der Unternehmen und ihrer Arbeitnehmer ausgewirkt haben?“*

Die neu geschaffenen Eingriffsbefugnisse in Anteilsrechte werden nahezu allgemein begrüßt. Die – überaus kontroversen – Auseinandersetzungen in diesem Themenkreis betreffen nicht das Ob eines Eingriffs, sondern die Bestimmung der angemessenen Reichweite solcher Eingriffe und folgerichtig deren Legitimation. Eine Rückkehr zur gesellschaftsrechtlichen Abstinenz des Insolvenzrechts ist vor diesem Hintergrund nicht angezeigt. Negative Auswirkungen der ESUG-Reformen auf Schuldnerunternehmen oder deren Arbeitnehmer sind nicht erkennbar. Allerdings ist festzuhalten, dass die neuen Befugnisse nur vergleichs-

weise selten genutzt werden, um Forderungen in Eigenkapital umzuwandeln. Häufig werden Anteile schlicht übertragen oder zum Gegenstand von Umwandlungsmaßnahmen. Insbesondere der Bereich der Integration von Umwandlungsmaßnahmen in Insolvenzpläne bedarf angesichts der hier erreichbaren Potenziale einer Gesamtrechtsnachfolge zügig einer Harmonisierung von Umwandlungs- und Insolvenzplanrecht.

Im Gegensatz dazu findet sich im Bereich des grundsätzlichen Verhältnisses von Insolvenzplan- und Gesellschaftsrecht eher ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Detail, der an die ersten Erfahrungen seit 2012 anknüpft. Vor allem sollte der Gesetzgeber die Bedeutung gesellschaftsrechtlicher Anforderungen an Planmaßnahmen in § 225a Abs. 3 InsO zugunsten des Insolvenzrechts klarstellen. Für die Einführung gesellschaftsrechtlicher Maßstäbe an Planmaßnahmen, wie etwa Rechtsfertigungsanforderungen für Bezugsrechtsausschlüsse, besteht kein Anlass. Berechtigte Belange der Gesellschafter, insbesondere in Gesellschaften im Graubereich der existenzbedrohenden Krise, sollten eher im Insolvenz(eröffnungs)verfahren adressiert werden, etwa durch ihre Berücksichtigung als Verfahrensbeteiligte im Eröffnungsverfahren und den daraus entstehenden Befugnissen bei der Feststellung der Eröffnungsgründe (Ablehnungsrecht für Gutachter). Ein zusätzliches Beschwerderecht gegen die erfolgte Verfahrenseröffnung scheint demgegenüber zu spät zu greifen und nicht zwingend sinnvoll.

Darüber hinaus machen Fälle wie Suhrkamp deutlich, dass es überlegenswert erscheinen kann, die Willensbildung in einer Gesellschaftergruppe weiter allein dem Gesellschaftsrecht zu überlassen, solange eine dann mögliche Blockadeposition dieser Gesellschaftergruppe zulasten der Gläubiger oder anderer Gesellschaftergruppen durch das Obstruktionsverbot in § 245 InsO effektiv durchbrochen werden kann. Letzteres legt die Bewertung des Plans in die Hand des Gerichts, dessen Entscheidung bei begründeten Zweifeln effektiv überprüfbar sein sollte. Entschließt man sich hingegen dafür, weiterhin auch existenzbedrohende Gesellschafterkonflikte mit den Mitteln des Insolvenzrechts zu lösen, so ist zu empfehlen, an der Irrelevanz gesellschaftsrechtlicher Bindungen und Mehrheiten im Planverfahren festzuhalten.

Die Beibehaltung einer Vorrangregel in § 245 Abs. 2 InsO schützt zutreffend vor der Umverteilung von Vermögen; ihre Flexibilisierung würde es aber – gerade in kleineren Verfahren – auch erlauben, den Unternehmer als Gesellschafter im sanierten Unternehmen zu belassen, ohne hierfür die Zustimmung *aller* Gläubigergruppen einzuholen.

Die zweite bedeutende Erweiterung des Anwendungsbereichs von Insolvenzplänen erfolgte im ESUG durch die Klarstellung der Zulässigkeit verfahrensbegleitender Insolvenzpläne. Sie hat in der Praxis die Frage aufgeworfen, welche der Verfahrensregelungen der Insol-

venzordnung nun plandispositiv sind und welche nicht. Ein taugliches dogmatisches Grundkonzept zur Beantwortung dieser Frage hatte der BGH schon zuvor entwickelt; es wurde vom ESUG-Gesetzgeber aufgegriffen und kann daher nach wie vor diesen Diskussionen zugrunde gelegt werden. Hieraus ergab sich, dass insbesondere die mit dem ESUG in den §§ 259a, 259b InsO gefundene Regelung der Nachzügler-Problematik, die dazu geführt hat, dass abweichende Präklusions- oder Ausschlussklauseln in Insolvenzplänen unzulässig sind, nicht nur von den Befragten kritisch betrachtet werden. Sie sollte auch nach den Ergebnissen der rechtswissenschaftlichen Analyse nachgebessert werden. Als neuer Regelungsansatz wäre insbesondere zu erwägen, anstelle der Verjährung eine verfassungsrechtlich zulässige verschuldensabhängige Ausschlussklausel in Insolvenzplänen zuzulassen.

Auch die Planfestigkeit der §§ 54 Nr. 2, 63-65 InsO und die daraus folgende Unzulässigkeit verbindlicher Vergütungsregelungen in Insolvenzplänen wurde in der Befragung kritisch betrachtet, da in der Praxis durchaus ein erheblicher Handlungsbedarf besteht, um planbare Verwaltervergütungen sicherzustellen. Für derartige Vergütungsvereinbarungen hat sich der Insolvenzplan allerdings in der rechtswissenschaftlichen Bewertung als das falsche Instrument herausgestellt. Es wird daher empfohlen, die Diskussion über die Zulassung von Vergütungsvereinbarungen unter Beachtung relevanter verfassungsrechtlicher Vorgaben im Rahmen einer notwendigen Reform der vergütungsrechtlichen Vorschriften zu führen.

Das ESUG hat in § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO die Möglichkeit geschaffen, auf die Schlussrechnungsprüfung zu verzichten. Der zur Reichweite dieser Regelung geführte Streit sollte dadurch entschieden werden, dass die Regelung wortgleich als neuer § 66 Abs. 4 InsO formuliert wird. Hieraus würde deutlich, dass eine Schlussrechnungsprüfung einschließlich der Hilfstätigkeit des Gerichts nach Abs. 2 insgesamt plandispositiv ist. Ergänzend könnte angefügt werden, dass die Planregelung die Aufsichtsbefugnisse des Insolvenzgerichts aus § 58 InsO nicht berührt. Das eigentliche Regelungsziel des ESUG-Gesetzgebers, die Vermeidung von Verfahrensverzögerungen, kann daneben schon durch die bloße Entkoppelung der Verfahrensaufhebung von der Schlussrechnungslegung erreicht werden. Äußern die Gläubiger einen entsprechenden Willen im Plan, so sollte das Insolvenzgericht dem grundsätzlich entsprechen. Eine entsprechende Klarstellung könnte daher in einem neuen § 258 Abs. 2 Satz 3 InsO erfolgen.

Die mit dem ESUG geschaffenen Verwalterermächtigungen in §§ 221 Satz 2, 254a Abs. 2 Satz 3 InsO, aber auch die Regelung in § 259 Abs. 3 InsO sollten zumindest durch die Benennung des Sachwalters oder durch die Schaffung einer entsprechenden Regelung in einem neuen § 284 Abs. 3 InsO explizit auf Eigenverwaltungsfälle ergänzt werden. Zudem sollte die in § 221 Satz 2 InsO normierte Ermächtigung konkretisiert werden, um dem Plangestalter eine Nachsorgeregelung unter Einbindung des bisherigen Insolvenzverwalters oder

Sachwalters zu erlauben. Unter Berücksichtigung der Absicherungswünsche der Insolvenzgläubiger, des Interesses des Schuldners an der umfassenden Wiedererlangung seiner Handlungsmacht und der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sollte in § 221 InsO erlaubt werden, einen Dritten, insbesondere den ehemaligen Insolvenzverwalter oder Sachwalter, nach Verfahrensaufhebung zur Vornahme von Umsetzungsmaßnahmen zu ermächtigen.

Die mit dem ESUG geschaffene Freigabe des Plans bei Einlegung von Rechtsmitteln wird allgemein begrüßt, da sie dazu geführt hat, dass in der Praxis alle Pläne trotz erhobener Beschwerden schnell freigegeben werden. Die Verzögerungswirkung der sofortigen Beschwerde fehlt also weniger aufgrund der verschärften Zulässigkeitshürden als aufgrund der leicht erreichbaren Freigabe. Daher ist es naheliegend, das Nebeneinander von Zurückweisungsrecht wegen offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit einer sofortigen Beschwerde und Freigabe zugunsten einer vereinheitlichten Lösung zu beenden, die sich an der nach dem ESUG entstandenen Praxis orientiert. Pläne sollten also im Zweifel schnell in Rechtskraft erwachsen können, soweit nicht ausnahmsweise ein behaupteter schwerer Rechtsverstoß eine Überprüfung in zweiter Instanz unter aufschiebender Wirkung rechtfertigt. Die Beschwerdebefugnis könnte angesichts einer regelmäßig schnellen Freigabe allein am behaupteten Rechtsverstoß anknüpfen.

Befragung und rechtswissenschaftliche Analyse haben im Bereich der §§ 217 ff. InsO auch jenseits der mit dem ESUG eingeführten Normen Potenziale für eine Modernisierung der Planregelungen aufgedeckt, die sich als essentiell für eine erfolgreiche Plansanierung herausgestellt haben. So erscheint es angesichts der verbreiteten Unsicherheit über die konkreten Anforderungen an die Vollstreckbarkeit und Bestimmtheit von Planregelungen empfehlenswert, § 257 Abs. 1 InsO um eine Klarstellung zu erweitern, nach der § 726 ZPO anwendbar ist. Auch wird eine gesetzgeberische Präzisierung der Darlegungslast im Insolvenzplan, insbesondere zur Vergleichsrechnung, verbreitet gewünscht. § 220 InsO könnte etwa um eine Klarstellung erweitert werden, nach der bei Feststellung des Liquidationswertes in der Vergleichsrechnung im Zweifel kein Zerschlagungswert, sondern der Fortführungswert zugrunde zu legen ist, wenn das Unternehmen nach dem Plan fortführungsfähig ist und ein Verkauf des Unternehmens ohne den Plan nicht offensichtlich aussichtslos erscheint. Zu weitgehend erscheint es demgegenüber, die Durchführung eines M&A-Prozesses zur tatsächlichen Bestimmung des Liquidationswertes generell vorzuschreiben oder aber zum notwendigen Gegenstand einer Gläubiger(ausschuss)entscheidung zu machen. Daneben wird empfohlen, dem Gläubigerausschuss oder dem (unabhängigen) Sachwalter eine frühzeitige Prüfung der Vergleichsrechnung (etwa im Rahmen der Stellungnahme nach § 232 InsO) aufzugeben.

Die Beendigung des Insolvenzverfahrens nach rechtskräftiger Bestätigung des Insolvenzplans könnte weiter beschleunigt werden, indem die mit dem ESUG in § 258 Abs. 2 InsO geschaffene Regelung nochmals angepasst wird. Zwar bliebe die Pflicht zur Befriedigung von Masseverbindlichkeiten unangetastet; zur Verfahrensaufhebung könnte aber der Nachweis genügen, dass die im Zeitpunkt der rechtskräftigen Planbestätigung fälligen unstreitigen Masseverbindlichkeiten erfüllt sind. Für später fällig werdende oder streitige Masseschulden sollte es genügen, dass ihre Befriedigung in der Finanzplanung angemessen berücksichtigt ist, soweit sie nicht gesondert besichert werden. Die derzeit in § 258 Abs. 2 Satz 2 InsO verankerte Differenzierung könnte entfallen, zumal sie verbreitet ohnehin als Redaktionsversehen verstanden wird.

In Großverfahren würde man dem Gericht die Verfahrensabwicklung zudem dadurch erleichtern, dass es sich für die Massenkommunikation mit den Gläubigern und anderen Verfahrensbeteiligten der Infrastruktur des Verwalters bzw. Sachwalters bedienen darf. Hierzu könnte die Anwendbarkeit des § 8 Abs. 3 InsO in § 235 Abs. 3 InsO und in § 252 Abs. 2 InsO explizit bestimmt werden. Schließlich ist anzuregen, die Bekanntmachungsregelung in § 258 Abs. 3 InsO zu vereinfachen. Angesichts der Fehleranfälligkeit der derzeitigen Gesetzeslage und der Bedeutung der Verfahrensaufhebung für alle Beteiligten ist anzuregen, das Wirksamwerden des Aufhebungsbeschlusses in Anlehnung an die Regelung zum Eröffnungsbeschluss in § 27 Abs. 2 Nr. 3 InsO unabhängig von § 9 Abs. 1 Satz 3 InsO im Beschluss selbst zu bestimmen.

IV. Auswahl des Insolvenzverwalters

Die Leitfrage zur Auswahl des Insolvenzverwalters lautet: *„In welchem Umfang hat sich der stärkere Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters auf dessen Unabhängigkeit ausgewirkt? Ist es im nennenswerten Umfang vorgekommen, dass im Interesse einzelner Gläubiger Verwalter bestellt wurden, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben?“* Dazu hat die Analyse folgende Ergebnisse erbracht:

Es lässt sich keine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der Insolvenzverwalter feststellen, die es erforderlich macht, die ESUG-Reformen rückgängig zu machen. In professionell, mit Erfahrung und Sachkunde durchgeführten Verfahren lässt sich die Unabhängigkeit sicherstellen. Viel hängt dabei von der professionellen Begleitung der Verfahren durch die Insolvenzgerichte ab, weil diesen die Kontrolle der Unabhängigkeit des Verwalters, aber eben auch die Entscheidung über die Besetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses zugewiesen ist. Deswegen sind Erfahrung, Sachkunde und Kompetenz der Gerichte sicherzustellen, worauf sogleich unter V zurückzukommen ist.

Die mit dem ESUG eingeschlagene rechtspolitische Richtung ist konsequent weiter zu verfolgen, indem einem erstmals vorzusehenden vor-vorläufigen Gläubigerausschuss die Kompetenz eingeräumt wird, den Insolvenzverwalter auszuwählen. Auch dann kann das Gericht in Wahrnehmung seiner Kontrollbefugnisse der Beeinträchtigung der Unabhängigkeit entgegenwirken. Diese Weichenstellung ist insbesondere auch dann zu begrüßen, wenn man den oben unter II. empfohlenen Weg geht, die Voraussetzungen der Eigenverwaltung restriktiver zu regeln. Die Einflussmöglichkeiten, die dort verloren gehen, werden dann an dieser Stelle ausgeglichen.

Zur Besetzung des (vor-)vorläufigen Gläubigerausschusses ist der Verweis des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a InsO auf § 67 InsO so auszuweiten, dass er sich auch auf § 67 Abs. 3 InsO erstreckt. Von der Beteiligung von Kleingläubigern sollte indessen abgesehen werden können. Die Vergütung der Ausschusssmitglieder ist im Rahmen einer Vergütungsreform neu zu regeln und sollte sich für professionelle Mitglieder tendenziell erhöhen.

V. Gerichtsorganisation

Zur Gerichtsorganisation lautet die Leitfrage: *„Ist die Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger angemessen oder sollte im Interesse einer effektiven Verfahrensabwicklung die funktionelle Zuständigkeit neu austariert werden?“* Dazu hat die Analyse folgende Ergebnisse erbracht:

Im Hinblick auf die Aufgabenverteilung von Richter und Rechtspfleger lässt sich ein dringlicher rechtspolitischer Handlungsbedarf nicht feststellen. Vielmehr hat die Neuregelung durch das ESUG in § 18 Abs. 1 Nr. 2 RPfIG demonstriert, dass mit jeder Zuständigkeitsveränderung neue Auslegungsprobleme entstehen, die die Verfahrensabwicklung belasten. Vor diesem Hintergrund und angesichts der bei der Befragung ermittelten Zufriedenheit der Beteiligten sprechen gute Gründe dafür, die Regelungen zur funktionellen Zuständigkeit in § 18 RPfIG nicht zu ändern.

ESUG-Verfahren sind – im Unterschied zu den bisherigen Konzentrationsvorgaben in § 2 InsO für die Landesjustizverwaltungen verpflichtend – möglichst nach dem Vorbild des § 2 Abs. 3 InsO bei einem Gericht je Bezirk eines Oberlandesgerichts, jedenfalls aber bei maximal einem Gericht je Landgerichtsbezirk zu konzentrieren, um dort spezifische Expertise aufzubauen. Zu dieser Expertise zählen auch ökonomische Fertigkeiten.

Im Rahmen dieser Konzentration der Insolvenzgerichte wird zu prüfen sein, inwieweit eine solche auch für Streitsachen geboten ist, ob also der Einrichtung eines „großen Insolvenzgerichts“ näher getreten werden sollte. Damit einhergehende Konzentrationswirkungen hätten sicher positive Effekte auf die Kompetenz und den Erfahrungsschatz der dort ver-

sammelten Richter und Rechtspfleger. Inwieweit parallel dazu auch eine Konzentration des Marktes auf Verwalterseite in Form einer Bundesliste bzw. eine kammerartigen Berufszugangsregelung vorangetrieben werden sollte, lässt sich anhand der Datenlage der Befragung nicht einschätzen. Die Diskussion scheint hier noch in der Entwicklung und sollte weiter verfolgt werden.

G. Ausblick auf weiteren Reformbedarf

Die Evaluation hat eine ganze Reihe von Problemen identifiziert, die ein Nachsteuern des Gesetzgebers sinnvoll erscheinen lassen. Mögliche Lösungsansätze wurden zusammengetragen und wiederum evaluiert. Zugleich hat die rechtswissenschaftliche Bewertung aber auch ergeben, dass einige grundlegendere Reformen im Bereich des Insolvenzrechts wünschenswert sind. Während für die Gesetzgebung der Länder weiter das Thema Gerichtskonzentration hervorzuheben ist, wird man den Bundesgesetzgeber zu einer grundlegenden Reform des Vergütungsrechts auffordern müssen. Dies kann im Kontext der Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie erfolgen, deren Entwurfsfassung eine angemessene Vergütung der Verwalter ausdrücklich anmahnt. Entsprechendes wird für andere Verfahrensorgane, etwa Mitglieder des Gläubigerausschusses, zu gelten haben. Die in der Evaluation festgestellte eher geringere Akzeptanz des Schutzschirmverfahrens weist zugleich den Weg zu einer passgenauen Ergänzung des deutschen Insolvenzrechts mit vorinsolvenzlichen Sanierungswerkzeugen.

Die weitere Etablierung gesellschaftsrechtlicher Planregelungen wird es erforderlich machen, die Regelungen des Umwandlungsrechts mit denen des Insolvenzrechts kompatibel zu gestalten. Die eingehende Untersuchung dieses Fragenkomplexes konnte im Rahmen der Evaluierung nicht geleistet werden; sie sollte zeitnah gesondert erfolgen. Insgesamt wird an vielen Stellen der Analyse deutlich, dass ein schnellerer Zugang zum BGH bei Fragen von grundsätzlicher Bedeutung wünschenswert wäre, um durch höchstrichterliche Entscheidungen Rechtssicherheit zu erzeugen. Eine passgenaue Gestaltung in einem neuen § 7 InsO wäre zu diskutieren.

Schließlich muss jede Erleichterung der Sanierung von Unternehmen wirkungslos bleiben, wenn die Besteuerung der hieraus entstehenden Buchgewinne nicht rechtssicher und sanierungsfreundlich geregelt ist. Einkommenssteuerrechtliche Behelfslösungen mögen hier die größte Not lindern; die Wiederaufnahme der Initiative für ein kohärentes Insolvenzsteuerrecht wird sich dadurch jedenfalls nicht erübrigen.