

# **WESTFÄLISCHE HOCHSCHULE**

Fachbereich Wirtschaftsrecht, Recklinghausen

## **Masterarbeit**

zur Erlangung des akademischen Grades

Master of Laws (LL.M.) im Studiengang 'Wirtschaftsrecht'

über das Thema

## **Das ESUG aus Praxissicht - Eine Analyse**

vorgelegt von

Malte Scheske

201326541

Bredeneyer Str. 118

45133 Essen

Erstkorrektor: Prof. Ph.D. jur. Achim Albrecht

Zweitkorrektor: Prof. Dr. Bernhard Bergmans, LL.M.

Abgabedatum: 16. September 2015

Abkürzungsverzeichnis .....	VI
Abbildungsverzeichnis .....	IX
Tabellenverzeichnis .....	X
A. Einleitung .....	1
B. Grundsätzliches zum ESUG .....	2
C. Wesentliche Änderungen der InsO durch das ESUG .....	3
I. Vorläufiger Gläubigerausschuss .....	3
1. Überblick .....	3
2. Änderungen der InsO durch das ESUG .....	4
a) Bestellung .....	4
b) Zusammensetzung .....	5
c) Ausschussmitglieder und deren Rechte und Aufgaben .....	6
3. Beabsichtigter Nutzen der Änderungen für die Praxis .....	9
4. Feststellungen zur bisherigen Entwicklung .....	10
a) Allgemein .....	10
b) Vorteile für die Praxis .....	13
c) Nachteile für die Praxis und maßgebliche Kritik an den Änderungen .....	16
5. Zwischenfazit .....	17
II. Insolvenzplan und Debt-Equity-Swap - §§ 217 ff. InsO .....	19
1. Wesen des Insolvenzplans .....	19
2. Wesen des Debt-Equity-Swaps .....	21
3. Änderungen der InsO durch das ESUG und deren beabsichtigter Nutzen für die Praxis .....	23
a) Insolvenzplan .....	23
b) Debt-Equity-Swap .....	25
4. Feststellungen zur bisherigen Entwicklung .....	27
a) Allgemein .....	27
b) Vorteile für die Praxis .....	30

c) Nachteile für die Praxis und maßgebliche Kritik an den Änderungen.....	32
5. Zwischenfazit .....	33
III. Vorläufige Eigenverwaltung - Eröffnungsverfahren - § 270a InsO .....	35
1. Wesen und Zielsetzung der Eigenverwaltung im Eröffnungsverfahren .....	35
2. Änderungen der InsO durch das ESUG und deren beabsichtigter Nutzen für die Praxis .....	37
3. Feststellungen zur bisherigen Entwicklung .....	39
a) Allgemein .....	39
b) Vorteile für die Praxis .....	43
c) Nachteile für die Praxis und maßgebliche Kritik an den Änderungen.....	45
4. Zwischenfazit .....	46
IV. Schutzschirmverfahren - Vorbereitung einer Sanierung - § 270b InsO .....	49
1. Wesen und Zielsetzung des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO.....	49
2. Voraussetzungen .....	50
a) Anträge des Schuldners.....	50
b) Anordnungen des Insolvenzgerichts .....	52
aa) Bestimmung einer Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans .....	52
bb) Bestellung eines vorläufigen Sachwalters.....	53
cc) Anordnung vorläufiger Maßnahmen.....	56
dd) Anordnung der Begründung von Masseverbindlichkeiten .....	58
3. Aufhebung der Schutzschirmanordnung.....	62
a) Aussichtslosigkeit der angestrebten Sanierung .....	62
b) Aufhebungsantrag des vorläufigen Gläubigerausschusses.....	63
c) Gläubigerantrag bei Gefahr der Gläubigerbenachteiligung .....	63
d) Entscheidung über Insolvenzeröffnung.....	64

4.	Rechtsstellung und Aufgaben der Beteiligten .....	65
	a) Schuldner .....	66
	b) Insolvenzgericht .....	67
	c) Vorläufiger Gläubigerausschuss .....	69
5.	Die Bescheinigung im Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO .....	69
	a) Allgemeine Feststellungen zur praktischen Bedeutung der Bescheinigung .....	69
	b) Person des Bescheinigers .....	71
	c) Eröffnungsgründe .....	72
	aa) Drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO .....	72
	bb) Überschuldung nach § 19 InsO .....	73
	d) Kein Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO .....	74
	e) Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos .....	74
	f) Dokumentation und Berichterstattung .....	76
	g) Zwischenfazit .....	76
6.	Feststellungen zur bisherigen Entwicklung .....	77
	a) Allgemein .....	77
	b) Vorteile für die Praxis .....	81
	c) Nachteile für die Praxis und maßgebliche Kritik an den Änderungen .....	81
7.	Zwischenfazit .....	82
D.	Ausgewählte Fragestellungen im Zusammenhang mit dem ESUG .....	85
	I. Behandlung von Sanierungsgewinnen .....	85
	II. Potentieller Missbrauch der InsO .....	88
	III. Antragsrecht für dem Schuldner „nahestehende Personen“ .....	90
E.	Vorschläge für weitere Änderungen der Insolvenzordnung .....	92
	I. Verankerung der Pflicht zur integrierten Unternehmensplanung .....	92

II. Vorinsolvenzliches, außergerichtliches Sanierungsverfahren.....	92
F. Fazit und Ausblick.....	95
Literaturverzeichnis.....	97
Quellennachweis für Internetquellen.....	104
Eidesstattliche Erklärung .....	107

## Abkürzungsverzeichnis

a.F.	alte Fassung
Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Afl e.V.	Arbeitskreis für Insolvenzrecht e.V.
AG	Amtsgericht, Arbeitsgericht
Alt.	Alternative
AO	Abgabenordnung
BAKInsO	Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e.V.
BCG	Boston Consulting Group
BDO AG	BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
BDU	Bundesverband Deutscher Unternehmensberater
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BV ESUG	Bundesverband ESUG e.V.
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CRO	Chief Restructuring Officer
d.h.	das heißt
DIAI e.V.	Deutsches Institut für angewandtes Insolvenzrecht e.V.
Dipl.	Diplom
e.V.	eingetragener Verein
EStG	Einkommensteuergesetz
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
etc.	et cetera
EUR	Euro
f.	folgende
ff.	fortfolgende

FK-InsO	Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung
GA	Gläubigerausschuss
GKG	Gerichtskostengesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GOI	Grundsätze ordnungsgemäßer Insolvenzverwaltung
h.M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
HgGUR	Heidelberger gem. Gesellschaft für Unternehmensrestrukturierung mbH
HRI	Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz
HS.	Halbsatz
hww	hermann wienberg wilhelm
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IFRS	International Financial Reporting Standards
InsbürO	Zeitschrift für Insolvenzsachbearbeitung und Entschuldungsverfahren
InsO	Insolvenzordnung
InsR	Insolvenzrecht
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung
KStG	Körperschaftsteuergesetz
LG	Landgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Mio.	Million
Mrd.	Milliarde
MüKo	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
NJW	Neue Juristische Woche
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
RegE	Regierungsentwurf
Rn.	Randnummer
RSI	Restrukturierung Sanierung Insolvenz
S.	Seite

Tab.	Tabelle
TED	Tele-Dialog
u.a.	unter anderem/ n
UStG	Umsatzsteuergesetz
v.	von/ vom
vgl.	vergleiche
VID	Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V.
vorl.	vorläufig/ vorläufige/ vorläufiger
WBDat.	WBDat Wirtschafts- und Branchendaten GmbH
WP	Wirtschaftsprüfer
WPg	Zeitung Die Wirtschaftsprüfung
z.B.	zum Beispiel
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

## **Abbildungsverzeichnis**

Abb. 1: Gesellschafterstellung und Dual Track, Quelle: BCG, Drei Jahre ESUG, S. 11. ....	30
Abb. 2: Wechsel von Eigenverwaltung zur Regelinsolvenz, Quelle: WBDat./ BCG, Drei Jahre ESUG - höherer Aufwand lohnt sich, S. 6. ....	40
Abb. 3: TED-Umfrage außergerichtliche Sanierung, Quelle: 11. Jahrestagung Handelsblatt .....	93

## **Tabellenverzeichnis**

Tab. 1: Erfahrungen mit den Neuregelungen "vorläufige Eigenverwaltung" und "Schutzschirmverfahren", eigene Darstellung.....	42
Tab. 2: "Typische Unternehmensgröße" in den Verfahrensarten, Quelle: BCG, Drei Jahre ESUG, S. 7.....	79

## **A. Einleitung**

Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) hat am 1. März 2012 Einzug in die Insolvenzordnung (InsO) und diese umgebende Gesetze erhalten. Seine Schaffung war darauf ausgelegt, die in Deutschland vorherrschende „Liquidationskultur“ in Richtung einer „Sanierungskultur“ wandeln zu lassen. Der Gesetzgeber hatte erkannt, dass in bestimmten Fällen eine Unternehmenssanierung sinnvoller sein kann als eine Zerschlagung. Einen bedeutenden Anteil am Anstoß zu und an der Entwicklung des ESUG hatten bestimmte Berufsgruppen, Berufsverbände und Stakeholder aus der Praxis, die die Gesetze des Insolvenzrechts anwenden oder mit ihnen in Berührung kommen. Darunter finden sich vor allem Insolvenzverwalter, Richter, Rechtsanwälte, Sanierungsberater, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sowie Schuldner und auch Gläubiger.

Heute erst, etwas mehr als drei Jahre nach Inkrafttreten des ESUG, werden die Auswirkungen und die Nachhaltigkeit der eingeführten Neuregelungen deutlicher sichtbar. Alte, aber nun veränderte Instrumente der Insolvenzordnung bekommen eine neue Bedeutung und neu eingeführte müssen Zweck und Sinnhaftigkeit beweisen. Welche Akzeptanz einzelne Teile der Reform der Insolvenzordnung in der Praxis bereits gefunden haben, wird in dieser Arbeit erforscht. Es wird der Frage nachgegangen, inwiefern das ESUG zu der Entwicklung der Insolvenzzahlen beigetragen haben könnte. Darüber hinaus werden Chancen und Risiken sowie Stärken und Schwächen der geltenden Normen für die vorherrschenden Sachverhalte der Sanierungs- und Insolvenzpraxis analysiert.

Die Analyse basiert auf der Auswertung von Studien und Erfahrungsberichten, in der Fachliteratur diskutierten Praxiserfahrungen sowie Fällen aus der Insolvenz- und Sanierungspraxis. Außerdem werden Auswirkungen des Insolvenzrechts auf andere Rechtsgebiete beleuchtet.

Zunächst wird in das Thema „ESUG“ eingeführt, damit sich ein grober Überblick über die damit einhergehenden Änderungen verschafft werden kann (*Abschnitt B.*).

Grundvoraussetzung für die darauf folgende Analyse ist eine fundierte Auseinandersetzung mit den durch das ESUG geänderten Instrumenten der Insolvenzordnung. Dazu werden die einzelnen zur Verfügung stehenden Maßnah-

men und deren Verortung innerhalb des Insolvenzverfahrens dargestellt. Im weiteren Verlauf werden Feststellungen bezüglich der bisherigen Erfahrungen mit den jeweiligen Instrumenten getroffen. Sodann werden sich daraus ergebende Vor- und Nachteile identifiziert. Schließlich werden Aussagen zu bisherigen Erfahrungen abgeleitet, die zu weiteren Anpassungen der Insolvenzordnung beitragen können (*Abschnitt C*). Hiernach werden ausgewählte Fragestellungen, die sich im Zuge des ESUG ergeben haben und immer noch aktuell sind, beleuchtet (*Abschnitt D*). Darauf folgen allgemeine Vorschläge und Ideen des Autors, wie weitere Reforminhalte aussehen könnten (*Abschnitt E*). Zuletzt bilden das Fazit der Analyse und ein Ausblick über die mögliche weitere Entwicklung des Insolvenzrechts nach dem ESUG den Abschluss der Arbeit (*Abschnitt F*).

## **B. Grundsätzliches zum ESUG**

Unternehmen in der Krise bietet sich eine Vielzahl an Gestaltungsmöglichkeiten, wenn es darum geht, eine außergerichtliche Sanierung oder eine solche im Schutz des Insolvenzverfahrens durchzuführen. Durch das ESUG steht den Krisenunternehmen und externen Beratern eine nun deutlich größere Bandbreite an Instrumenten zur Verfügung.

„Zwei Drittel der Unternehmen stellen den Antrag zu spät“, so bereits das Ergebnis einer Untersuchung aus dem Jahr 2009.<sup>1</sup> Die durchschnittliche Verspätung liegt bei ca. zehn Monaten.<sup>2</sup>

Ursächlich für die häufig gescheiterten Sanierungen sind immer wieder eine unzureichende Vorbereitung und Zeitmangel. Ein zuvor erstelltes Sanierungskonzept sollte Grundlage für einen tragfähigen Sanierungsplan sein, je später nämlich die Vorbereitungen beginnen, desto komplexer gestaltet sich die Aufgabe und folglich sinken die Chance für die Erarbeitung eines stichhaltigen Plans. Dann hilft nur noch externes Know-how.<sup>3</sup>

Aus diesen Gründen hat das ESUG die InsO mit den Zielen geändert, die Gläubigerrechte (u.a. Einführung eines „vorläufigen GA“) und die Eigenverwaltung (u.a. Einführung der vorläufigen Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren) zu stärken. Außerdem sollte die Nutzung des Insolvenzplanverfahrens zu stärken. Außerdem sollte die Nutzung des Insolvenzplanverfahrens

<sup>1</sup> *Bitterl Röder*, ZInsO 2009, 1283, 1287.

<sup>2</sup> Vgl. *Haarmeyerl Frind*, InsR, Anhang, S. 136.

<sup>3</sup> *Pluta*, Sanierungen erfordern kaufmännisches Gespür und Umsetzungskompetenz.

rens, durch den nun möglichen Eingriff in die Anteilsinhaberrechte, gefördert werden.

Eine erhöhte Planbarkeit von Insolvenzverfahren war erklärtes Hauptziel<sup>4</sup>. Grundsätzlich sollen die Änderungen zu einer früherzeitigen Sanierung führen. Diese frühzeitige Sanierung sollte nun auch im Insolvenzverfahren selbst leichter betrieben werden können, mit der Folge, so die Zahl der Insolvenzen auf Grund von Zeitmangel reduzieren zu können.

## **C. Wesentliche Änderungen der InsO durch das ESUG**

### **I. Vorläufiger Gläubigerausschuss**

#### **1. Überblick**

Bereits vor Insolvenzantragstellung kann der gesetzlich nicht geregelte, sogenannte „präsumtive vorläufige Gläubigerausschuss“ konstituiert werden, um Verzögerungen bei der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses (vorl. GA) durch das Gericht zu vermeiden. Damit dem gesetzgeberischen Ziel, die Gläubiger ab dem ersten Tag in das Verfahren einzubeziehen, entsprochen werden kann, sollen bei der Bildung des „präsumtiven vorläufigen Gläubigerausschusses“ alle Beteiligengruppen involviert werden. Mit dem Insolvenzeröffnungsantrag werden die Einverständniserklärungen aller Mitglieder über die Teilnahme am vorläufigen Gläubigerausschuss im Eröffnungsverfahren eingereicht. Auch wenn dieser Gläubigerausschuss erst mit Einsetzung durch das Gericht die Stellung eines Organs im Insolvenzverfahren mit Rechten und Pflichten erhält<sup>5</sup>, kann dessen Konstituierung zu einer Entlastung der Insolvenzgerichte beitragen.<sup>6</sup>

Vor dem ESUG wurden Gläubiger gemäß § 67 InsO erst im eröffneten Verfahren beteiligt<sup>7</sup>, es wurden jedoch die Vorschriften des § 22a InsO in die Insolvenzordnung neu eingefügt, denn *„die Beteiligung des vorl. GA vor den Entscheidungen des Gerichts ,soll in Zukunft das Mittel sein, um einen frühzeitigen Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, auf die Anordnung der Eigenverwaltung und auf die Bestellung des (vor-*

<sup>4</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 1.

<sup>5</sup> *Buchalik Brömmekamp*, Einsetzung eines Gläubigerausschusses.

<sup>6</sup> *Buchalik/ Haarmeyer*, Der (vorläufige) Gläubigerausschuss, S. 21.

<sup>7</sup> *Buth/ Hermanns/ Seagon*, RSI, § 24, Rn. 54 f.

*läufigen) Sachwalters sicherzustellen.*<sup>8</sup> Da die Gläubiger häufig derselben Branche entstammten, seien sie mit den wirtschaftlichen Gegebenheiten vertraut und hätten ein entsprechendes wirtschaftliches Interesse an der Unternehmensfortführung.

Das Amt des vorl. GA im Eröffnungsverfahren beginnt mit dem gerichtlichen Einsetzungsbeschluss und durch individuelle Amtsannahme jedes Mitglieds - es endet mit Verfahrenseröffnung kollektiv. Da das ESUG dies nicht ausdrücklich regelt, ist es von praktischer Bedeutung, dies ausdrücklich festzuhalten. So können die Kosten im Rahmen des § 22a II 2. Alt. InsO im Umfang abschließend abgeschätzt werden.<sup>9</sup>

## **2. Änderungen der InsO durch das ESUG**

### **a) Bestellung**

Im Sinne der Gläubigerstärkung hat das Gericht bereits unmittelbar nach dem Eingang eines Eröffnungsantrags einen vorläufigen Gläubigerausschuss nach § 21 II 1 Nr. 1a InsO einzurichten („*Muss-Ausschuss*“<sup>10</sup>), wenn der Schuldner im vorangegangenen Geschäftsjahr mindestens zwei der drei folgenden Merkmale erfüllt hat (§ 22a Abs. 1 InsO):

1. 4,84 Mio. € Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrages i.S.v. § 268 Abs. 3 HGB,
2. 9,68 Mio. € Umsatzerlöse sowie
3. im Jahresdurchschnitt 50 Arbeitnehmer.

Die vorgenannten Merkmale orientieren sich allesamt an denen des § 267 I HGB, in dem die Größenklassen für Kapitalgesellschaften umschrieben sind.

Auf Antrag des Schuldners, des vorläufigen Sachwalters oder eines Gläubigers erfolgt die Einrichtung eines vorl. GA auch unterhalb der Schwellenwerte („*Antrags- oder Soll-Ausschuss*“<sup>11</sup>), wenn Personen benannt werden, die als Mitglieder in Betracht kommen und dem Antrag die Einverständniserklärungen der benannten Personen beigefügt werden (§ 22a Abs. 2 InsO).

Nach pflichtgemäßem Ermessen kann das Gericht vorläufige Maßnahmen nach § 21 I InsO anordnen, die dazu geeignet sind, eine für die Gläubiger

<sup>8</sup> Merten, Die neue Insolvenzrechtsreform 2012, S. 24 f. m.w.N.

<sup>9</sup> Frind, ZInsO 2011, 2249, 2252.

<sup>10</sup> Buchalik/ Haarmeyer, Der (vorläufige) Gläubigerausschuss, S. 26.

<sup>11</sup> Buchalik/ Haarmeyer, Der (vorläufige) Gläubigerausschuss, S. 25.

nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten („Kann-Ausschuss“<sup>12</sup>). Die Einrichtung eines vorl. GA kann dies nicht leisten, kann jedoch dazu beitragen, „dass letztlich durch eine frühzeitige Einbindung der Gläubigergruppen in den Sanierungsprozess ein hohes Maß an Gewähr für die bestmögliche Haftungsrealisierung besteht und somit im Ergebnis in diesem Verfahrensstadium eine Vermögenssicherung im Sinne bestmöglicher Verwendung erfolgt.“<sup>13</sup>

Liegen Befreiungstatbestände gem. § 22a III InsO vor, so setzt das Gericht keinen vorl. GA ein, wenn<sup>14</sup>

- der Geschäftsbetrieb des Schuldners eingestellt ist,
- die Einsetzung im Hinblick auf die zu erwartende Insolvenzmasse unverhältnismäßig ist oder
- die Einsetzung zu einer Verzögerung und infolgedessen zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt.

## **b) Zusammensetzung**

In Verbindung mit der Entscheidung über die Bestellung ist auch die Zusammensetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses festzulegen.<sup>15</sup> Die Zusammensetzung soll durch das Gericht in pflichtgemäßem Ermessen auf Grund der einzelnen Verfahrensumstände geschehen. Es sollen sich die wesentlichen Gläubigergruppen im Ausschuss wiederfinden.<sup>16</sup>

Für den Antragsausschuss wird der Antragsteller sich immer an § 67 II InsO zu orientieren haben, um der Unzulässigkeit seines Antrags vorzubeugen.<sup>17</sup> Zusätzlich zu § 67 II InsO, der auch auf den vorläufigen Gläubigerausschuss anwendbar ist<sup>18</sup>, hat der Schuldner oder der vorläufige Sachwalter auf Aufforderung des Gerichts nach § 22a IV InsO Personen zu benennen, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen. Danach ergeben sich folgende Gläubigergruppen:

1. Absonderungsberechtigte Gläubiger,
2. Insolvenzgläubiger mit den höchsten Forderungen,

<sup>12</sup> *Buchalik/ Haarmeyer*, Der (vorläufige) Gläubigerausschuss, S. 23.

<sup>13</sup> *Buchalik/ Haarmeyer*, Der (vorläufige) Gläubigerausschuss, S. 24.

<sup>14</sup> *Kübler/ Ampferl*, HRI, S. 334, Rn. 28; *Buchalik/ Haarmeyer*, Der (vorläufige) Gläubigerausschuss, S. 28 f.

<sup>15</sup> *Kreuznacht*, InsbÜO 2013, 123, 124.

<sup>16</sup> *Kreuznacht*, InsbÜO 2013, 123, 124; *Kübler/ Ampferl*, HRI, S. 349 f., Rn. 103, 106.

<sup>17</sup> *Kübler/ Ampferl*, HRI, S. 350, Rn. 108.

<sup>18</sup> *Kreuznacht*, InsbÜO 2013, 123, 124.

3. Kleingläubiger,
4. Vertreter der Arbeitnehmer,
5. Vorgeschlagene Personen.

Sinnvoll ist eine Besetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses mit fünf Mitgliedern, um eine Parität zu vermeiden.<sup>19</sup>

*Kreuznacht*<sup>20</sup> weist darauf hin, dass zudem auch Personen, „die erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens Gläubiger werden (§ 21 II 1 Nr. 1a InsO), sog. ‚Gläubiger in spe‘“, in den Ausschuss bestellt werden könnten, wie es bei einer möglichen Insolvenzgeldvorfinanzierung für die Bundesagentur für Arbeit der Fall sein könnte - außerdem Kreditversicherer oder der Pensionssicherungsverein.<sup>21</sup>

Als absonderungsberechtigte Gläubiger und als Großgläubiger kommen regelmäßig Banken in Frage. Große Gläubiger eines Verfahrens können zudem institutionelle Gläubiger wie Finanzämter oder Sozialversicherungsträger sein. Zur Abbildung der verschiedenen Gruppen ist es sinnvoll, einen Lieferanten, einen Arbeitnehmer (in der Praxis wird als Arbeitnehmervertreter der Vorsitzende des Betriebsrats zu bestellen sein oder - soweit keiner vorhanden ist - ein Mitarbeiter, der im Unternehmen im Rahmen der Belegschaft als Führungsperson angesehen wird), einen Kunden sowie einen Kleingläubiger in den Ausschuss aufzunehmen.<sup>22</sup> Aufgrund der Tatsache, dass Kleingläubiger mit ihren geringen Forderungsbeträgen in der Regel wenig wirtschaftliches Interesse am Verfahren haben werden, könnte auch unter Manipulationsgesichtspunkten auf sie verzichtet werden<sup>23</sup> - *Ampferl*<sup>24</sup> folgt dem nicht und schlägt stattdessen vor, einen Vertreter der Pächter oder Anleihegläubiger zu bestellen.

### **c) Ausschussmitglieder und deren Rechte und Aufgaben**

Darüber hinaus sollen die Gläubigerrechte insbesondere durch die erweiterten Befugnisse des vorl. GA gestärkt werden. Gemäß § 56a I InsO ist dem vorl. GA vor Bestellung des Verwalters Gelegenheit zu geben, sich zu den Anforderungen, die an den Verwalter zu stellen sind, und zur Person des Verwalters

<sup>19</sup> *Frind*, ZInsO 2011, 2249, 2251.

<sup>20</sup> *Kreuznacht*, InsbÜrO 2013, 123, 124.

<sup>21</sup> *Kübler/ Ampferl*, HRI, S. 351, Rn. 118.

<sup>22</sup> *Kübler/ Ampferl*, HRI, S. 352 f., Rn. 118 ff.

<sup>23</sup> *Wimmer/ Schmerbach*, FK-InsO, § 22a, Rn. 54.

<sup>24</sup> *Kübler/ Ampferl*, HRI, S. 353, Rn. 123.

zu äußern, soweit dies nicht offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt. An die Entscheidung des vorl. GA bezüglich der Person des Verwalters ist das Gericht gebunden und darf davon nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist. Das Gericht hat sich bei der Auswahl an den durch den vorl. GA beschlossenen Anforderungen zu orientieren (§ 56a II InsO). Zusätzlich steht dem vorl. GA nach § 56a III InsO das Recht zu, bei Verzicht des Gerichts auf Anhörung nach Absatz 1 in seiner ersten Sitzung einstimmig eine andere Person als die bestellte zum Insolvenzverwalter zu wählen.

Dem vorl. GA ist zudem nach § 270 III InsO vor der Entscheidung über den Antrag auf Eigenverwaltung Gelegenheit zur diesbezüglichen Äußerung zu geben, solange sich daraus keine offensichtlich nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners ergibt. Regelmäßig lägen jedoch kaum Gründe vor, die es rechtfertigten, von dieser Ausnahmeregel Gebrauch zu machen, da dem Gericht laut *Riggert*<sup>25</sup> stets genügend Vorbereitungszeit für die Anhörung zur Verfügung stehe. Die Anhörung könne quasi nur dann unterbleiben, wenn dem Insolvenzgericht das Merkmal der Offensichtlichkeit erfüllende Tatsachen vermittelt würde. Dies könne höchstens dann der Fall sein, wenn „*der Verzögerungszeitraum der Anhörung die nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners bewirkt*“. Als nicht nachteilig gilt die Anordnung der Eigenverwaltung gemäß § 270 III 2 InsO und wird kraft Gesetzes fingiert, wenn der Antrag durch den vorl. GA mittels eines einstimmigen Beschlusses unterstützt wird.<sup>26</sup> Bei einstimmigem Beschluss handelt es sich gemäß § 72 InsO um eine Kopfmehrheit der anwesenden Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses, wobei ein Mehrheitsbeschluss des Ausschusses das Insolvenzgericht nicht bindet, sondern lediglich Anregungscharakter hat.<sup>27</sup> Sollte das Insolvenzgericht entgegen dem mehrheitlichen Beschluss des vorl. GA Eigenverwaltung anordnen, so besteht für den Gläubigerausschuss in der ersten Gläubigerversammlung die Möglichkeit, die Anordnung gemäß § 272 InsO aufheben zu lassen. Da dem einstimmigen Beschluss des vorl. GA eine Rechtswirkung beigemessen wird, durch die ein Gläubigernachteil auszuschließen ist, wird die Haftung des Gläubigerausschusses für eine eventuelle Fehlentscheidung ausgeschlossen.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Nerlich/ Römermann/ *Riggert*, InsO, § 270, Rn. 22.

<sup>26</sup> Kübler/ *Ampferl*, HRI, S. 375, Rn. 220; RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 39.

<sup>27</sup> Nerlich/ Römermann/ *Riggert*, InsO, § 270, Rn. 23.

<sup>28</sup> Nerlich/ Römermann/ *Riggert*, InsO, § 270, Rn. 23.

Die Fallkonstellation, dass der Gläubigerausschuss einstimmig beschließt, dass die Anordnung der Eigenverwaltung zum Nachteil der Gläubiger gereichen wird, findet keine Regelung im Gesetz. Auch hier ist das Gericht nicht gebunden. Hat das Insolvenzgericht hingegen positive Kenntnis von Umständen, die zur Gläubigerbenachteiligung führen können, die durch die Anordnung der Eigenverwaltung entstehen, so darf es diese nicht zur Argumentation für eine „*ablehnende Entscheidung heranziehen*“.<sup>29</sup>

Sollte kein vorläufiger Gläubigerausschuss bestellt worden sein, so hat das Gericht nach „*plichtgemäßem Ermessen*“<sup>30</sup> zu entscheiden. Dann liegt es an dem Gericht abzuwägen, ob „*nachteilhafte Umstände*“<sup>31</sup> vorliegen.

Im Übrigen finden auf den vorl. GA bei der Zusammensetzung, bei den ihm obliegenden Aufgaben, bei der Beschlussfassung etc. die Vorschriften über den im eröffneten Verfahren eingesetzten Gläubigerausschuss entsprechende Anwendung.<sup>32</sup> Da *Abschnitt C.1.4.* ohnehin auf einzelne Aspekte der grundsätzlichen Rechte und Pflichten in Form einer Abwägung bezüglich ihrer Nutzung eingeht, wird an dieser Stelle auf eine detaillierte Auseinandersetzung verzichtet. Sie sind stichpunktartig in folgender nicht abschließender Liste aufgeführt<sup>33</sup>:

- Allgemeine Unterstützungs- und Überwachungspflicht bezogen auf den (vorläufigen) Verwalter (§ 69 InsO) - Kontrolle der Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Insolvenzabwicklung
- Bestimmte Treuepflichten, wie z.B. die Verschwiegenheitspflicht
- Pflicht zur Kassenprüfung
- Mitwirkungs- und Zustimmungsregelungen in der Eigenverwaltung, insbesondere bei Rechtshandlungen, die von besonderer Bedeutung sind (§ 276 i.V.m. 160 InsO)
- Recht zur Einholung von Auskünften und Informationen über den Verlauf des Insolvenzverfahrens beim Insolvenzverwalter
- Mitwirkung bei „*Entscheidungen zur Begründung von umfangreicheren Masseverbindlichkeiten, Insolvenzgeldvorfinanzierung, Teilbetriebsstilllegungen*“<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Ahrens/ Gehrlein/ Ringstmeier/ Ringstmeier, Fachanwaltskommentar, § 270, Rn. 20.

<sup>30</sup> Rechell/ Willemsen, Kommentar ESUG, S. 280, Rn. 8.

<sup>31</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 39; Rechell/ Willemsen, Kommentar ESUG, S. 280, Rn. 9.

<sup>32</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 24.

<sup>33</sup> Buchalik/ Haarmeyer, Der (vorläufige) Gläubigerausschuss, S. 59 ff.

<sup>34</sup> Beth, ZInsO 2012, 1974, 1975.

- ständige Überprüfung des Verfahrens auf erkennbare Nachteile für die Gläubigerbefriedigung (z.B. Befriedigung anfechtbarer Forderungen im Eröffnungsverfahren, Begründung unangemessener Beraterhonorare)
- ständige Prüfung im Schutzschirmverfahren, ob ein Aufhebungsantrag gemäß § 270b Abs. 4 S. 1 Nr. 2 InsO zu stellen ist<sup>35</sup>

Bezüglich der Rechte und Pflichten der Ausschussmitglieder sind schließlich supplementäre Anforderungen an die Mitglieder des vorl. GA zu stellen. Unter anderem sind in diesem Zusammenhang Branchenkenntnisse, die Trennung von Eigeninteresse und Gläubigergesamtinteresse, Verschwiegenheit sowie insolvenzrechtliche Kenntnisse relevant<sup>36</sup>, denn der Tätigkeit der Mitglieder im vorl. GA wird eine immer bedeutendere Stellung im Insolvenzverfahren zuteil.

### 3. Beabsichtigter Nutzen der Änderungen für die Praxis

Damit die Weichen des krisenbetroffenen Unternehmens im Insolvenzverfahren frühzeitig, das heißt in den ersten zehn bis vierzehn Tagen, in „*die richtige [...] Richtung*“ gestellt werden können, sollte die Einflussnahme der Gläubiger bereits auf den ersten Tag des Verfahrens verlegt werden.<sup>37</sup> Besonders im frühen Stadium des Verfahrens, dem Eröffnungsverfahren, werden „*regelmäßig wichtige und weitreichende Entscheidungen*“ unter Zeitdruck getroffen, bei denen es hilfreich sein kann, wenn Gläubiger mit Kenntnissen über den Geschäftsbetrieb des Schuldners frühzeitig involviert werden<sup>38</sup> und um „*möglichst konsensuale Entscheidungen zu treffen*“.<sup>39</sup>

Des Weiteren soll der neu eingefügte § 22a InsO dazu beitragen, dass der frühe Gläubigereinfluss auf die Verwalterwahl, die Anordnung der Eigenverwaltung und die Sachwalterbestellung, sichergestellt ist<sup>40</sup>, wenn es darum geht, ein insolventes Unternehmen mit Aussicht auf Sanierung sowie dessen Betriebsstätte und Arbeitsplätze zu erhalten, da meist der vorläufige Sachwalter/ Insolvenzverwalter auch im eröffneten Verfahren diese Rolle inne haben wird. Gerade in solchen Fällen, „*in denen ein einsichtiger Schuldner frühzeitig das Gespräch mit seinen Gläubigern über die Abwicklung des Insolvenzver-*

<sup>35</sup> Buchalik/ Haarmeyer, Der (vorläufige) Gläubigerausschuss, S. 62 f.

<sup>36</sup> Buchalik/ Haarmeyer, Der (vorläufige) Gläubigerausschuss, S. 36 ff.; Kübler/ Ampferl, HRI, S. 351, Rn. 114; RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 24.

<sup>37</sup> Buchalik/ Brömmekamp/ Haarmeyer, Newsletter 2014, S. 5.

<sup>38</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/7511 v. 26.10.2011, S. 33.

<sup>39</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 24.

<sup>40</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 24.

*fahrens sucht*<sup>41</sup>, ist eine frühzeitige Einbindung sinnvoll. Die Aufnahme der Regelungen „in den Katalog möglicher vorläufiger Maßnahmen“ sollte für Rechtssicherheit sorgen.<sup>42</sup>

Vor der Einführung des § 22a InsO wurde die Höhe der Schwellenwerte kontrovers diskutiert.<sup>43</sup> Der gesetzgeberischen Intention, „die Gläubiger stärker am Verfahren zu beteiligen und die Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses auch bei kleineren und mittleren Unternehmen zu etablieren“, standen Stimmen aus der Praxis<sup>44</sup> entgegen, die befürchteten, „dass bei zu geringen Schwellenwerten die Beteiligung der Gläubiger unverhältnismäßig aufwändig sei sowie bei den Gläubigern das Interesse und damit die Bereitschaft zur Mitwirkung fehlen würde.“ Waren die Schwellenwerte zunächst nicht dem Bilanzrecht des HGB entnommen worden, sondern „der Empfehlung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 6. Mai 2003 ‚betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen‘ (Amtsblatt L 124/36 vom 20.5.2003)“<sup>45</sup>, so wurde sich in der weiteren Entwicklung an den Vorschlägen der Praxis orientiert.<sup>46</sup> Dies führte dazu, dass eine Anknüpfung an das Handelsrecht vorgenommen wurde.

Im Sinne einer „stärkeren Planbarkeit des Verfahrens für die Beteiligten“ sollte die Möglichkeit eröffnet werden, „den im Vorfeld abgestimmten und erstellten Insolvenzplan im Insolvenzverfahren auch vom Planersteller umsetzen zu lassen.“<sup>47</sup> Entgegen der in Diskussionen über den Gesetzesentwurf geäußerten Bedenken, bezüglich der Parteilichkeit eines vorbefassten Verwalters, kann auch noch über § 56a II InsO ein Planersteller zum Verwalter bestellt werden.

#### **4. Feststellungen zur bisherigen Entwicklung**

##### **a) Allgemein**

Dreieinhalb Jahre nach Einführung des ESUG bestehen umfangreiche Praxiserfahrungen mit den neuen Möglichkeiten der Insolvenzordnung. Laut der

<sup>41</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/7511 v. 26.10.2011, S. 34.

<sup>42</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 24.

<sup>43</sup> Pape, ZInsO 2011, 1033, 1037; Steinwachs, ZInsO 2011, 410; Frind, ZInsO 2011, 373, 376; Urlaub, ZIP 2011, 1040, 1042.

<sup>44</sup> Kübler/ Ampferl, HRI, S. 331, Rn. 10; Frind, ZInsO 2011, 373, 376.

<sup>45</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 24.

<sup>46</sup> vgl. nur redigiertes Wortprotokoll der 55. Sitzung des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) am 29.06.2011 im Deutschen Bundestag, S. 10, 43 und weitere.

<sup>47</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/7511 v. 26.10.2011, S. 34.

„ESUG-Studie 2014/ 2015“<sup>48</sup> von Roland Berger Strategy Consultants (RBSC) und der Heidelberger gem. Gesellschaft für Unternehmensrestrukturierung mbH (HgGUR), die im Mai 2015 veröffentlicht wurde, haben 92 % (2013: 84 %) der Befragten (Stichprobenumfang: 1400 Personen (2013: 2100), Rücklaufquote ca. 11 %) das ESUG bereits angewendet. Von den jeweils befragten Personengruppen hatten an erster Stelle jene in den Rollen des Insolvenzverwalters/ Sachwalters mit 73 % am häufigsten Kontakt mit dem ESUG, gefolgt von denen als Rechtsanwalt (49 %), als Management des Schuldners (20 %), wobei dieses aus 13 % CROs bestand, und als Richter (14 %).<sup>49</sup> In der Rolle eines Gläubigers hatten lediglich 11 % Erfahrung mit dem ESUG - in der Studie von 2013 waren es noch 46 % der Antwortenden.<sup>50</sup> Diese gravierenden Abweichungen resultieren vermutlich aus dem Stichprobenumfang, der Rücklaufquote und dem abweichenden Anteil der Gläubiger an der Gesamtheit der antwortenden Personengruppen. Vergleiche bezüglich der Gläubiger mit den Werten aus dem Jahre 2013 werde so schwierig - Aussagen und Interpretationen können zu dieser Studie und über die widerspiegelte Realität somit nicht aussagekräftig oder nur unzulänglich formuliert werden.

Verglichen mit der Studie aus dem Jahre 2012 waren es damals lediglich 53 % der Befragten, die das ESUG bis dahin überhaupt angewendet hatten.<sup>51</sup> Daraus lässt sich ein Zuwachs um 39 Prozentpunkte gegenüber 2012 ableiten. Im Zusammenhang mit der Neuregelung des Instruments vorl. GA hatten 81 % der Studienteilnehmer (25 % in 2012 und 64 % in 2013<sup>52</sup>) Erfahrung und 88 % derer (66 % in 2012 und 69 % in 2013) fühlten sich darüber ausreichend informiert.<sup>53</sup>

Die vorherige Einrichtung eines „(informellen) Gläubigerausschusses“ erachteten die Befragten 2013 mit 75 % als wichtig oder sehr wichtig und stellte somit damals für sie „überwiegend keine Hürde dar“<sup>54</sup>. Außerdem war für 92 % der Befragten eine Abstimmung mit dem vorl. GA wichtig bis sehr wichtig für die erfolgreiche Verfahrenseröffnung. Der Vorjahreswert wurde hier lediglich um einen Prozentpunkt unterboten, was RBSC und Noerr zu der Aussage veran-

<sup>48</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, auch „RBSC-Studie 2015“ oder „ESUG-Studie 2015“.

<sup>49</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 12.

<sup>50</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2013, S. 22, auch „RBSC-Studie 2013“ oder „ESUG-Studie 2013“.

<sup>51</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2012, S. 11, auch „RBSC-Studie 2012“ oder „ESUG-Studie 2012“.

<sup>52</sup> Die Daten der Studie 2013 besagen 80 %, siehe ESUG-Studie 2013, S. 23.

<sup>53</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 15.

<sup>54</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2013, S. 27.

lasste, dass „dieses Instrument [...] in der Praxis angekommen“ zu sein scheint.<sup>55</sup>

In 12 %<sup>56</sup> (2013: 13 %<sup>57</sup>) der Fälle wurde die Rechtssicherheit bezüglich des vorl. GA mit Einfluss auf die Verwalterauswahl mit niedrig oder sehr niedrig bewertet. Nach Einschätzung der Verfahrensbeteiligten sind es immer noch 19 %<sup>58</sup> (2013: 41 %<sup>59</sup>) der Gläubiger, die sich mit ihrer Rolle schwer tun.

Bei der Frage, ob die seitens des Gesetzgebers gesetzten Ziele bezüglich der Stärkung des Gläubigereinflusses bislang erfüllt worden seien, gaben 64 % (Vorjahr: 59 %) der Befragten ihre Zustimmung - bei 17 %-iger (Vorjahr: 11 %) Ablehnung.<sup>60</sup><sup>61</sup> In diesem Zusammenhang halten auch 41 % (Vorjahr: 44 %) die Regelungen des vorl. GA hinsichtlich der Stärkung der Gläubigerrechte für gelungen - dem stehen 26 %<sup>62</sup> (Vorjahr: 21 %<sup>63</sup>) gegenüber, die die Regelungen als nicht gelungen erachten. Die Gläubiger selbst betrachteten das Instrument des vorl. GA noch im Jahr 2013 mit 47 % als gelungen und 26 % als nicht gelungen.<sup>64</sup> Eine erneute Befragung der Gläubiger diesbezüglich wurde in der Studie 2014/ 2015 nicht durchgeführt.

In der „Mittelstandsumfrage zur Akzeptanz des ESUG“<sup>65</sup>, im Mai 2014 von *Creditreform*, dem *DIAI e.V.* und dem *BV ESUG* durchgeführt, wurden 3996 Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft zu fünf verschiedenen Sachverhalten befragt. Eine der Fragen lautete: „Zentrales Steuerungsmittel der neuen Möglichkeiten ist ein sog. vorl. Gläubigerausschuss, in dem alle Gläubigergruppen repräsentiert sein sollen. Wären Sie bereit, sich für einen solchen Ausschuss zur Verfügung zu stellen?“. Von den 3996 befragten Unternehmen beantworteten diese Frage 1604 mit „Ja“ (ca. 49 %) und 1684 mit „Nein“ (ca. 51 %).<sup>66</sup> Diese hohe allgemeine Bereitschaft ist erstaunlich, denn bisher fällt es in vielen Fällen durchaus schwer, geeignete und bereite Mitglieder für die verantwortungsvolle Aufgabe zu finden, so ein Fazit der Mittel-

<sup>55</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2013, S. 28.

<sup>56</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 24.

<sup>57</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2013, S. 33.

<sup>58</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 26.

<sup>59</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2013, S. 34.

<sup>60</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 21; Das Delta zwischen 2014/ 2015 und 2013 ist hier falsch - wenn der ermittelte Wert 64 % war, so ist das Delta gegenüber dem Wert von 2013 (59 %) gleich +5 % und nicht -5 %.

<sup>61</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2013, S. 35.

<sup>62</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 23.

<sup>63</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2013, S. 26.

<sup>64</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2013, S. 37.

<sup>65</sup> *Creditreform, DIAI, BV ESUG, Mittelstandsumfrage 2014.*

<sup>66</sup> *Creditreform, DIAI, BV ESUG, Mittelstandsumfrage 2014, S. 9.*

standsumfrage.<sup>67</sup> Der Grad der Bereitschaft zur Mitwirkung an einem vorl. GA schwankt sowohl innerhalb der Branchen als auch der Wirtschaftszweige. Es lassen sich hier eindeutige Tendenzen feststellen - die Bereitschaft in der Branche der Dienstleistungen liegt mit 52 % an vorderster Stelle, wohingegen der Einzelhandel mit einer Bereitschaft von nur 37 % das Schlusslicht darstellt.<sup>68</sup>

Im Rahmen der von Noerr und McKinsey im Juni 2015 veröffentlichten „InsO-Studie 2015“<sup>69</sup> wurden 220 Sanierungs- und Insolvenzexperten zu ihren Einschätzungen und Erfahrungen bezüglich des ESUG und der neuen Instrumente der InsO befragt. Der Aussage: „Die Möglichkeit der Mitwirkung im Gläubigerausschuss erhöht die Bereitschaft der Gläubiger, die Sanierung zu unterstützen“ stimmten 83 % der Befragten zu, während 82 % der Aussage, dass „Gläubigerausschüsse zunehmend professioneller“ würden, zustimmten.<sup>70</sup>

Dieser Umstand „deckt sich mit unseren Erfahrungen“, so McKinsey-Restrukturierungspartner Klaus Kremers<sup>71</sup>. 62 % waren der Meinung, dass „die Rechte des vorläufigen Gläubigerausschusses [...] ausgebaut werden [sollten]“.<sup>72</sup> Auch Syndikus der UniCredit Bank AG Thomas Kamm<sup>73</sup> berichtet von seiner Erfahrung, dass „die Gerichte [...] es größ[t]enteils begrüßen, wenn sich die Gläubiger in das Verfahren professionell einbringen (insbesondere durch Teilnahme an einem vorläufigen Gläubigerausschuss)“ und zum Teil auch aktiv an der Vorbereitung eines vorl. GA mitwirkten. In der Praxis herrsche eine „aktive, aber selektive Nutzung des Rechts, die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses zu beantragen (insbesondere, um vor Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters Gehör zu finden) bzw. Mitarbeiter in den (vorläufigen) Gläubigerausschuss zu entsenden“, so Kamm<sup>74</sup> weiter.

## **b) Vorteile für die Praxis**

Im Zusammenhang mit der Einführung der neuen Rechte und Pflichten ergeben sich entsprechende Vorteile für die Einflussnahme des vorl. GA auf das Verfahren.

<sup>67</sup> Creditreform, DIAI, BV ESUG, Mittelstandsumfrage 2014, S. 6.

<sup>68</sup> Creditreform, DIAI, BV ESUG, Mittelstandsumfrage 2014, S. 22.

<sup>69</sup> Noerr/ McKinsey, InsO-Studie 2015; In der Studie wurde keine Rücklaufquote (RLQ) der Antworten angegeben.

<sup>70</sup> Noerr/ McKinsey, InsO-Studie 2015, S. 12.

<sup>71</sup> Noerr/ McKinsey, Pressemitteilung 08/ 2015.

<sup>72</sup> Noerr/ McKinsey, InsO-Studie 2015, S. 12.

<sup>73</sup> Kamm, Vortrag Afl e.V., S. 3.

<sup>74</sup> Kamm, Vortrag Afl e.V., S. 4.

Voraussetzung für einen Einfluss auf die zentralen Weichenstellungen des Insolvenz- bzw. Sanierungsverfahrens ist die frühzeitige Einbindung der Gläubiger - deshalb muss der Dialog zu einem frühen Zeitpunkt aufgenommen werden. Eine frühzeitige Einbindung ist nachweislich ein essentieller Einflussfaktor auf die Dauer der Insolvenzverfahren und die Erfolgsaussichten der Sanierungsmaßnahmen.<sup>75</sup> Wie die Geschäftsführung des Schuldners, sind auch die Gläubiger Know-how-Träger im Verfahren, weil sie oftmals aus demselben Wirtschaftszweig wie der Schuldner kommen und über Wissen verfügen, das zu einer erfolgreichen Sanierung beitragen kann.<sup>76</sup> Der Gläubigerausschuss soll den Verwalter regelmäßig dabei unterstützen, ein worst-case Szenario einer Liquidation abzuwenden, bei dem beispielsweise die Mitarbeiter ihren Arbeitsplatz verlieren, die Kunden den Lieferanten und der Vermieter seinen Mieter.<sup>77</sup> Je früher die Gläubiger und das Gericht deshalb in die Entscheidungen involviert werden und somit auch Erkenntnisse über das Schuldnerunternehmen kommuniziert werden, desto höher sind die Sanierungschancen des Unternehmens. Mit der nunmehr weitgehend bestehenden Planungs- und Rechtssicherheit, über die Anordnung der Eigenverwaltung durch das Gericht, ist der Anreiz des Schuldners zur frühzeitigen Antragstellung massiv gestiegen.<sup>78</sup>

Verbesserte Chancen der Sanierung im Hinblick auf § 22a II, III InsO mit der „*Einsetzung im Regelfall*“ und dem „*Unterbleiben bei Gefahr einer nachteiligen Vermögensveränderung*“ können sich ergeben, wenn die Mitglieder des vorl. GA bereits bei Antragstellung bzw. am selben Tag dem Gericht benannt werden, „*um Verzögerungen und damit möglicherweise eine Verwalterbestellung durch das Gericht ohne Beteiligung der Gläubiger*“ zu minimieren.<sup>79</sup>

*„Für die tatsächliche Abwicklung des Verfahrens ist der Gläubigerausschuss, sofern ein solcher bestellt ist, das wichtigste Organ der Insolvenzgläubiger im Rahmen der Insolvenzabwicklung.“ - Robert Buchalik<sup>80</sup>.*

Einen wesentlichen Vorteil stellt die Anhörung zur Auswahl des vorläufigen Insolvenzverwalters/ Sachwalters gemäß § 56a InsO dar. Dabei kommt es auf die Wahl der für den Verfahrenszweck am besten geeigneten Person an, da in

<sup>75</sup> Meffert, Strategische Unternehmensführung, S. 383.

<sup>76</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 24.

<sup>77</sup> Kübler/ Ampferl, HRI, S. 351, Rn. 113.

<sup>78</sup> Buchalik, Neun Monate ESUG.

<sup>79</sup> Kamm, Vortrag Afl e.V., S. 3.

<sup>80</sup> Buchalik/ Brömmekamp/ Buchalik, Newsletter 01/ 2015, S. 2.

den meisten Fällen der vorläufige Insolvenzverwalter/ Sachwalter nach Verfahrenseröffnung zum endgültigen Verwalter bestellt wird.<sup>81</sup> Im Sinne der besten Gläubigerbefriedigung leistet der einstimmige Vorschlag bezüglich des vorl. Insolvenzverwalters/ Sachwalters einen wertvollen und wichtigen Beitrag zur Gerechtigkeit des Verfahrens unter allen Gläubigern. Dem Gesetzgeber war durchaus bewusst, dass Einzelne versucht sein könnten, den gestärkten Gläubigereinfluss zur Verfolgung partikularer Interessen zu missbrauchen. Mit Recht hat der Rechtsausschuss des Bundestages deshalb unterstrichen, dass die Unabhängigkeit eines vom vorläufigen Gläubigerausschuss vorgeschlagenen Verwalters besonders eingehend zu prüfen ist.<sup>82</sup> Dennoch werden die Gerichte durch die Entscheidungsmacht des vorl. GA bei ihren Tätigkeiten entlastet, was für sie als positiv zu betrachten ist.

Des Weiteren ist eine frühzeitige Einbeziehung der Gläubiger der Haupterfolgswirkung beim Antrag auf Eigenverwaltung - mit 73 % (2012)<sup>83</sup> Zustimmung zum Kriterium Gemeinsamer Vorschlag eines Sachwalters durch Schuldner und Gläubiger sowie 75 % (2013)<sup>84</sup>/ 71 % (2012)<sup>85</sup> Zustimmung zum Kriterium vorherige Einrichtung eines (informellen) Gläubigerausschusses. Diese Daten deuten ebenfalls auf einen immensen Einfluss des vorl. GA auf die Vorbereitung und das Gelingen von Insolvenzverfahren, insbesondere von Eigenverwaltungsverfahren, hin.

Seien Schuldner und Gläubiger der Auffassung, dass es sich bei dem vorgeschlagenen Sachwalter um eine sanierungserfahrene Person handle, die das Vertrauen aller Beteiligten genieße, so sei damit außerordentlich viel gewonnen. So würden nämlich die Gläubiger sehr schnell feststellen, ob mit dem Schutzschirmverfahrensantrag tatsächlich eine Sanierung des Unternehmens angestrebt würde oder andere Gründe im Vordergrund stünden, so *Bernsau*<sup>86</sup>.

Untreuehandlungen werden durch das neue Recht verhindert. In professionell aufgesetzten Verfahren mit Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses in der vorbeschriebenen Art und Weise sind Untreuehandlungen seitens eines (vorläufigen) Insolvenzverwalters heute praktisch auszuschließen. Sie finden aber, nicht zuletzt aufgrund der wirtschaftlichen Not der Verwalter, die

<sup>81</sup> MüKo-InsO/ *Graeber*, § 56a, Rn. 2.

<sup>82</sup> Rostocker Schriften/ *Bornemann*, ESUG im Stresstest, S. 21.

<sup>83</sup> *Roland Berger*, ESUG-Studie 2012, S. 21.

<sup>84</sup> *Roland Berger*, ESUG-Studie 2013, S. 27.

<sup>85</sup> *Roland Berger*, ESUG-Studie 2012, S. 21.

<sup>86</sup> *Baur/ Kantowsky/ Schulte/ Bernsau*, Stakeholder Management, S. 215.

durch den Rückgang der Insolvenzverfahren und die zunehmenden Eigenverwaltungsverfahren bedingt sind, nach wie vor immer wieder statt.<sup>87</sup>

### **c) Nachteile für die Praxis und maßgebliche Kritik an den Änderungen**

Mit dem vorl. GA hat ein Großteil der Gläubiger Erfahrung, jedoch fühlten sich bisher nur relativ wenige von ihnen ausreichend darüber informiert. Dies lässt den Schluss zu, dass sich dort noch ein großes Potential verbirgt.<sup>88</sup> Ist doch die Informiertheit über ein anzuwendendes Instrument, sofern es denn genutzt werden soll, grundlegende Voraussetzung.

Die Neuregelungen werfen zahlreiche Auslegungsfragen auf. So ist zum Beispiel fraglich, ob die Abwahlmöglichkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters durch den vorläufigen Gläubigerausschuss gem. § 56a III InsO auch dann besteht, wenn der Ausschuss zum Zeitpunkt der Verwalterbestellung noch gar nicht eingesetzt war oder ob die Neuwahlmöglichkeit auch für den vorläufigen Gläubigerausschuss im eröffneten Verfahren besteht. Offen geblieben ist zudem, zu welchem Zeitpunkt das Amt des vorläufigen Gläubigerausschusses endet. Hinzu kommt, dass überwiegend umfangreiche Vorbereitungen des Schuldners erforderlich sind, damit die vom Gesetzgeber vorgesehenen Instrumente überhaupt zur Anwendung kommen können.<sup>89</sup>

Die Gläubiger beurteilten die Reformen kritischer als noch in den Vorjahren. Wenngleich den Anträgen auf Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren weiterhin überwiegend stattgegeben wird, ist die Ablehnung durch die Gläubiger im Vergleich zur Ablehnung durch die Insolvenzrichter stark gestiegen,<sup>90</sup> eine weiter steigende Tendenz ist zu beobachten.

Die Schwellenwerte für die Pflicht zur Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 22a Abs. 1 InsO sei laut *Kamm*<sup>91</sup> auch nach 3 Jahren weiterhin diskussionswürdig. So wird „*bei einem Anstieg der Insolvenzen [...] eine stärkere Fokussierung auf ausgewählte Großverfahren erforderlich sein*“, denn die Teilnahme an einem (vorläufigen) Gläubigerausschuss binde bei den Gläubigern erhebliche Ressourcen. Vor allem Großgläubigern wie Banken und die Gläubigergesamtheit müsse sich aus der Teilnahme ein tatsächlicher

<sup>87</sup> Buchalik/ Brömmekamp/ *Buchalik*, Newsletter 01/ 2015, S. 3.

<sup>88</sup> *Roland Berger*, ESUG-Studie 2013, S. 24.

<sup>89</sup> *Merten*, Die neue Insolvenzrechtsreform 2012, S. 2.

<sup>90</sup> *Roland Berger*, ESUG-Studie 2013, S. 5/26.

<sup>91</sup> *Kamm*, Vortrag Afl e.V., S. 4.

Mehrwert ergeben, denn es müssten Mitarbeiter bereitgehalten und geschult werden.

Der zusätzliche Zeit- und Personalaufwand wird unter den Beteiligten weiterhin ein Entscheidungskriterium für oder wider eine Teilnahme am vorl. GA sein.

Bezüglich der Schwellenwerte als Kriterium, stellt sich unter wirtschaftlich-strategischen Gesichtspunkten die Frage (für Schuldner und Gläubiger), ob im Einzelfall überhaupt ein Ausschuss gebildet werden sollte. Werden die Schwellenwerte nämlich nicht überschritten und dementsprechend kein Pflichtausschuss zu bestellen ist, kann dies zu schwierigen Abwägungen führen, die möglicherweise nicht immer zweckdienlich sein dürften.

Wesentliche Gründe dafür, dass sich Verfahrensbeteiligte, vor allem auch Gläubiger mit ihrer Rolle kurz nach der Rechtsreform noch schwer taten (siehe Abschnitt C.I.1.a)), können die *„neue[n] Aufgabengebiete bei Gläubigern“*, *„mangelnde Erfahrung und Machtverlust“*, *„fehlende traditionelle Denkmuster“* sowie *„mangelnde Transparenz bei [der] Auswahl [der Mitglieder] des Gläubigerausschusses“* sein<sup>92</sup>, während diese Schwierigkeiten nun eher Richtern, Personen im Management, Gesellschaftern und Insolvenzverwaltern entgegenstehen.<sup>93</sup>

Die Regelung des § 22a InsO ist nicht unumstritten. Wie bei der Verwalterauswahl durch die Gläubiger werden auch hier Manipulationsmöglichkeiten eröffnet, wenn Schuldner und Gläubiger, aber auch der vorläufige Insolvenzverwalter die Auswahl der Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses beeinflussen können.<sup>94</sup> Daraus ergibt sich ein enormer Nachteil, denn im Geschäftsleben wird es nicht selten dazu kommen, dass die wahren Beweggründe einzelner Mitglieder im Vorhinein klar bestimmt werden können.

## **5. Zwischenfazit**

Da die Stärkung der Gläubigerrechte eines der wesentlichen Ziele des ESUG ist, hat die Tatsache, dass vor allem Gläubiger mit dem ESUG Erfahrungen gesammelt haben, eine besondere Bedeutung. Den Daten der Studien (*Roland Berger, Noerr, Creditreform etc.*) zufolge, wird das Instrument des vorl. Gläubigerausschusses grundsätzlich begrüßt und der erweiterte Einfluss der

<sup>92</sup> *Roland Berger*, ESUG-Studie 2013, S. 34.

<sup>93</sup> *Roland Berger*, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 26.

<sup>94</sup> *Römermann NJW* 2012, 645, 647.

Gläubiger auf das Verfahren positiv aufgefasst. Von den zusätzlichen Möglichkeiten der Neuerungen wird der Analyse zufolge nicht selten Gebrauch gemacht. Dies ist vornehmlich an der möglichen Ablehnung der Eigenverwaltung zu erkennen.

Bei der Gruppenbildung ist jedoch darauf zu achten, und hier kommt dem Gericht eine besondere Rolle zu, dass Großgläubiger nicht versuchen, über Einflussnahme auf den Schuldner einen Verwalter zu etablieren, der nur ihren Interessen gerecht wird. Eine Wahrung der Interessen aller Gläubigergruppen muss gewährleistet sein, Missbrauchspotenzial stets im Hinterkopf behalten werden. Die oben genannten Vorteile machen zwar auch das Kernproblem der Gläubigerselbstverwaltung deutlich, die einerseits zwischen der Aufgabe des vorläufigen Gläubigerausschusses liegt, im Interesse aller Gläubiger tätig zu sein, andererseits der legitimen Verfolgung der jeweiligen Einzelinteressen des Gläubigers an möglichst weitgehend eigener Befriedigung. Die Mitgliedschaft im vorläufigen Gläubigerausschuss bewegt sich folglich in diesem Spannungsfeld zwischen Pflichtenkollision und legitimen wirtschaftlichen Eigeninteressen.<sup>95</sup> Vor allem Großbanken scheuen, entweder aus Arbeitsüberlastung oder möglichen Haftungserwägungen, die Mitgliedschaft im vorläufigen Gläubigerausschuss.<sup>96</sup>

Mit den gestärkten Mitwirkungsrechten der Gläubiger kommt den Organen eine größere Bedeutung als in der Vergangenheit zu.<sup>97</sup>

Die vorgenannte, subjektiv empfundene Informiertheit der Befragten kann nur bedingt als Indikator bezüglich der tatsächlichen Kompetenz und des wahren Sachverstandes über den vorl. GA herangezogen werden.

Den Mitgliedern des vorl. Gläubigerausschusses steht mit Annahme des Amtes eine sowohl „zeitintensive“ als „auch verantwortungsvolle und aufgabenreiche“<sup>98</sup> Rolle entgegen. Durch ihren deutlich gestärkten Einfluss auf die Verwalterauswahl sowie den Gang des Insolvenzverfahrens und damit die Sanierung des Unternehmens, treten sie in ein Amt mit hohem Anspruch und Vertrauen. Vor allem „institutionelle Gläubiger (Kreditinstitute, Finanzämter, Sozialversicherungsträger, Gewerkschaften, Bundesagentur für Arbeit) machen hiervon zunehmend Gebrauch.“<sup>99</sup>

<sup>95</sup> Buchalik/ Brömmekamp/ Buchalik, Newsletter 01/ 2015, S. 2.

<sup>96</sup> Kamm, Vortrag Afl e.V., S. 4.; Buchalik/ Brömmekamp/ Buchalik, Newsletter 01/ 2015, S. 3.

<sup>97</sup> Buchalik/ Haarmeyer, Der (vorläufige) Gläubigerausschuss, S. 8.

<sup>98</sup> PKF, Themenwissen ESUG, S. 11.

<sup>99</sup> PKF, Themenwissen ESUG, S. 11.

Die Einflussnahme der Gläubiger auf den Insolvenzverwalter darf jedoch nicht derartig überhand annehmen, dass dessen Unabhängigkeit infrage gestellt werden muss. Kommen Zweifel an der Unabhängigkeit auf und bestätigen sich Vermutungen der Befangenheit, könnte das Verfahren gefährdet sein. In der Folge würden Zeitvorteile, die in der Krise von hoher Bedeutung sind, zunichte gemacht.

Im Hinblick auf die Eigenverwaltung und das neue Schutzschirmverfahren spielt der vorl. GA eine zentrale Rolle<sup>100</sup> - die Vorverlagerung der Gläubigerinvolvement in Form des präsuntiven vorläufigen Gläubigerausschusses wird seinen Teil dazu beitragen, dass Konflikte und Probleme mit den Verfahrensbeteiligten weit im Vorfeld der Insolvenz behandelt werden können.

Grundsätzlich werden die Regelungen mit ihren neuen Einflussmöglichkeiten auf das Verfahren angenommen, obwohl noch ein großer Nachholbedarf im Hinblick auf die Informationslage bei den Gläubigern besteht.

## **II. Insolvenzplan und Debt-Equity-Swap - §§ 217 ff. InsO**

In diesem Abschnitt werden die ESUG-Regelungen bezüglich des Insolvenzplanverfahrens inklusive jener des Debt-Equity-Swaps (DES) behandelt, da im gestaltenden Teil des Insolvenzplans auch Regelungen über den DES und dementsprechend Eingriffe in die Rechte der Anteilsinhaber getroffen werden können.

### **1. Wesen des Insolvenzplans**

In § 1 S. 1 der InsO wird der Insolvenzplan als eines der Verfahrensmittel aufgeführt, durch den die gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung mittels abweichender Regelungen, insbesondere zum Erhalt des Unternehmens, erreicht werden soll. Die betreffenden Vorschriften über von der Insolvenzordnung abweichende Regelungen finden sich in den §§ 217 - 269 InsO und betreffen *„die Befriedigung der absonderungsberechtigten und der Insolvenzgläubiger, die Verwertung und die Verteilung der Insolvenzmasse sowie die Haftung des Schuldners nach Beendigung des Insolvenzverfahrens“*.<sup>101</sup> Der Gesetzgeber sieht den Zweck des Rechtsinstituts darin, den am Verfahren Beteiligten *„einen Rechtsrahmen für die einvernehmliche Bewältigung der Insolvenz im We-*

<sup>100</sup> Haarmeyer/ Horstkotte, ZInsO 2012, 1441, m.w.N.

<sup>101</sup> Haarmeyer/ Frind, InsR, S. 113, Rn. 269.

ge von Verhandlungen und privatautonomen Austauschprozessen zu ermöglichen<sup>102</sup>, so sollte ihnen ein „Höchstmaß an Flexibilität“ geboten werden und die Verfahrensabwicklung dementsprechend „möglichst frei von staatlichen Vorgaben“<sup>103</sup> erfolgen können. Die Grundidee des Insolvenzplanverfahrens orientiert sich an dem Chapter-11-Verfahren des Bankruptcy Code der USA<sup>104</sup> sowie dem englischen CVA (company voluntary arrangement)<sup>105</sup> und soll „eine gläubigerbestimmte Abwicklung mittels Zwangsvergleich garantieren, sodass sich bietende Sanierungsoptionen auch mit Mehrheit durchgesetzt werden können“.<sup>106</sup>

Der Schuldner kann den Plan mit dem Eröffnungsantrag vorlegen (§ 218 I 2 InsO) und so unmittelbar zu Beginn des Verfahrens Maßnahmen zum Erhalt seines Unternehmens einleiten. Auch der Insolvenzverwalter kann durch die Gläubiger „mit der Ausarbeitung eines Insolvenzplans nach ihren Vorgaben“<sup>107</sup> beauftragt werden (§ 157 InsO). Inhalt und Zielsetzung des Insolvenzplanverfahrens kann sowohl die Sanierung als auch die Liquidierung oder die Übertragung des Unternehmens sein<sup>108</sup> - darüber hinaus können auch Mischformen und sonstige Arten von Plänen<sup>109</sup> zur Zielerreichung erstellt werden.<sup>110</sup>

Der Insolvenzplan als solches besteht nach § 219 S. 1 InsO aus einem darstellenden und einem gestaltenden Teil - zuzüglich einiger Anlagen, die in den §§ 229 und 230 InsO aufgeführt sind. Der darstellende Teil (§ 220 InsO) dient dazu, Maßnahmen zu beschreiben, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens getroffen worden sind oder noch getroffen werden sollen, um die Grundlagen für die geplante Gestaltung der Rechte der Beteiligten zu schaffen - es soll über das Ziel des Planverfahrens und gleichzeitig über den Weg zur Zielerreichung informiert werden.<sup>111</sup> So sollen die Gläubiger in die Lage versetzt werden, zwischen konkurrierenden Planvarianten und einer Verwertung nach den gesetzlichen Regelvorschriften zu entscheiden.<sup>112</sup>

Der gestaltende Teil des Plans (§ 221 InsO) enthält diejenigen schuldrechtlichen Verpflichtungen/ Vereinbarungen und Regelungen, die unmittelbar wirk-

<sup>102</sup> RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443 v. 15.04.1992, S. 90.

<sup>103</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/7511 v. 26.10.2011, S. 35.

<sup>104</sup> Kübler/ Geiwitz/ Käfferlein, HRI, S. 685, Rn. 1.

<sup>105</sup> Andres/ Leithaus/ Andres, InsO, § 225a, Rn. 3.

<sup>106</sup> Haarmeyer/ Frind, InsR, S. 113, Rn. 269.

<sup>107</sup> Crone/ Werner/ Abel, Sanierungsmanagement, S. 407.

<sup>108</sup> Haarmeyer/ Frind, InsR, S. 113, Rn. 268.

<sup>109</sup> Beispielsweise ein sog. „prepackaged plan“, der bereits vor Einleitung des Insolvenzverfahrens vereinbart wird.

<sup>110</sup> Braun/ Frank, InsO, Vorbemerkung vor §§ 217 - 269, Rn. 13.

<sup>111</sup> Kübler/ Geiwitz/ Käfferlein, HRI, S. 687, Rn. 7.

<sup>112</sup> Crone/ Werner/ Abel, Sanierungsmanagement, S. 406.

sam werden und kann zudem die dinglichen Rechtsänderungen enthalten.<sup>113</sup> Die §§ 222 ff. InsO beinhalten „*einzelne einschränkende Regelungen bezüglich der grundsätzlichen Gestaltungsmöglichkeiten bei der Erstellung des Insolvenzplans.*“<sup>114</sup> Hierunter fallen unter anderem die Gruppenbildung, Veränderungen der Rechtsstellungen der Beteiligten, Wirksamkeitszeitpunkt und Überwachung der Planerfüllung.<sup>115</sup>

Ist das Ziel des Insolvenzplans die primär leistungswirtschaftliche Sanierung des Unternehmens, sollte bei der Erstellung des gestaltenden Teils auf die Ausführungen zu den Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (*IDW S 6*) zurückgegriffen werden. Diese allgemein anerkannte Richtlinie führt den Ersteller über die Analyse von Krisenstadium und -ursachen, das Leitbild mit dem Geschäftsmodell des sanierten Unternehmens, die Maßnahmenbeschreibung zur Krisenbewältigung und Insolvenzabwendung hin zu einer integrierten Unternehmensplanung, die die VFE-Lage (Vermögens-, Finanz- und Ertragslage) berücksichtigt.<sup>116</sup>

Das Wesen des Planes, ob er einen Vertrag eigener Art oder einen Vergleich i.S.v. § 779 ZPO darstellt, ist streitig.<sup>117</sup> In diesem Zusammenhang hat der BGH den Plan als „*spezifisch insolvenzrechtliches Instrument, mit dem die Gläubigergesamtheit ihre Befriedigung aus dem Schuldnervermögen organisiert, beschrieben - er ist ,jedenfalls kein Vertrag*“.<sup>118</sup>

## **2. Wesen des Debt-Equity-Swaps**

Im Zuge der Änderungen der Vorschriften über das Insolvenzplanverfahren durch das ESUG wurde auch das Instrument des Debt-Equity-Swaps in die Insolvenzordnung aufgenommen - als Ausfluss der Finanzmarktkrise und der fehlenden Möglichkeit, in die Rechte der Anteilsinhaber einzugreifen.<sup>119</sup> Bis zur Umsetzung des ESUG waren „*die gesellschafts- und insolvenzrechtliche[n] Ebenen einer Gesellschaft vollständig voneinander getrennt*“.<sup>120</sup> Durch die Einführung des § 225a II InsO kann nunmehr im gestaltenden Teil des Insolvenzplans vorgesehen werden, dass Forderungen von Gläubigern in An-

<sup>113</sup> Braun/ Frank, InsO, § 221, Rn. 5.

<sup>114</sup> IDW, IDW S 2, S. 10, Rn. 34.

<sup>115</sup> IDW, IDW S 2, S. 10, Rn. 38.

<sup>116</sup> IDW, IDW S 6, S. 3 f., Rn. 8.

<sup>117</sup> Braun/ Frank, InsO, Vorbemerkung vor §§ 217 - 269, Rn. 1.

<sup>118</sup> Urt. v. 6.10.2005 - IX ZR 36/02, ZIP 2006, 39, 41 = ZInsO 2006, 38; Haarmeyer/ Frind, InsR, S. 113, Rn. 269; Kübler/ Geiwitz/ Käfferlein, HRI, S. 686, Rn. 3, Fn. 7 und 8.

<sup>119</sup> RegE ESUG v. 23.02.2011, S. 26.

<sup>120</sup> Andres/ Leithaus/ Andres, InsO, § 225a, Rn. 1.

teils- oder Mitgliedschaftsrechte am Schuldner umgewandelt werden. Im Gegensatz zu Gesellschaftern entscheiden Gläubiger dennoch weiterhin autonom (§ 225a II 2 InsO), ob sie den Tausch eingehen oder sich mit einer festen Quote abfinden lassen.<sup>121</sup> Erfolgt eine solche Einbeziehung der Anteils- bzw. Mitgliedschaftsrechte in den Insolvenzplan, ist nach § 222 I Nr. 4 InsO für die Betroffenen eine Gruppe zu bilden, sie „können als eigene Gruppe über den Plan und damit über den Forderungsumtausch abstimmen“<sup>122</sup>. Bei dieser Umwandlung von Fremdkapital (Verbindlichkeit des Schuldners) in Eigenkapital, geht es vordergründig um eine bilanzielle Stärkung des Schuldnerunternehmens, da so die Überschuldung durch den Wegfall von Zins- und Tilgungsleistungen<sup>123</sup> beseitigt und die Insolvenzgefahr gemildert werden kann.<sup>124</sup>

Kapitalgesellschaften können den Debt-Equity-Swap auf zwei Arten durchführen - zum einen als Sachkapitalerhöhung, zum anderen als Anteilsübernahme<sup>125</sup>:

Bei der Sachkapitalerhöhung wird regelmäßig die Forderungsumwandlung durch einen Kapitalschnitt - d. h. eine Kapitalherabsetzung mit anschließender Kapitalerhöhung - erfolgen.<sup>126</sup> Bei der Kapitalerhöhung wird dann die Forderung als Sacheinlage eingebracht<sup>127</sup>, die nach h. M. zum Zeitwert unter Berücksichtigung der zu erwartenden Quote vorgenommen wird.<sup>128</sup> Eine Kapitalherabsetzung kann sowohl der Neuordnung der Beteiligungsverhältnisse im Sinne „ein[es] angemessene[...][n] Verhältnis[ses] zwischen den Anteilen der alten und der neuen Gesellschafter“<sup>129</sup> als auch der Beseitigung einer möglicherweise vorhandenen Unterbilanz dienen.<sup>130</sup> Rechtstechnisch wird die Einbringung der Forderung entweder im Wege des Verzichts (§ 387 BGB) oder durch die Abtretung der Gläubigerforderung an die Gesellschaft mit der Rechtsfolge des Erlöschens der Forderung durch Konfusion vollzogen.<sup>131</sup>

Im Rahmen der Anteilsübernahme („Share-Deal“) verzichtet der Gläubiger auf seine Forderungen, um im Gegenzug Gesellschaftsanteile von den Altgesell-

<sup>121</sup> Haarmeyer/ Buchalik, Sanieren statt liquidieren, S. 175.

<sup>122</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 31.

<sup>123</sup> Andres/ Leithaus/ Andres, InsO, § 225a, Rn. 4.

<sup>124</sup> RegE ESUG v. 23.02.2011, S. 26.

<sup>125</sup> Braun/ Frank, InsO, § 225a, Rn. 4.

<sup>126</sup> Buth/ Hermanns/ Buth/ Hermanns, RSI, § 16, Rn. 48.

<sup>127</sup> Andres/ Leithaus/ Andres, InsO, § 225a, Rn. 5.

<sup>128</sup> Fuhst DStR 2012, 423; Bay/ Seeburg/ Böhmer ZInsO 2011, 1927; Kresser ZInsO 2010, 1409.

<sup>129</sup> Römermann/ Praß, Das neue Sanierungsrecht, S. 64, Rn. 152.

<sup>130</sup> Andres/ Leithaus/ Andres, InsO, § 225a, Rn. 5.

<sup>131</sup> Kübler/ Hölzle, HRI, S. 885, Rn. 60; Cahn/ Simon/ Theiselmann, Corporate Finance Law (CFL), S. 1.

schaffern zu erhalten. Hierdurch haftet der neue Gesellschafter gemäß § 16 II GmbHG für Einlageverpflichtungen, die in dem Zeitpunkt rückständig sind, ab dem der Erwerber nach Absatz 1 Satz 1 im Verhältnis zur Gesellschaft als Inhaber des Geschäftsanteils gilt.<sup>132</sup>

Durch einen wirksamen Minderheitenschutz wird gewährleistet, dass *„kein Beteiligter, auch nicht der Schuldner oder eine an ihm beteiligte Person, gegen seinen Willen den Wert verliert, der ihm im Falle einer Liquidation ohne einen Plan zufließen würde.“*<sup>133</sup>

### **3. Änderungen der InsO durch das ESUG und deren beabsichtigter Nutzen für die Praxis**

#### **a) Insolvenzplan**

Durch das ESUG wurde das Insolvenzplanverfahren als zentrales Mittel zur Erreichung des Ziels der frühzeitigen Restrukturierung von Unternehmen weitgehend mit neuen Instrumentarien versehen.<sup>134</sup> Das Verfahren wurde nämlich von der Praxis bis dahin nicht angenommen<sup>135</sup> und auch nur in rund 2 % der eröffneten Verfahren angewendet.<sup>136</sup> Experten zufolge sollte es nach den geänderten Rahmenbedingungen möglich sein, 20 bis 30 % der Krisenunternehmen sanieren zu können, so der Gesetzgeber.<sup>137</sup>

Als eine Maßnahme zur Änderung dieser Rahmenbedingungen hat der Gesetzgeber unter anderem den § 217 S. 1 InsO dahingehend ergänzt, dass auch Teilpläne, die die Verfahrensabwicklung abweichend von den Vorschriften der InsO regeln, zulässig sind.<sup>138</sup> Hierdurch sollte eine Rechtssicherheit *„im Interesse einer marktkonformen Steuerung des Verhandlungs- und Entscheidungsprozesses in der Abwicklung des Insolvenzverfahrens“* geboten werden, um der *„privatautONOMEN Gestaltung des Verfahrens durch die Beteiligten im Interesse der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung“* gerecht zu werden.<sup>139</sup>

<sup>132</sup> Haarmeyer, Handlungsempfehlungen, S. 14.

<sup>133</sup> RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443 v. 15.04.1992, S. 2.

<sup>134</sup> Haarmeyer/ Frind, InsR, S. 112, Rn. 267; BT-Drucks. 17/2008 v. 09.06.2010, S. 1.

<sup>135</sup> Haarmeyer/ Frind, InsR, S. 112, Rn. 267.

<sup>136</sup> BT-Drucks. 17/2008 v. 09.06.2010, S. 1; Weitere statistische Nachweise: INDat-Report 8/09, 32; Kranzusch, ZInsO 2010, 841, 845; Frind, ZInsO 2009, 952 m.w.N.

<sup>137</sup> BT-Drucks. 17/2008 v. 09.06.2010, S. 3.

<sup>138</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/7511 v. 26.10.2011, S. 35.

<sup>139</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/7511 v. 26.10.2011, S. 35.

Eine zeitliche Straffung hat das Planverfahren durch Änderungen in den §§ 231 und 232 InsO erfahren. Die Zurückweisung des Plans durch das Gericht von Amts wegen hat nach § 231 I 2 InsO innerhalb von zwei Wochen nach Vorlage des Plans zu erfolgen. Dem Gericht sind darüber hinaus nach § 232 III InsO innerhalb einer höchstens zweiwöchigen Frist die Stellungnahmen der Beteiligten aus Absatz 1 Nrn. 1 - 3 vorzulegen. Zudem sind die Möglichkeiten opponierender Gläubiger, den Eintritt der Rechtskraft zu verzögern, durch die eingeführten Rechtsmittelbeschränkungen gemäß der § 251 III und 253 InsO verringert worden.<sup>140</sup> Zur weiteren zeitlichen Verkürzung des Verfahrens wurde in § 221 InsO ein Nachbesserungsrecht für den Insolvenzverwalter eingeführt, sodass „in Abstimmung mit dem Gericht etwaige offensichtliche Fehler im Plan“ korrigiert werden können, ohne dass zuvor eine Gläubigerversammlung einberufen werden müsste.<sup>141</sup>

Im Hinblick auf die Abstimmung über den Insolvenzplan und sich ergebende Blockademöglichkeiten einzelner Gläubiger, hat der Gesetzgeber in § 245 I InsO das Obstruktionsverbot geregelt. Dieses Verbot fingiert, dass die Zustimmung einer Abstimmungsgruppe als erteilt gilt, auch wenn die erforderlichen Mehrheiten nicht erreicht worden sind. Denn auch hier sei „kein vernünftiger Grund für eine Gruppe von Anteilsinhabern erkennbar, einem von anderen Anteilsinhabern oder den Gläubigern gewünschten Plan zu widersprechen, wenn die Gruppe angemessen an dem wirtschaftlichen Wert beteiligt wird, der durch den Plan realisiert wird“, so die Begründung des Gesetzgebers.<sup>142</sup>

In ähnlicher Weise wie die Eigenverwaltung war das Insolvenzplanverfahren mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Das schlug sich darin nieder, dass neben einem enormen Stör- und Blockadepotenzial auch das Abstimmungsverhalten bei „stark divergierenden Interessen der Beteiligten“ schwer vorauszusagen war.<sup>143</sup> Eines der größten Sanierungshindernisse stellte die „gesellschaftsrechtliche Enthaltensamkeit“ dar, die eine insolvenzplanmäßige Unterwerfung der Anteilsinhaber nicht zuließ.<sup>144</sup> Somit hing die Entscheidung über die Sanierungsbemühungen und -optionen oftmals von der Zustimmung jener

<sup>140</sup> Haarmeyer/ Frind, InsR, S. 112, Rn. 267.

<sup>141</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/7511 v. 26.10.2011, S. 3.

<sup>142</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 34.

<sup>143</sup> Kübler/ Undritz, HRI, S. 18, Rn.7.

<sup>144</sup> Braun/ Frank, InsO, Vorbemerkung vor §§ 217 - 269, Rn. 4; Kübler/ Undritz, HRI, S. 18, Rn. 7; RegE ESUG v. 23.2.2011, S. 26.

Anteilshaber ab, „die sich für ihre starke Position nicht selten Sondervorteile versprechen ließen“.<sup>145</sup>

Es sind teilweise Jahre vergangen, bis Insolvenzpläne ihre Wirkungen entfaltet<sup>146</sup>, wobei die Ergebnisse bereits damals aus der Sicht der Gläubiger durchaus beachtlich waren - so geben *Seibt/ Westphal*<sup>147</sup> an, dass die durchschnittliche Dauer des Verfahrens bis zu dessen Ende ein Jahr betragen habe, die Gläubiger eine durchschnittliche Quote von 20 % erhalten hätten und der Arbeitsplatzverlust bei 60 % gelegen hätte.

Vor diesem vielversprechenden Hintergrund war es dem Gesetzgeber ein Anliegen, die Nutzung des Insolvenzplanverfahrens weiter zu forcieren und den sanierungswilligen Schuldner und beteiligten Parteien einen verbesserten Rahmen zu bieten. Dies sollte durch die Beseitigung von Blockademöglichkeiten und eine verfahrenssicherere Handhabung des Planverfahrens erreicht werden.

## **b) Debt-Equity-Swap**

Die nun eröffnete Möglichkeit, Forderungen von Gläubigern in Anteilsrechte am Schuldner zu transformieren, war zwar auch bisher möglich, scheiterte in der Praxis jedoch vielfach am Widerstand der Gesellschafter. Das ESUG vollzieht diesbezüglich einen Paradigmenwechsel, indem es Eingriffe des Insolvenzplans in die gesellschaftsrechtliche Position der Gesellschafter zulässt. Zugleich wird durch Einschränkung der Rechtsbehelfsmöglichkeiten Blockadepotenzial der Gesellschafter und einzelner Gläubiger abgebaut. In der Praxis wichtig ist darüber hinaus die beschleunigte Aufhebung von Insolvenzplanverfahren durch Erleichterungen bei der Berichtigung der Masseansprüche. Das ESUG hat erhebliche Auswirkungen auf die gerichtliche Praxis. Dort kommt es zu Änderungen insbesondere bei:

- Eigenanträgen des Schuldners mit deutlich erhöhten Anforderungen an deren Zulässigkeit,
- vorläufigen Gläubigerausschüssen, die teilweise zwingend einzuberufen sind - und deren Beteiligung im Eröffnungsverfahren,
- der Eigenverwaltung als völlig neue Form des Eröffnungsverfahrens - insbesondere in der Ausgestaltung als Schutzschirmverfahren - und

<sup>145</sup> Kübler/ Undritz, HRI, S. 18, Rn.7.

<sup>146</sup> Kübler/ Undritz, HRI, S. 18, Rn.7.

<sup>147</sup> *Seibt/ Westphal*, ZIP 2013, 2333; *Haarmeyer/ Frind*, InsR, S. 112, Rn. 267.

- den erheblich erweiterten Möglichkeiten von Insolvenzplänen.<sup>148</sup>

Die rechtliche Einstufung des Insolvenzplans als „spezifisches Instrument des Insolvenzrechts“ durch den BGH hat zur Folge, dass der Inhalt den vertragsrechtlichen Beschränkungen aus dem BGB unterliegt, während die formalen Voraussetzungen durch die InsO geregelt sind (sog. „Doppelnatur des Insolvenzplans“) - „eine gewisse Erweiterung dieser Einschätzung erreicht das Planverfahren durch die Einführung des ESUG“ mit dem DES. Diese eingefügte Regelung stellt im Ergebnis eine direkte Einflussmöglichkeit auf das materielle Recht dar.<sup>149</sup> Diese Einflussmöglichkeit über den Insolvenzplan sollte nach den Vorstellungen des Gesetzgebers auch der Rechtssicherheit förderlich sein.

Über den DES haben Gläubiger auch im Insolvenzfall ihres Schuldners die Möglichkeit, eine langfristig angelegte Sanierung seines Unternehmens im Interesse einer höheren Befriedigungsquote zu begleiten. Aufgrund ihrer neuen Stellung als Gesellschafter können sie so maßgeblichen Einfluss auf den Sanierungsprozess nehmen. Darüber hinaus bietet sich mit dem Insolvenzplan eine Möglichkeit zur Reorganisation des Schuldners, bei der diesem - da der Rechtsträger als solcher erhalten bleibt - zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes erforderliche öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Konzessionen und Lizenzen erhalten bleiben, was sich in der Regel auch positiv auf die Befriedigungsaussichten der Gläubiger auswirken dürfte.<sup>150</sup>

„Verfassungsrechtlichen Bedenken gegen gesellschaftsrechtliche Eingriffe in die Rechte der Anteilseigner“ könne mit dem Einwand begegnet werden, dass sich die schützenswerte Rechtsstellung des Gesellschafters bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohne Restrukturierung ohnehin erheblich minderte und die Gesellschafter eine eigene Abstimmungsgruppe im Insolvenzplan darstellten, so Kübler.<sup>151</sup>

<sup>148</sup> Merten, Die neue Insolvenzrechtsreform 2012, S. 1 f.

<sup>149</sup> Kübler/ Geiwitz/ Käfferlein, HRI, S. 686, Rn. 3.

<sup>150</sup> <http://www.insolvenzberatung.de/sanierungsfinanzierung/debt-equity-swap/>.

<sup>151</sup> Kübler/ Kübler, HRI, S. 13 f., Rn. 34 f.

#### 4. Feststellungen zur bisherigen Entwicklung

##### a) Allgemein

Mit dem Instrument des „*Insolvenzplan[s] mit Eingriff in die Gesellschafterrechte*“ hatten 2015 63 % der Befragten Erfahrung. Laut der Studie von RBSC und HgGUR aus dem Jahr 2015 waren es im Jahr 2013 nur 46 %.<sup>152</sup> Die Studie 2013 jedoch zeigte ebenfalls einen Erfahrungsanteil in Höhe von 63 % mit dem Instrument an. Die diesbezügliche Angabe über das Jahr 2012 in der Studie 2015 deckt sich wiederum mit denen der Jahre 2012 und 2013.<sup>153</sup>

Die geringe Erfahrung mit dem Instrument liegt wohl daran, dass der DES von nur 44 % der Befragten zur Umwandlung von Gläubigerforderungen genutzt wurde, zu 80 % davon sehr selten, d.h. in weniger als einem von vier Fällen und zu 16 % in höchstens einem von zwei Fällen. 56 % der Befragten haben den DES gar nicht als Sanierungsinstrument genutzt.<sup>154</sup>

Über das Institut des Insolvenzplans fühlten sich 2015 bereits 81 %<sup>155</sup> der Befragten ausreichend über die Regelungen informiert wobei 44 % diese als gelungen und 16 % als nicht gelungen erachteten.<sup>156</sup> Gegenüber 2013 macht das einen Anstieg von 19 Prozentpunkten bei der Informiertheit aus. Tendenziell ging die Bewertung der Neuregelungen weiter in Richtung „*gelungen*“.

Bezüglich der möglichen Eingriffe mittels Insolvenzplan (u.a. DES) gaben 81 % der Befragten in der *InsO-Studie 2015*<sup>157</sup> an, dass die Gesellschafter durch diese nicht zu sehr benachteiligt würden.

Auf die Frage: „*Wurden die seitens des Gesetzgebers gesetzten Ziele bislang erfüllt?*“ antworteten bezüglich des Abbaus von Hemmnissen im Planverfahren 56 % mit Zustimmung und 17 % mit Ablehnung.<sup>158</sup> Hier ist im Vergleich zur Vorstudie eine Tendenz in Richtung „*Ablehnung*“ zu erkennen, diese betrug damals nur 8 %.<sup>159</sup>

Die These, dass „*die Sanierung im Insolvenzplanverfahren nach ESUG [...] kostengünstiger als die bisherige Regelung [ist]*“, beurteilten 61 % der Befrag-

<sup>152</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 15.

<sup>153</sup> vgl. separate Werte der Studien 2012 (S. 14), 2013 (S. 23) und der Wertentwicklung in der ESUG-Studie 2015 (S. 15).

<sup>154</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 20.

<sup>155</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 15.

<sup>156</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 23.

<sup>157</sup> Noerrl McKinsey, InsO-Studie 2015, S. 12.

<sup>158</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 21.

<sup>159</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2013, S. 25.

ten mit Ablehnung, außerdem stimmten 51 % der These: *„Die Sanierung im Insolvenzplanverfahren nach ESUG beschleunigt den gesamten Sanierungsprozess“* zu.<sup>160</sup>

Bezogen auf die Rechtssicherheit des Insolvenzplans hat sich diese von 2013 zu 2015 verschlechtert. Die Befragten in der *ESUG-Studie 2013* gaben die Rechtssicherheit noch zu 21 % als niedrig oder sehr niedrig an, 2015 waren es schon 24 %.<sup>161</sup>

Eine Entwicklung bezüglich der Informiertheit der Befragten, ist ebenfalls den gelieferten Daten zu entnehmen: Fühlten sich 2012 noch 54 % und 2013 62 % der Antwortenden ausreichend über den DES informiert, so waren es der Studie zufolge in 2015 bereits 81 %.<sup>162</sup>

*Frank*<sup>163</sup> stellt zusammenfassend fest: *„Das Planverfahren gewinnt zunehmend an Bedeutung. Die Verknüpfungen mit dem Schutzschirmverfahren und dessen durchschlagende Annahme durch die Praxis macht dies besonders deutlich. Eigensanierende Ansätze, die betriebswirtschaftliche Kenntnisse erfordern, scheitern häufig an der Komplexität der verfahrensrechtlichen Anforderungen oder an der mangelnden Kooperationsbereitschaft einzelner Verfahrensbeteiligter. Dennoch gibt es auch bekannt gewordene, gelungene Planverfahren mit interessanten Lösungsmodellen. Insbesondere Fälle, in denen die Beibehaltung des Rechtsträgers Voraussetzung der Realisierung eines Mehrwerts für die Gläubiger gegenüber einer Liquidation ist, belegen dies.“*

*Kraus*<sup>164</sup> fasst die Meinungen der Anwesenden auf der 11. Jahrestagung des Handelsblatts, am 23. und 24. April 2015, wie folgt zusammen: *„Alle Beteiligten waren sich einig, dass Restrukturierung sich vor allem hinsichtlich der Komplexität extrem entwickelt hat und alle Parteien vor neue Herausforderungen stellt. [...] Dies führt auch zu einem verstärkten Auftreten von Distressed Investoren am deutschen Markt. [...] Demnach erwarten auch die anderen Vertreter von Beteiligungsunternehmen und Banken eine stärkeres Engagement von Debt Funds, High Yield Bonds und Private Equity-Investoren.“*

<sup>160</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2013, S. 25.

<sup>161</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2013, S. 33; Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 24.

<sup>162</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 15.

<sup>163</sup> Braun/ Frank, InsO, Vorbemerkung vor §§ 217 - 269, Rn. 23 f.

<sup>164</sup> Handelsblatt/ Kraus, Konferenzbericht 2015, S. 7.

Der Studie von *RBSC* und *HgGUR* zufolge sehen die Befragten das Risiko für die Gläubiger durch den DES erhöht. Die Zustimmung ist von 17 % im Jahr 2013 auf 51 % in 2014/ 2015 angestiegen.<sup>165</sup>

Die Befragten der *hww-Studie*<sup>166</sup> bewerteten die Insolvenz als Grundstein der Sanierung der verschiedenen Unternehmensbereiche. Leistungswirtschaftliche Fortschritte würden jedoch erst nach der Insolvenz erzielt, so die Ersteller. „Die getroffenen Restrukturierungsmaßnahmen resultierten laut zwei Drittel der Befragten vollständig oder überwiegend aus einem Insolvenzplan oder einem internen Sanierungsplan, was die Relevanz eines solchen Konzepts verdeutliche. Konzipiert werden diese Maßnahmen in knapp 50 % der Fälle mit Hilfe von externen Beratern oder dem Sachwalter/ Eigenverwalter“, lautet eine Erkenntnis ihrer Studie.

Die erweiterten Eingriffsmöglichkeiten in die Rechte der Altgesellschafter seien in der Hälfte der Fälle auch genutzt worden, so eine weitere Schlussfolgerung aus der *BCG-Studie*<sup>167</sup> (siehe *Abbildung 1*). Das vornehmlich benutzte Instrument sei ein Debt-Equity-Swap gewesen. Der Anteil der Altgesellschafter sei im Zuge dieser Maßnahmen im Schnitt auf 10 % reduziert worden. In Einzelfällen seien die Altgesellschafter zudem trotz Eingriff mit bis zu 50 % beteiligt geblieben. Ein parallel durchgeführter M&A-Prozess (Dual Track<sup>168</sup>) sei in 40 % der zugrunde liegenden Verfahren durchgeführt worden.<sup>169</sup>

<sup>165</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 27.

<sup>166</sup> hww, ESUG-Radar 2015, S. 4.

<sup>167</sup> BCG, Drei Jahre ESUG, S. 11.

<sup>168</sup> Definition „Dual Track“: Zweigleisiges Vorgehen im Rahmen eines Unternehmensverkaufs. Der Verkäufer betreibt parallel den Verkauf an einen einzelnen Investor und den Verkauf über die Börse im Rahmen eines Börsengangs (Initial Public Offering). Erst im letzten Moment entscheidet sich der Verkäufer für die für ihn attraktivere Option (<http://www.frankfurt-school.de/content/de/research/centres/fipema/glossar/dual-track.html>).

<sup>169</sup> BCG, Drei Jahre ESUG, S. 11.

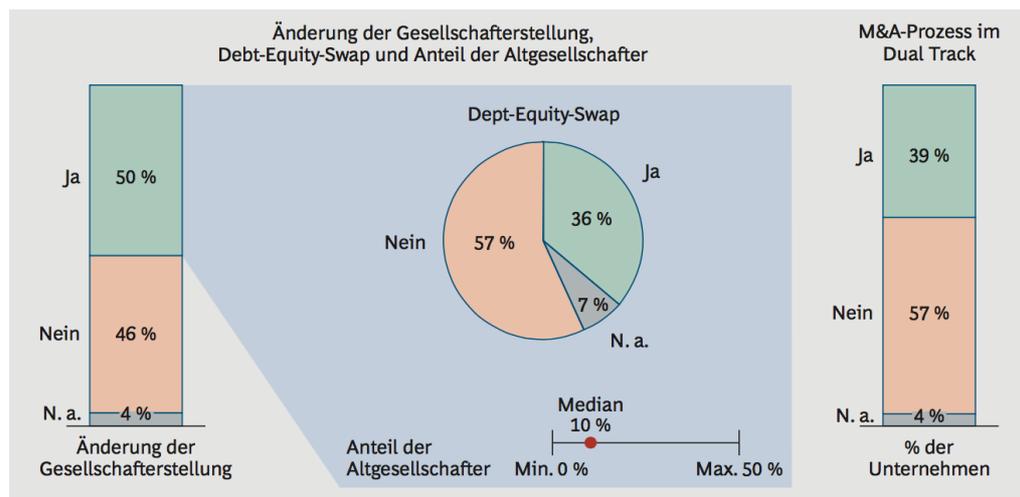


Abb. 1: Gesellschafterstellung und Dual Track, Quelle: BCG, Drei Jahre ESUG, S. 11.

Banken sehen vom DES unter anderem auch wegen der RWA-Implicationen und den verschärften Konsolidierungsregelungen nach IFRS ab. Hierin ist eher ein Betätigungsfeld von Distressed Debt Investoren zu sehen, das in der Praxis bisher aber nur vereinzelt Anklang gefunden hat.<sup>170</sup>

## b) Vorteile für die Praxis

Das Insolvenzplanverfahren ist für dasjenige schuldnerische Unternehmen geeignet, das rechtzeitig eine Einigung mit seinen Gläubigern sucht, diese aber nicht mit allen Gläubigern einverständlich erreichen kann.<sup>171</sup>

Ein Insolvenzplanverfahren in Kombination mit Eigenverwaltung kann für Sicherungsgläubiger, die Sicherheiten mit Anfechtungsrisiken erworben haben, eine Chance sein, die Anfechtungsrisiken zu minimieren.<sup>172</sup>

In der bisherigen Praxis, mit der Doppelreuehand, haben Kreditinstitute so häufig versucht, das Stigma der Insolvenz zu vermeiden. Da auch nach dem früheren Recht kaum planbar war, wer Insolvenzverwalter wird, hat dieses Kreditinstitute häufig dazu bewogen, eine Doppelreuehand gegenüber den Alt-Gesellschaftern „durchzudrücken“. Im Rahmen der besseren Planbarkeit des Insolvenzverfahrens aus Gläubigersicht, besteht nun insbesondere durch Einsetzung eines vorl. GA die Chance, auf die sogenannte Doppelreuehand verzichten zu können.<sup>173</sup>

<sup>170</sup> MAZARS, ESUG-Radar 2014, S. 7.

<sup>171</sup> Haarmeyer/ Frind, InsR, S. 113, Rn. 269.

<sup>172</sup> Kübler/ Rendels, HRI, S. 665, Rn. 48 f.

<sup>173</sup> Kübler/ Rendels, HRI, S. 665 f., Rn. 51.

Im Zuge der Transformation von Verbindlichkeiten in Eigenkapital erfährt das schuldnerische Unternehmen eine bilanzielle Stärkung<sup>174</sup>, sodass Kreditlinien und Darlehen großzügiger gewährt werden dürften. Außerdem partizipieren die Gläubiger durch die Umwandlung ihrer Forderungen am künftigen wirtschaftlichen Erfolg und an einem gesteigerten Unternehmenswert<sup>175</sup>, auch durch ihre mögliche Einflussnahme auf Unternehmensentscheidungen.<sup>176</sup> Zudem bieten sich so für Aufkäufer insolvenzbefangener Forderungen interessante Möglichkeiten für den Erwerb und/ oder die Bündelung von Kleingesellschaftsanteilen.<sup>177</sup>

In der Regel ist der DES in dieser Hinsicht weniger eine Option für Banken<sup>178</sup>, da sie selten Interesse daran haben dürften, in die Unternehmensentscheidungen eingebunden zu werden. Eine Anwendung wird daher allenfalls in Spezialfällen in Betracht kommen, insbesondere, wenn Bankverbindlichkeiten im Vorfeld einer Insolvenz von Private Equity Gesellschaften oder Hedge Fonds aufgekauft wurden.<sup>179</sup>

Der DES kann auch als Strategieinstrument benutzt werden. Es ist z.B. möglich, dass während der Insolvenz eines Zulieferers durch einen DES Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte erworben werden, um Einfluss im Management des Zulieferers auszuüben.

Im Insolvenzplanverfahren besteht zusätzlich die Möglichkeit, nachteilige Verträge insolvenzbedingt zu beenden und andere Restrukturierungsmaßnahmen leichter durchzuführen, beispielsweise bei Finanzierungen, Arbeitsverträgen oder „*schlechten Geschäften*“<sup>180</sup>. Insbesondere bei Dotierung des Insolvenzplans durch einen Investor mit Mitteln zur Abfindung der Gläubiger erhalten diese schnellere Zahlungen als im Regelinsolvenzverfahren.<sup>181</sup>

Weitere Chancen, die sich durch einen Insolvenzplan für die Praxis bieten, sind unter anderem einverständliche Lösungen der Sonderrechte (Absonderung etc.), eine relativ schnelle Gesamtmassegenerierung, eine Verkürzung der Laufzeit des Verfahrens und eine Einbindung aller Gläubigergruppen.<sup>182</sup>

<sup>174</sup> Haarmeyer/Buchalik, Sanieren statt Liquidieren, S.175.

<sup>175</sup> Haarmeyer/Buchalik, Sanieren statt Liquidieren, S.175; Andres/ Leithaus, Insolvenzordnung, § 225a, Rn. 4.

<sup>176</sup> Braun/ Frank, InsO, § 225a, Rn. 4.

<sup>177</sup> Haarmeyer, Handlungsempfehlungen, S. 14.

<sup>178</sup> Kamm, Vortrag Afl e.V., S. 18.

<sup>179</sup> Andres/ Leithaus/ Andres, InsO, § 225a, Rn. 1a.

<sup>180</sup> <http://www.vdb-gmbh-insolvenz.de/Insolvenzuebernahme/insolvenzplan.html>.

<sup>181</sup> Heuking Kühn/ Streit/ Bürk, Newsletter 04/2012, S. 3.

<sup>182</sup> Haarmeyer/ Frind, InsR, S. 114.

Ein Beispiel für einen gelungenen DES in der nahen Vergangenheit ist die IVG Immobilien, bei dem eine insolvenzplanmäßige Entschuldung in Höhe von ca. 2,2 Mrd. € wesentlich durch die Transformation von Forderungen in Anteile an dem Unternehmen gelungen ist.<sup>183</sup> Ein weiteres Beispiel, wie professionell damit umgegangen werden kann, bietet das Verfahren der *Centrotherm photovoltaics AG*, bei dem der Debt-Equity-Swap durch Bildung einer Auffanggesellschaft realisiert wurde.<sup>184</sup>

### **c) Nachteile für die Praxis und maßgebliche Kritik an den Änderungen**

Risiken, die sich im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens nebst anderen ergeben und denen sich die Beteiligten ausgesetzt sehen, sind ein erheblicher Zeit- und Koordinationsaufwand und die geringe Praxiserfahrung der Beteiligten mit dem Insolvenzplan inklusive dem DES (siehe *Abschnitt C.II.4.a*). Im Eröffnungsverfahren fordert die Insolvenz oft schnelle Lösungen, die auf Grund des hohen Zeit- und Koordinationsaufwand kaum zu realisieren sind. Zudem ergeben sich im Zusammenhang mit dem „*Unternehmensverkauf nach Plan*“ ungeklärte Gewährleistungsproblematiken wie dem Rücktritt vom Kaufvertrag, mögliche Kaufpreisminderungen oder bezüglich des Vertragspartners.<sup>185</sup>

Der Koordinationsaufwand rührt insbesondere aus der Tatsache, dass meist intensive Verhandlungen mit den Gläubigern notwendig sind und das Annahmeverfahren des Insolvenzplans eines hohen Aufwands bedarf.<sup>186</sup> Nachteilig sei ohnehin, dass der Insolvenzplan erst nach Rechtskraft umgesetzt werden könne, so *Haarmeyer und Frind*.<sup>187</sup>

Konträr zur gesetzgeberischen Intention eines Sanierungsverfahrens könnten taktische Abwägungen zu einem bestimmten Abstimmungsverhalten von Gesellschaftern führen. Dies geschehe, wenn „*Gesellschafter versuchen, sich gegenseitig im Wege der einstweiligen Verfügung ein bestimmtes Abstimmungsverhalten zu ge- oder verbieten*.“<sup>188</sup> Darüber hinaus könnte eine Abstimmung gegen einen für das Unternehmen vorteiligen Insolvenzplan sogar

<sup>183</sup> *Legal Tribune Online*, Insolvenzplan der IVG Immobilien ist rechtskräftig, <http://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/goerg-freshfields-piepenburg-ivg-immobilien-ag-insolvenzplan-rechtskraeftig-bestaetigt/>, zuletzt abgerufen am 07.09.2015.

<sup>184</sup> *MAZARS*, ESUG-Radar 2014, S. 7.

<sup>185</sup> *Haarmeyer/ Frind*, InsR, S. 114.

<sup>186</sup> *Römermann/ Praß*, Das neue Sanierungsrecht, S. 176.

<sup>187</sup> *Haarmeyer/ Frind*, InsR, S. 113, Rn. 267.

<sup>188</sup> *Kübler/ Kübler*, HRI, S. 13 f., Rn. 34 f. m.w.N.

eine Schädigung anderer Gläubigergruppen bedeuten und den Grundsatz der Gläubigerbenachteiligung erfüllen.

In Bezug auf die Verfahrens- und Vorbereitungskosten ist zu konstatieren, dass sich hier ein Nachteil für die Verfahrensbeteiligten ergeben könnte, der jedoch im Rahmen einer Kosten-/ Nutzenrechnung zu eruieren ist.

## 5. Zwischenfazit

Eine deutlich gesteigerte Anwendung des Insolvenzplanverfahrens, ob mit oder ohne DES, kann nur bedingt festgestellt werden. Auch wenn der Anteil der Verfahren mit Plan an den eröffneten Unternehmensinsolvenzen bei immerhin knapp 2 % lag<sup>189</sup>, kann nicht von einer übermäßigen Häufung der Nutzung die Rede sein.

Die Erkenntnis, auf Grund der seltenen Nutzung des DES, führte die Interviewer zu der Aussage, dass *„ein Großteil [...] noch keine Erfahrung mit einem Debt-to Equity-Swap gemacht [habe]“ und das Instrument [...] insgesamt die Ausnahme dar[stelle]“*.<sup>190</sup>

Auch hier, wie bereits im vorherigen *Abschnitt C.1.5.* festgestellt, können die Informiertheit und gemachten Erfahrungen der Grundgesamtheit mit dem Instrument des Insolvenzplans (DES inkludiert) keine bedingungslose tatsächliche und vollumfängliche Sachkompetenz indizieren.

*Frank*<sup>191</sup> hält fest, dass in der deutschen Praxis bisher im Wesentlichen Befürchtungen vor zu *„umfangreichen“* Plänen bekannt geworden seien. Diese Kritik übersehe jedoch, dass Gläubiger nie durch ein Zuviel an Information, sehr wohl aber durch ein Zuwenig an Information manipuliert oder getäuscht werden können. Damit sei nicht gesagt, dass es keine Pläne gäbe, die mit einem deutlich reduzierten Konzept der Informationsvermittlung erfolgreich sein könnten. Der *„Plan light“* sei überall dort angezeigt, wo die grundsätzlichen Zusammenhänge für alle Beteiligten klar seien und wo die Alternativentscheidung nur einen überschaubaren Sachbereich als änderungsnotwendig kennzeichne.

Den Gläubigern steht die Möglichkeit zu, den Insolvenzverwalter mit der Ausarbeitung eines Insolvenzplans nach ihren Vorgaben zu beauftragen (§ 157

<sup>189</sup> <http://www.rws-verlag.de/hauptnavigation/aktuell/news-detail/article/57/Schultze-Braun-Insolvenzplan-Index-belegt-Bedeutung-des-Sanierungsinstruments-steigt-weiter.html>.

<sup>190</sup> *Roland Berger*, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 20.

<sup>191</sup> *Braun/ Frank*, InsO, § 221, Rn. 4.

InsO). Die Initiative für einen solchen Auftrag an den Insolvenzverwalter sieht das Gesetz jedoch erst im Berichtstermin vor. Es empfiehlt sich in der Praxis deshalb, „zu diesem Zeitpunkt bereits einen entsprechenden Planentwurf ausgearbeitet zu haben.“<sup>192</sup> Hieraus ergibt sich insbesondere ein Vorteil für alle Verfahrensbeteiligten.

Im Rahmen einer Monte-Carlo-Simulation könnten „kritische Punkte des Insolvenzplanes ermittelt und den Entscheidungsträgern aufgezeigt werden“. Durch die Einschätzung der Ergebnisse der Planerfolgswahrscheinlichkeit könnte das Ausfallrisiko „deutlich reduziert und so die Zustimmung der Beteiligten zum Insolvenzplan gewonnen werden.“<sup>193</sup>

Die Erkenntnisse der *BCG-Studie*<sup>194</sup> belegen, wie oben bereits erwähnt, dass Eigenverwaltungsverfahren - in Verbindung mit einem Insolvenzplan - neue Chancen für Gesellschafter eröffnen können. In nur 50 % der betrachteten Fälle sei ein Eingriff in die Gesellschafterstrukturen erfolgt. Dabei sei vor allem der neu ermöglichte Debt-Equity-Swap das bevorzugte Instrument. Der verbleibende Anteil der Altgesellschafter lag demnach bei durchschnittlich 10 %, wobei in der Spitze auch Werte bis zu 50 % realisiert worden seien.

*„In der Gesamtbetrachtung jedoch ist der gesetzgeberische Vorstoß, das bislang mehr als verbessertes Konkursverfahren verstandene Insolvenzplanverfahren zu einem vollwertigen Restrukturierungsverfahren durch die Einbeziehung auch finanzwirtschaftlicher Restrukturierungsmöglichkeiten auf gesellschaftsrechtlicher Ebene auszubauen, uneingeschränkt zu begrüßen“, so Hölzles*<sup>195</sup> Meinung.

Es ist anzunehmen, dass die Schuldner und deren Berater (in welcher Form auch immer) Eingriffe in die Rechte der Anteilsinhaber scheuen. Dies mag an der Komplexität der Thematik liegen oder aber auch am Respekt gegenüber Altgesellschaftern.

Des Weiteren könnte der geringe Erfahrungsschatz mit dem und die hohe Rechtsunsicherheit des DES ausschlaggebend dafür sein, dass so selten Gebrauch davon gemacht wird. Außerdem scheinen die Hemmnisse, insbesondere das aufwendige Annahmeverfahren des Insolvenzplans in Verbindung

<sup>192</sup> Crone/ Werner/ Abel, Sanierungsmanagement, S. 407.

<sup>193</sup> Buchalik/ Brömmekamp/ Ibershoff/ Maaß, Newsletter 2014, S. 35.

<sup>194</sup> BCG, Drei Jahre ESUG, S. 13.

<sup>195</sup> Kübler/ Hölzle, HRI, S. 866 ff., Rn. 1 ff.

mit erheblichem Zeit- und Kostenaufwand bei der Vorbereitung, zusätzliche Gründe dafür zu sein.

Interessenkonflikte und regelungsbedürftige Sachverhalte können und sollten durch frühzeitige Kontaktaufnahme des Schuldners mit den Stakeholdern aufgedeckt sowie besprochen werden, denn eine gute Kommunikation zwischen allen Beteiligten kann stets Konfliktpotential verringern, wenn nicht sogar beseitigen.

Eine vermehrte Anwendung und daraus folgende erhöhte Erfahrungswerte mit dem Insolvenzplan in Verbindung mit dem DES, könnte in Zukunft zu mehr Rechtssicherheit und Akzeptanz führen. Voraussetzung dafür sind jedoch erfolgreich durchgeführte Insolvenzplanverfahren, die mit Vorteilen für alle beteiligten Stakeholder beendet werden konnten. So wird sich auch bei zahlreicher Nutzung eine sicherere Rechtsprechung und im Ergebnis eine höhere Rechtssicherheit ergeben.

### **III. Vorläufige Eigenverwaltung - Eröffnungsverfahren - § 270a InsO**

In den folgenden Abschnitten III. und IV. wird auf eine generelle Behandlung des Eigenverwaltungsverfahrens dahingehend verzichtet, dass die Verfahren der „vorläufigen Eigenverwaltung“ und der „Vorbereitung einer Sanierung“ jeweils einzeln analysiert werden, da sie Unterarten der Eigenverwaltung darstellen. Trotzdem treffen bestimmte Aussagen bezüglich der vorläufigen Eigenverwaltung auch auf die Vorbereitung einer Sanierung nach § 270b InsO zu und vice versa.

#### **1. Wesen und Zielsetzung der Eigenverwaltung im Eröffnungsverfahren**

Die Zeitspanne zwischen Insolvenzantragstellung und der gerichtlichen Entscheidung über den Eröffnungsantrag ist enorm wichtig für die Richtungsweisung des Schuldnerunternehmens, weil dort über den weiteren Verfahrensverlauf entschieden werden muss. Dabei ist es egal, ob das Verfahren in Form einer Sanierung (möglicherweise übertragend), einer Restrukturierung mittels Insolvenzplans oder in Eigenverwaltung abgewickelt werden soll.<sup>196</sup>

<sup>196</sup> Kübler/ Hofmann, HRI, S. 232, Rn. 1.

Dem Wortlaut des § 270a I 1 InsO nach soll das Gericht bei nicht offensichtlich aussichtslosem Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung im Eröffnungsverfahren davon absehen, dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot (§ 21 InsO) aufzuerlegen. Dadurch wird der Geschäftsführung des Schuldnerunternehmens weiterhin das Ruder überlassen und ihre Handlungen nur von einem vorläufigen Sachwalter überwacht (§ 270a I 2 InsO). Dies hat im Ergebnis den Zweck, den Weg zum Eigenverwaltungsverfahren und zu Selbstsanierungsbemühungen für Schuldner attraktiver zu machen.<sup>197</sup>

Gemäß dem Absatz 2 des § 270a InsO soll dem Schuldner die Gelegenheit gegeben werden, seinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei drohender Zahlungsunfähigkeit zurückzunehmen, wenn er diesen in Verbindung mit einem Antrag auf Eigenverwaltung gestellt hat und das Gericht die Voraussetzungen für eine Anordnung als nicht gegeben erachtet. Das Gericht soll dem Schuldner vor der Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens seine Bedenken mitteilen.

Auch in der Eigenverwaltung steht es den Gläubigern zu, über die Unternehmensfortführung zu entscheiden und zwar, ob das Schuldnervermögen im Wege einer Liquidation verwertet werden soll oder ob es durch Umsetzung eines Insolvenzplans erhalten werden kann.<sup>198</sup>

Die von der h. M. vertretene Auffassung bezüglich der Ablehnung der Eigenverwaltung, dass diese unanfechtbar ist und ein Rechtsmittel gegen die Verweigerung der Eigenverwaltung auch bei gleichzeitiger Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht gegeben ist, führte in der Praxis zu untragbaren Ergebnissen, wenn den Gläubigern und dem Schuldner ein Abwarten bis zur nachträglichen Anordnung der Eigenverwaltung durch die Gläubigerversammlung gemäß § 271 InsO unzumutbar ist.<sup>199</sup> Deshalb kann gegen die Ablehnung der Eigenverwaltung die sofortige Beschwerde als Rechtsmittel statthaft sein. Begründet wurde diese Ansicht in der Literatur u.a. damit, dass die Eröffnung des Verfahrens einen notwendigen Bestandteil der Anordnung der Eigenverwaltung bilde, weshalb zwangsläufig dem Antragsteller die Rechtsmittelmöglichkeiten zur Verfügung stehen müssten, die für die Eröffnung des Verfahrens oder ihrer Ablehnung gelten (§ 34 InsO ).<sup>200</sup>

<sup>197</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270a, Rn. 1; RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 39.

<sup>198</sup> Crone/ Werner/ Abel, Sanierungsmanagement, S. 430.

<sup>199</sup> MüKo-InsO/ Tetzlaff, § 270, Rn. 127; S. auch RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 38 f.

<sup>200</sup> MüKo-InsO/ Haarmeyer, § 22a, Rn. 170 ff.

Die Zulassung eines Rechtsmittels ist daher zwingend geboten, wenn die Entscheidung des Gerichts entgegen der klaren Gesetzeslage ergangen ist und beispielsweise trotz Fehlens eines eigenen Ermessensspielraums (§ 270 III S. 2 InsO) die Ablehnung der Eigenverwaltung ausgesprochen wurde. Ebenso liegt eine zur sofortigen Beschwerde berechtigende Gesetzesverletzung dann vor, wenn das Gericht entgegen § 270a II InsO die Eigenverwaltung ablehnt, ohne zuvor die gebotene vorherige Anhörung des Schuldners durchgeführt zu haben. In solchen und ähnlichen Fällen greifbarer Gesetzesverletzung ist richtigerweise die Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde als Rechtsmittel gegen die Ablehnung des Antrags auf Anordnung der Eigenverwaltung anzuerkennen. Andernfalls müsste man hilfsweise jedenfalls das Rechtsmittel der Gehörsrüge nach § 321a ZPO für statthaft halten.<sup>201</sup>

## **2. Änderungen der InsO durch das ESUG und deren beabsichtigter Nutzen für die Praxis**

Mit dem Einsetzen eines vorläufigen Insolvenzverwalters und dem gerichtlichen Auferlegen eines allgemeinen Verfügungsverbots des Schuldners im Insolvenzeröffnungsverfahren (§§ 21 bis 23 InsO) konnten bisher Vorteile der Eigenverwaltung untergehen. Vertragspartner des Schuldnerunternehmens konnten allein durch die Präsenz des Insolvenzverwalters das Vertrauen in die Geschäftsführung des Schuldners verlieren und die Geschäftsbeziehung abbrechen. Dies konnte sodann zur Folge haben, dass ein weiteres Rutschen in die Krise unaufhaltsam fortschritt und die Insolvenz unabwendbar wurde. Deshalb kann es wichtig sein, dem Schuldner die Verfügungsbefugnis nicht zu entziehen, sodass er weiterhin die Kontrolle über sein Unternehmen behält.<sup>202</sup> Intendiert war, das Schattendasein der Eigenverwaltung zu beenden und diese zum Regelfall zu machen<sup>203</sup> und zwar „*durch einen erleichterten und bereits in das Eröffnungsverfahren vorverlagerten Zugang zur Eigenverwaltung.*“<sup>204</sup> Einerseits hing die geringe Nutzung der Eigenverwaltung damit zusammen, dass ein Unternehmensfortbestand durch die überwiegend verspä-

<sup>201</sup> ZInsO 2015, 1167, 1170, m.w.N.

<sup>202</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 39.

<sup>203</sup> *Trilling*, Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren nach dem ESUG, S. 4, m.w.N.

<sup>204</sup> Buchalik/ Brömmekamp/ *Stahlschmidt*, Newsletter 2014, S. 2.

tete Insolvenzantragstellung aussichtslos wurde<sup>205</sup>, andererseits mit den verschiedenen strukturellen Defiziten und Anwendungsbarrieren.<sup>206</sup>

Der Gesetzgeber hat hier erkannt, dass die Regelungen angepasst werden mussten. Es wurde eine Vorschrift geschaffen, die bewirken soll, dass die „*latent negativen*“ Einflüsse eines vorläufigen Insolvenzverfahrens auf die Eigenverwaltung entschärft<sup>207</sup> und es dadurch flexibler gestaltet werden kann.<sup>208</sup>

Begründet wird die Regelung damit, dass ein insolventer Schuldner von einem Antrag auf Eigenverwaltung häufig deshalb absieht, weil er zu befürchten hat, dass das Gericht diesen Antrag ablehnt und das Insolvenzverfahren mit Insolvenzverwalter eröffnet und stattdessen bis zum bitteren Ende - bis zur Insolvenz ohne Sanierungschancen - weitermacht.<sup>209</sup> Des Weiteren wurde die Unsicherheit noch dadurch verstärkt, dass ein Gläubiger die Eigenverwaltung verhindern konnte, indem er vor dem Schuldner einen Insolvenzantrag stellte (Nach § 270 II Nr. 2 InsO a.F.).<sup>210</sup> Durch die Änderungen sollte dieses Blockadepotenzial eliminiert werden.<sup>211</sup>

Mit der Möglichkeit der Rücknahme des Insolvenzantrags, wenn das Insolvenzgericht die Voraussetzungen einer Anordnung der Eigenverwaltung für nicht gegeben erachtet und wenn der Insolvenzantrag sich allein auf den Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit stützt (§ 270a Abs. 2 InsO), sollte der Ungewissheit bezüglich eines etwaigen Kontrollverlustes begegnet werden.<sup>212</sup>

Weiterhin kann die Eigenverwaltung nach § 272 I InsO, ohne dass dadurch das Insolvenzverfahren an sich betroffen wäre, wieder aufgehoben werden. Die Voraussetzungen hierfür wurden zum Zwecke der Planungssicherheit durch das ESUG verschärft und kann die Eigenverwaltung nun durch die Gläubigerversammlung mit einfacher Summen- und Kopfmehrheit, einen einzelnen absonderungsberechtigten Gläubiger bzw. Insolvenzgläubiger oder den Schuldner beantragt werden.

Der Antrag muss glaubhaft gemacht und der Schuldner muss vor der Entscheidung über einen Fremdantrag gehört werden (§ 272 II InsO). Nach der

<sup>205</sup> *Trilling*, Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren nach dem ESUG, S. 2, m.w.N.

<sup>206</sup> *Eidenmüller*, Neuer Rechtsrahmen für Sanierungen, S. 135 ff.; BT-Drucks. 17/5712, S. 1, 19; *Haarmeyer*, Handlungsempfehlungen, S. 12 f.

<sup>207</sup> *Kübler/ Hofmann*, HRI, S. 232, Rn. 3.

<sup>208</sup> *Hirte/ Knofl Mock*, Das neue Insolvenzrecht, S. 55.

<sup>209</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 39.

<sup>210</sup> *Trilling*, Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren nach dem ESUG, S. 13, m.w.N.

<sup>211</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 38.

<sup>212</sup> *Kübler/ Undritz*, HRI, S. 17 f., Rn. 6.

Aufhebung kann gemäß Absatz 3 der bisherige Sachwalter zum Insolvenzverwalter bestellt werden.

### **3. Feststellungen zur bisherigen Entwicklung**

#### **a) Allgemein**

Bereits zwei Jahre nach Inkrafttreten des ESUG konnte eine positive Entwicklung der Eigenverwaltungsverfahren konstatiert werden. Während zwischen 2002 und 2010 der Anteil der angeordneten Eigenverwaltungsverfahren nur bei ca. 1 % (entspricht zwischen 147 und 235 Verfahren pro Jahr) der insgesamt eröffneten Regelverfahren lag, liefen bereits 18 Monate nach Einführung über 500 Eigenverwaltungsverfahren. Vor allem unter den großen Gesellschaften steigt die Popularität der Eigenverwaltung - ihr Anteil liegt bei Unternehmen mit mehr als 100 Mitarbeitern und über 20 Mio. € Umsatz nunmehr bei knapp einem Drittel.<sup>213</sup> Der *Bundesverband ESUG e.V. (BV-ESUG)* hat nämlich insgesamt 152 "echte" Eigenverwaltungsverfahren aus dem Jahr 2014 ausgewertet und kommt zu dem Ergebnis, dass *„in 2014 in 28 Antragsverfahren von Unternehmen mit einem Umsatz von über 20 Mio. € Umsatz und über 100 Mitarbeitern eine Eigenverwaltung angeordnet wurde. Dies entspricht einem Anteil von 26 % an allen Insolvenzantragstellungen von Unternehmen in der genannten Größenordnung. Bei Unternehmen mit über 100 Mio. € Umsatz liegt der Anteil an Eigenverwaltungen mit 35 % an allen Antragsverfahren etwas höher“*.<sup>214</sup>

*„Die Eigenverwaltung kommt nur bei größeren Unternehmen zur Anwendung, die noch einen aktiven Geschäftsbetrieb aufweisen. Und diese Gruppe macht den Hauptteil der größeren Insolvenzverfahren mit Zehntausenden von Arbeitsplätzen aus.“ - Christoph Niering<sup>215</sup>, Vorsitzender des Verbands der Insolvenzverwalter Deutschlands DIV.*

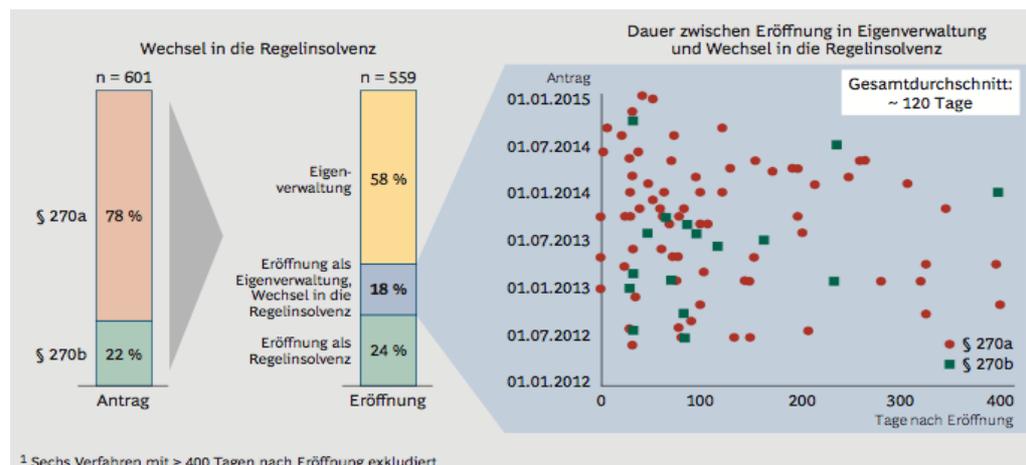
Die *Boston Consulting Group (BCG)* stellte in ihrer Studie *„Drei Jahre ESUG“* im Jahr 2015 fest, dass bei einer Grundgesamtheit von 559 eröffneten Verfahren (darunter 436 mit Antrag auf vorläufige Eigenverwaltung), im Zeitraum von März 2012 bis Februar 2015, *„bei insgesamt 236 Unternehmen (288 Einzelverfahren) trotz ursprünglich beantragter Eigenverwaltung ein Regelinsolvenz-*

<sup>213</sup> Buth/ Hermanns/ Buth/ Hermanns, RSI, Vorwort, S. IX.

<sup>214</sup> BV ESUG, ZInsO 2015, 549, 549.

<sup>215</sup> Niering, Insolvenzen: Der Bock wird zum Gärtner.

verfahren eröffnet wurde - dies entspricht 42 % aller bislang eröffneten Verfahren. Hier ist ein deutlicher Anstieg der Regelinsolvenz-Quote gegenüber den vorherigen Studien (25 - 35 %) festzustellen. Von den genannten 42 % wurden 24 % direkt als Regelinsolvenz eröffnet, während 18 % zunächst als Eigenverwaltung eröffnet wurden und dann im Verfahrensverlauf in die Regelinsolvenz gewechselt sind. Im Schnitt dauerte der Wechsel vom eröffneten Eigenverwaltungsverfahren in die Regelinsolvenz ca. 120 Tage. Es ist davon auszugehen, dass bei den 24 % der direkt als Regelinsolvenz eröffneten Verfahren die Gläubiger eine Eigenverwaltung verweigert haben.<sup>216</sup> Zu einer ähnlichen Erkenntnis sind auch die Auswertungen der Studie „ESUG-Radar 2014“ von MAZARS Consulting gekommen<sup>217</sup>: „Bei den 18 % der während des eröffneten Eigenverwaltungsverfahrens in die Regelinsolvenz übergegangenen Verfahren dürfte vor allem ein Scheitern des vorgelegten Insolvenzplans ursächlich sein“ - die restlichen 58 % der Unternehmen sind tatsächlich in die Eigenverwaltung übergegangen (siehe Abbildung 2).<sup>218</sup>



**Abb. 2: Wechsel von Eigenverwaltung zur Regelinsolvenz, Quelle: WBDat./ BCG, Drei Jahre ESUG - höherer Aufwand lohnt sich, S. 6.**

Im Gegensatz zur „BCG-Studie“ zeugen die Ergebnisse der „ESUG-Studie 2015“ jedoch von einem höheren Anteil an Ablehnungen: Gegenüber dem Jahr 2013 ist die Anzahl der durch den vorl. GA abgelehnten Eigenverwaltungsverfahren um 2 Prozentpunkte auf 47 % gestiegen, wohingegen die Ablehnung der Verfahren durch die Insolvenzgerichte um 2 Prozentpunkte auf

<sup>216</sup> BCG, Drei Jahre ESUG, S. 6.

<sup>217</sup> MAZARS, ESUG-Radar 2014, S. 17.

<sup>218</sup> BCG, Drei Jahre ESUG, S. 6.

53 % gesunken ist.<sup>219</sup> Im Jahr 2012 lag die Ablehnung der Eigenverwaltungsanträge noch bei 34 %.<sup>220</sup>

Als Haupterfolgswirkung beim Antrag auf Eigenverwaltung ist die umfangreiche Einbindung der Stakeholder zu nennen, die Antragstellung mit vollständigem Sanierungskonzept bleibt hierbei die größte Herausforderung. Die erfolgreiche Geschäftsführung auf Basis des Sanierungskonzeptes und die kontinuierliche Abstimmung mit allen Beteiligten können gewährleisten, dass ein Verfahren auch in Eigenverwaltung eröffnet wird.<sup>221</sup>

Die Aussage, dass „die Bereitschaft der Stakeholder zur Unterstützung der Unternehmenssanierung [durch Eigenverwaltung] steigt“, erhielt eine Zustimmung von 51 %<sup>222</sup>, somit erhöhte sich diese nochmals um 7 Prozentpunkte im Vergleich zu 2013<sup>223</sup> und deckt sich in etwa mit den Erkenntnissen aus Abschnitt C.I.4.a) bezüglich der Bereitschaft zur Mitwirkung am vorl. GA.<sup>224</sup> Dabei stellen die Unabhängigkeit vom Management und umfangreiche Erfahrung die wichtigsten Anforderungen an die Eigenverwaltung dar. Vor allem die Bedeutung eines *Chief Restructuring Officer (CRO)* zur Gewährleistung dieser Unabhängigkeit seitens des bestehenden Managements ist deutlich gestiegen.<sup>225</sup>

Die vermehrte Stellung von Eigenverwaltungsanträgen wird Folge der gestiegenen Erfahrung unter den Beteiligten sein. So gaben 2015 86 % der Befragten an, mit der vorläufigen Eigenverwaltung und 69 % mit dem Schutzschirmverfahren Erfahrungen gemacht zu haben.<sup>226</sup> Die Wertentwicklung der Studie 2015 stimmt auch hier abermals nicht mit den einzelnen Werten der Vorjahresstudien überein:

<sup>219</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/2015, S. 16.

<sup>220</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2012, S. 23.

<sup>221</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2013, S. 5/27-28.

<sup>222</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/2015, S. 27.

<sup>223</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2013, S. 40.

<sup>224</sup> Creditreform, DIAI, BV ESUG, Mittelstandsumfrage 2014, S. 9.

<sup>225</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2013, S. 5/ 29.

<sup>226</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2015, S. 15.

	Jahr				
			2015		
<b>Erfahrung mit der Neuregelung</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	2012	2013	2015
Vorläufige Eigenverwaltung	68 %	86 %	68 %	75 %	86 %
Schutzschirmverfahren	67 %	80 %	67 %	66 %	69 %

Tab. 1: Erfahrungen mit den Neuregelungen "vorläufige Eigenverwaltung" und "Schutzschirmverfahren", eigene Darstellung.

Hierbei kann es sich möglicherweise um Fehler bei der Datenübernahme handeln oder um eine Glättung der Werte, da sich die Gruppenzusammensetzung der Grundgesamtheit verändert hat.<sup>227</sup> Valide Aussagen lassen diese Auswertungen jedoch leider nicht zu, lediglich Tendenzen können abgeleitet werden.

Der *BCG-Studie* zufolge zeigt sich bei der Dauer des eröffneten Verfahrens nach wie vor eine klare Tendenz. Mit durchschnittlich 150 Tagen waren die bereits aufgehobenen Schutzschirmverfahren nach § 270b schneller abgeschlossen als die Verfahren nach § 270a (im Durchschnitt 190 Tage). Allerdings ist die durchschnittliche Dauer der Schutzschirmverfahren um ca. 1,5 Monate gegenüber den vorherigen Auswertungen angestiegen.<sup>228</sup>

Schließlich ist festzustellen, dass 55 % bzw. knapp über ein Drittel der Befragten den Thesen: „*Das bisherige Management ist in der Regel nicht geeignet für ein Verfahren in Eigenverwaltung und muss unterstützt werden*“ und „*Schutzschirmverfahren und vorläufige Eigenverwaltung haben zu einer früheren Antragstellung geführt*“ zustimmten.<sup>229</sup>

Von der neuen Möglichkeit, den Eigenverwaltungsantrag vor Eröffnung des Verfahrens zurückziehen zu können, würde bisher wenig Gebrauch gemacht worden sein. Dies könne auch in bestimmten Konstellationen als Erfolg gesehen werden. Die Vorteile einer diskreten Behandlung durch die Nicht-Veröffentlichungspflicht im Antragsverfahren würde durch die erforderliche Veröffentlichung bei Eröffnung konterkariert. Insofern könne die Nicht-Eröffnung eine gezielte Maßnahme sein. Hier lohne sich in jedem Fall eine weitere Beobachtung der Entwicklung, lässt *MAZARS Consulting*<sup>230</sup> verlauten.

<sup>227</sup> Es konnte trotz Nachfrage bei den Erstellern keine Klärung erfolgen, da bis zum Zeitpunkt der Fertigstellung der Arbeit keine Antwort gegeben wurde.

<sup>228</sup> *BCG*, Drei Jahre ESUG, S. 8.

<sup>229</sup> *Roland Berger*, ESUG-Studie 2015, S. 25.

<sup>230</sup> *MAZARS*, ESUG-Radar 2014, S. 7.

## b) Vorteile für die Praxis

Grundsätzlich war das gesetzte Ziel der Neuerungen, dass das Blockadepotenzial der Gläubiger verringert werden sollte und somit Rechts- und Planungssicherheit einhergehen sollten. Dies ist dahingehend geschehen, dass nun kein Gläubiger mehr die Möglichkeit hat, durch Stellung eines Insolvenzantrags eine Eigenverwaltung zu verhindern. Nach dem alten Recht noch musste ein antragstellender Gläubiger einem Schuldnerantrag auf Eigenverwaltung zustimmen (§ 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO a.F.), was nach der jetzigen Fassung der InsO entbehrlich ist.<sup>231</sup> Stattdessen muss gem. § 270 III 1 InsO dem vorl. GA vor der Entscheidung über den Antrag Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden. Ein einstimmiger Gläubigerbeschluss entfaltet eine bindende Wirkung und umgeht so eine gerichtliche Prüfung hinsichtlich der Umstände einer Gläubigerbenachteiligung. Dies muss jedoch nicht immer von Vorteil sein (siehe nächster *Abschnitt C.III.3.c*). Selbst wenn kein einstimmiger Beschluss vorliegt, ist die Eigenverwaltung nicht ausgeschlossen, denn das Gericht hat gemäß § 270 II Nr. 2 InsO zu prüfen, ob die Anordnung zu einer Gläubigerbenachteiligung führen wird. Dazu müssen tatsächlich konkrete Umstände bekannt sein, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird.<sup>232</sup> Nachteile durch Verfahrensverzögerung oder Vermögensverluste ob der Verfahrensverzögerung müssen aufgezeigt und belegt werden.<sup>233</sup> Dem Antrag ist auch dann zuzustimmen, wenn über eventuelle Nachteile Unsicherheit herrscht<sup>234</sup>, hier wird im Zweifel positiv beschieden.<sup>235</sup>

Dem vereinfachten Zugang zur Eigenverwaltung und der frühzeitigen Antragstellung des Schuldners kommt zu Gute, dass eine Ablehnung nach § 270 IV InsO durch das Gericht schriftlich zu begründen ist. Dies stellt für das Gericht eine Hürde dar, die zuvor nicht bestand und die Insolvenzrichter nun von einer routinemäßigen pauschalen Ablehnung abhält.<sup>236</sup>

Führte der vorläufige Insolvenzverwalter vor der Gesetzesänderung bei den Stakeholdern noch zu einem Vertrauensverlust in das Management und dessen Sanierungskonzept<sup>237</sup>, so wird dem vorläufigen Sachwalter nach neuem

<sup>231</sup> *Haarmeyer*, Handlungsempfehlungen, S. 12.

<sup>232</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 38.

<sup>233</sup> *Römermann/ Praß*, Das neue Sanierungsrecht, S. 178, Rn. 559 ff.

<sup>234</sup> *Frind*, ZInsO 2011, 2249, 2260.

<sup>235</sup> *Brinkmann/ Zipperer*, ZIP 2011, 1337, 1341.

<sup>236</sup> *Winkelmeier-Becker*, WPg 2011, S. 24.

<sup>237</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 39.

Recht ein „geräuscharmes“ Erscheinen attestiert. Der Vorteil, der sich hieraus ergibt, ist, dass Stakeholder nicht durch eine direkte Publizität irritiert werden und so weiter wie gewohnt mit dem Schuldner interagieren ohne „Lunte zu riechen“.

Des Weiteren ist für den Schuldner die Möglichkeit einer Rücknahme des Insolvenzantrags (§ 270a II InsO) vorteilhaft, wenn das Gericht die Voraussetzungen der Eigenverwaltung als nicht gegeben erachtet. Dadurch kann ein Kontrollverlust verhindert werden, der nach früherem Recht durch Einleitung des Regelinsolvenzverfahrens eingetreten wäre. Dieses Recht wird jedoch eher selten in Anspruch genommen, wie im vorherigen Abschnitt festgestellt wurde.

Darüber hinaus werden Eigenverwaltungsverfahren frühzeitiger eingeleitet als solche des Regelinsolvenzverfahrens, was neben Sanierungs- auch Kosten- und Zeitvorteile mit sich bringt.<sup>238</sup> Diese Vorteile ergeben sich dadurch, dass einerseits die Einarbeitungszeit für den Insolvenzverwalter entfällt, da das Know-how des Schuldners genutzt werden kann und auch genutzt werden sollte, andererseits liegt die Gläubigerbefriedigungsquote erfahrungsgemäß über der eines Regelinsolvenzverfahrens. Grund dafür ist die wesentlich niedrigere Vergütung des Sachwalters, diese beträgt nämlich nur 60 % der Insolvenzverwaltervergütung (§ 12 InsVV). Zudem hat die Auswahl eines geeigneten Sachwalters bei Eigenverwaltung/ im Schutzschirmverfahren aus Gläubigersicht eine entscheidende Bedeutung.<sup>239</sup>

Die geschäftlichen Beziehungen zu den Kunden und Gläubigern werden durch den Verbleib des Schuldners in der Verfügungs- und Verwaltungsmacht und das Einsetzen des Sachwalters nicht so belastet, wie bei der Einsetzung eines Insolvenzverwalters. In diesem Zusammenhang ist eine gute und vertrauensvolle Kommunikation mit den Stakeholdern in den neuen Verfahren umso wichtiger.

Besonders die Kombination von Eigenverwaltung und zuvor ausgearbeitetem Insolvenzplan („prepackaged-plan“) verspricht eine erfolgreiche Sanierung. Damit können eine Wiederherstellung des Gläubigervertrauens und ein ent-

---

<sup>238</sup> He, Unternehmenserwerb im Insolvenzplanverfahren, S. 63; *Brinkmann/ Zipperer*, ZIP 2011, 1337, 1339.

<sup>239</sup> *Kamm*, Vortrag Afl e.V., S. 18.

sprechend gesteigertes Interesse an dem Sanierungsvorhaben des Schuldnerunternehmens einhergehen.<sup>240</sup>

Auch das Obstruktionsverbot hat sicherlich zu mehr Rechtssicherheit geführt und Bedenken gegenüber der Eigenverwaltung in Verbindung mit einem Insolvenzplan verringert.

### **c) Nachteile für die Praxis und maßgebliche Kritik an den Änderungen**

Das im vorherigen *Abschnitt C.III.3.b)* beschriebene, potentiell abgebaute Blockadepotential und die Lockerung der materiellen Anordnungsvoraussetzungen sind nicht durchweg positiv. Bei so vielen Ablehnungen der Eigenverwaltung kann von Erleichterung des Zugangs zum Verfahren nicht unbedingt die Rede sein, waren die Neuerungen doch darauf ausgelegt, die frühzeitige Antragstellung zu fördern. *Eidenmüller*<sup>241</sup> wies bereits vor der ESUG-Novelle darauf hin, dass eine Einstimmigkeit innerhalb des vorl. GA faktisch nie zu gewährleisten sei.

Eine Blockade ist zudem faktisch immer im Rahmen des Gläubigerausschusses möglich, wenn ein einzelner (Groß-)Gläubiger Einfluss auf die Entscheidungen bezüglich des Fortgangs des Verfahrens im Rahmen des § 270 Abs. 3 InsO (Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Eigenverwaltung) nimmt.<sup>242</sup> Eine unsachgemäße und durch Eigeninteresse getriebene Einflussnahme, fernab vom deklarierten Verfahrensziel, muss von vornherein verhindert werden. Und nicht nur einzelne Gläubiger, sondern der Gläubigerausschuss im Ganzen kann die Anordnung der Eigenverwaltung verhindern. Sicherlich ist es von Nöten, frühzeitig mit sanierungsfreundlichen Gläubigern Gespräche zu führen, jedoch sollte der Verfahrenszweck nicht aus den Augen verloren werden. Der spätere Sachwalter wird hier seine Sicherungs- und Überwachungsbefugnisse ausüben müssen.

Die angesprochene Beeinflussung der Eigenverwaltungsanordnung kann sich auch insoweit ausdrücken, dass sich der Schuldner bereits im Vorfeld mit (Groß-)Gläubigern bespricht, um „gemeinsame Sache“ zu machen oder widerspenstige Gläubiger von dem vorl. GA auszuschließen. Dieses Missbrauchspotential ist durch die Regelungen nicht gebannt, denn ein solches

<sup>240</sup> *He*, Unternehmenserwerb im Insolvenzplanverfahren, S. 63.

<sup>241</sup> *Eidenmüller*, Neuer Rechtsrahmen für Sanierungen, S. 144.

<sup>242</sup> *Römermann/ Praß*, Das neue Sanierungsrecht, S. 104 f., Rn. 299.

Verhalten tritt des Öfteren in Krisensituationen auf, wenn es um die letzten Mittel zum Erhalt des Unternehmens geht.

Die Ausführungen zum „*ESUG-Radar 2014*“ von *MAZARS Consulting* geben zu bedenken, dass sich hinsichtlich der Eigenverwaltung ein Haupthindernis gezeigt hat und zwar eine mangelnde Kenntnis der Auswirkungen der Eigenverwaltung und damit einhergehend eine mangelnde Vorbereitung. Sei es, dass die Geschäftsführung nicht mehr vorhanden ist oder, dass die Geschäftsführung ohne Kenntnis und Willen, dass die Verfügungsgewalt bei der Geschäftsführung verbleibt, Eigenverwaltung beantragt.<sup>243</sup>

#### **4. Zwischenfazit**

Ob der Tatsache, dass über die Hälfte der Befragten der *RBSC-Studie* eine Unterstützung des Managements in Eigenverwaltungsverfahren fordert, weil dieses in der Regel ungeeignet sei, lässt nicht viel Vertrauen in das Institut erahnen. Es wird der Ruf nach CROs (Sanierungsberatern) und Interimgeschäftsführern laut, dies gilt für das gesamte Eigenverwaltungsverfahren.

Eine Erklärung für das Phänomen, dass die Verfahren der vorl. Eigenverwaltung zunehmen, obwohl die Abbruchwahrscheinlichkeit und der Zeitbedarf bei Schutzschirmverfahren geringer sind, könnte der Tatsache geschuldet sein, dass der Aufwand von Schutzschirmverfahren in der Vorbereitung und Kommunikation höher sind. Zudem könnten die höheren Hürden, wie die Bescheinigung oder eine schwierige Einschätzung des Tatbestands der drohenden Zahlungsunfähigkeit, ihren Teil dazu beitragen.<sup>244</sup>

Der Tatsache zum Trotz, dass „*90 Prozent der Befragten die ESUG-Regelungen bereits angewendet haben*“, sind es die Gläubiger, Richter und Investoren, die sich über die einzelnen Neuregelungen immer noch schlecht informiert fühlen.<sup>245</sup>

Dass insbesondere Gläubiger den Neuerungen immer noch kritisch gegenüber stehen und häufig ihre Zustimmung zur Eigenverwaltung verweigern, liegt erkenntnisgemäß an der mangelnden Erarbeitung eines schlüssigen Sanierungskonzepts, so bereits der Befund der *ESUG-Studie 2013*<sup>246</sup>. Daran wird sich bei gestiegenem Anteil an Ablehnungen wohl kaum etwas geändert

<sup>243</sup> MAZARS, *ESUG-Radar 2014*, S. 6.

<sup>244</sup> MAZARS, *ESUG-Radar 2014*, S. 6.

<sup>245</sup> Roland Berger, Pressemitteilung v. 11.02.2014.

<sup>246</sup> Roland Berger, *ESUG-Studie 2013*, S. 23.

haben. *„Die meisten Unternehmen schaffen es einfach nicht, bei der Antragstellung auf Eigenverwaltung ein vollständiges Sanierungskonzept vorzulegen. Und das verunsichert die Gläubiger“*, so Roland Berger-Partner Oliver Räuscher<sup>247</sup>.

Weiter resümiert er, dass für *„über 90 Prozent der Befragten [...] die Unabhängigkeit des Sachwalters und des Managements sowie dessen Sanierungserfahrung den Ausschlag für eine erfolgreiche Eigenverwaltung [gaben].“* Außerdem glaubten 2013 mehr als 70 %, dass ein verantwortlicher CRO im Unternehmen notwendig sei, um eine erfolgreiche Sanierung der Firma zu erreichen.<sup>248</sup>

Wie erwähnt, ist eine offene permanente Kommunikation mit dem Sachwalter und allen Stakeholdern<sup>249</sup> (insbesondere im Vorfeld der Antragstellung) enorm wichtig. Wird sie zielstrebig und lösungsorientiert gehandhabt, können die sich durch die ESUG-Änderungen ergebenden Vorteile auch sinnvoll genutzt werden.

In der zeitlichen Entwicklung haben die Eigenverwaltungsverfahren nicht großartig an Bedeutung gewonnen. Als Sanierungsinstrument für große Unternehmen scheint es sich, so die beobachtete Entwicklung, jedoch als *„plan- und steuerbare“* Alternative zur Regelinsolvenz etabliert zu haben.

Die Autoren fassen die wesentlichen Erkenntnisse ihrer Studie *„Drei Jahre ESUG“* zutreffend zusammen<sup>250</sup>:

*„Der Anteil der ‚gescheiterten‘ Eigenverwaltungsanträge steigt kontinuierlich. Aktuell sind mehr als 40 % aller beantragten Eigenverwaltungsverfahren am Ende in die Regelinsolvenz übergegangen. Dieser Wert ist im Vergleich zu den Vorjahren nochmals erheblich gestiegen. Dabei bestehen keine wesentlichen Unterschiede zwischen den Verfahren nach § 270a und § 270b. Die Entwicklung ist im Wesentlichen auf zwei Gründe zurückzuführen. Zum einen werden durch den längeren Betrachtungszeitraum immer mehr problematische Verfahren offengelegt, die in früheren Studien noch ohne Ergebnis in den jeweiligen Verfahrensstufen waren. Zum anderen schlägt sich hier der Effekt des gestiegenen Anteils kleinerer Unternehmen nieder: Offenbar gelingt es in diesen Fällen oft-*

<sup>247</sup> Roland Berger, Pressemitteilung v. 11.02.2014.

<sup>248</sup> Roland Berger, Pressemitteilung v. 11.02.2014.

<sup>249</sup> Roland Berger, Pressemitteilung v. 11.02.2014.

<sup>250</sup> BCG, Drei Jahre ESUG, S. 12.

*mals nicht, das Eigenverwaltungsverfahren ausreichend professionell vorzubereiten bzw. durchzuführen.“*

Die gesunkene Zustimmung der vorl. GA zu Eigenverwaltungsverfahren und die damit einhergehende gestiegene Zustimmung durch die Insolvenzgerichte<sup>251</sup> kann weitere Rückschlüsse auf die Bewertung der Unternehmenszustände und -aussichten zulassen. Es liegt die Vermutung nahe, dass die vorl. Gläubigerausschüsse kritischer mit den ihnen vorliegenden Unterlagen über das Unternehmen umgehen und ihre Einschätzung in der Folge realistischer ausfällt. Möglich ist jedoch auch, dass sie, auf Grund misslungener Eigenverwaltungsverfahren in der Vergangenheit, vorsichtiger geworden sind. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dass mehr Unternehmen in aussichtsloser Situation Anträge auf Eigenverwaltung gestellt haben, zumindest wurde deren Geschäftsführung die Bewältigung des Verfahrens in Eigenverwaltung nicht zugetraut.

Mit einem durchschnittlichen Wert der Cash-Quote von 11 % der Insolvenzforderungen liegt diese deutlich über den in der Gesamtinsolvenzlandschaft üblicherweise erzielten Quoten von ca. 3 bis 5 %. Dabei konnte der Großteil der Gläubiger von der Cashquote profitieren. Allerdings lag der Forderungsverzicht in 2/3 der Fälle bei über 50 %. Zudem musste in ca. 60 % der Fälle Fresh Money zugeführt werden (durchschnittlich 13 % der Insolvenzforderungen).<sup>252</sup>

*Stahlschmidt*<sup>253</sup> gibt zu bedenken, dass der Eigenverwaltungsantrag von Insolvenzrichtern durchaus kritisch gesehen würde und „*kein Selbstläufer*“ sei. Die erste Hürde bei Gericht würde nur bei professioneller Vorbereitung des Antrags, „*für die mindestens zwei Wochen nötig*“ seien, zu überwinden sein.

Unter den vorgenannten Aspekten wird sich zeigen, inwiefern die Skepsis der Anwender der Eigenverwaltung ihr gegenüber entwickeln wird. Bei den festgestellten Vorteilen wäre es weiterhin für alle Beteiligten wünschenswert, informiert sie sich ausgiebig über die Verfahrensart. Dabei müssen auch einmal unangenehme Wege beschritten werden, um in den Genuss der Vorteile zu kommen. Aufwand bedeutet muss nicht nur finanzieller Art sein, sondern kann auch bedeuten, sich genauer mit den Möglichkeiten der Eigenverwaltung, insbesondere in einem frühen Stadium wie der vorläufigen Eigenver-

<sup>251</sup> Siehe *Abschnitt C.I.4.a)*.

<sup>252</sup> *BCG, Drei Jahre ESUG*, S. 13.

<sup>253</sup> *Buchalik/ Brömmekamp/ Stahlschmidt, Newsletter 2014*, S. 4.

waltung, auseinanderzusetzen und die für die Krisensituation passende Herangehensweise auszuloten.

#### **IV. Schutzschirmverfahren - Vorbereitung einer Sanierung - § 270b InsO**

Das Schutzschirmverfahren ist eine der grundlegendsten Neuerungen der InsO und bildet deshalb einen Schwerpunkt dieser Arbeit. Es wird in den folgenden Abschnitten eine detaillierte Beschreibung und Analyse des Verfahrens vorgenommen, wobei die Bescheinigung nach § 270b III 1 InsO ebenfalls eine gesonderte Betrachtung erfährt.

##### **1. Wesen und Zielsetzung des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO**

Im Rahmen der Änderungen durch das ESUG bezüglich der Sanierungsmöglichkeiten und der erleichterten Fortführung von sanierungsfähigen Unternehmen wurde durch den Gesetzgeber das Schutzschirmverfahren zur Vorbereitung einer Sanierung unter der Sicherheit des sogenannten Schutzschirms eingeführt.<sup>254</sup> Es sollte laut Gesetzgeber einen weiteren Anreiz für eine frühzeitige Antragstellung bieten, somit mehr Rechtssicherheit und mehr Vertrauen in das Insolvenzverfahren als Sanierungsinstrument schaffen<sup>255</sup> sowie die Eigenverwaltung zusätzlich stärken und die Chancen auf Eigenverwaltung für den Schuldner erhöhen.<sup>256</sup> Eine höhere Sicherheit soll der Schuldner dadurch erlangen, dass er nicht mit dem Eröffnungsantrag die Kontrolle über sein Unternehmen verliert und dadurch im Vorfeld vorbereitete Sanierungsmaßnahmen durch gerichtliche Anordnungen zunichte gemacht werden.<sup>257</sup>

Dem Schuldner wird die Möglichkeit geboten, im Schutze des Verfahrens einen Sanierungsplan zu erarbeiten, der später im eröffneten Insolvenzverfahren umgesetzt werden soll. Für die Ausarbeitung dieses Plans soll dem Schuldner durch das Insolvenzgericht bei Vorliegen drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, nicht jedoch tatsächlicher Zahlungsunfähigkeit, eine maximale Frist von 3 Monaten gewährt werden (§ 270b I InsO), sofern Sanierungsmaßnahmen aussichtsreich sind. Die dreimonatige Frist stellt den

<sup>254</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 40 ff.

<sup>255</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 40.

<sup>256</sup> Haarmeyer/ Buchalik, Sanieren statt liquidieren, S. 71.

<sup>257</sup> Haarmeyer/ Buchalik, Sanieren statt liquidieren, S. 72.

Zeitraum zwischen der Stellung des Antrags auf Insolvenzverfahrenseröffnung und dem Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens dar, sodass das Schutzschirmverfahren als ein spezielles Eröffnungsverfahren angesehen werden kann.<sup>258</sup> Entgegen dieser Meinung wird auch die Ansicht vertreten, das Verfahren sei nicht als eigenständig anzusehen, sondern als besondere Form des Eröffnungsverfahrens.<sup>259</sup>

## **2. Voraussetzungen**

In § 270b I InsO werden die Voraussetzungen für das Schutzschirmverfahren geregelt. Zusätzlich müssen parallel die Voraussetzungen für ein vorläufiges Eigenverwaltungsverfahren vorliegen, wobei nach § 270a I, II Nr. 2 InsO die Aussichtslosigkeit der Eigenverwaltung und nach § 270b I InsO die nicht offensichtliche Aussichtslosigkeit der angestrebten Sanierung zu prüfen sind. Hierfür spricht die Tatsache, dass die Regelungen des Schutzschirmverfahrens in die Systematik der allgemeinen Regelungen über die Eigenverwaltung eingearbeitet wurden. Zudem geht dies aus dem § 270b II 1 InsO auf Grund der Bestellung des vorläufigen Sachwalters hervor<sup>260</sup>, der dem Schuldner im Sinne von § 270a I InsO zur Seite gestellt wird. Liegt ein Antrag des Schuldners vor, ist vor der Entscheidung über den Antrag dem vorläufigen Gläubigerausschuss, falls einer gebildet wurde, Gelegenheit zur Äußerung zu geben, wenn dies nicht offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners führt (§ 270 III 1 InsO). Von der Einholung einer Stellungnahme kann aus verfahrensökonomischen Gründen abgesehen werden, wenn der Schuldner bereits mit Antragstellung einen einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses vorlegt.<sup>261</sup>

### **a) Anträge des Schuldners**

Da das Schutzschirmverfahren durch den Schuldner initiiert wird, hat er für die Einleitung des Verfahrens drei Anträge zu stellen: Einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, einen Antrag auf Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung und einen Antrag auf Bestimmung einer Frist zur Erarbeitung eines Insolvenzplans.

<sup>258</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 39 f.

<sup>259</sup> Römermann/ Praß, Sanierungsrecht, Rn. 581.

<sup>260</sup> Braun/ Riggert, InsO, S. 1250, Rn. 2.

<sup>261</sup> Haarmeyer, Handlungsempfehlungen, S. 12.

Der Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens soll mit den Insolvenzgründen der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) und/ oder der Überschuldung (§ 19 InsO) versehen werden, da das Schutzschirmverfahren „*integrativer Bestandteil der Insolvenzordnung [ist] und kein vorinsolvenzlicher, außergerichtlicher Sanierungsversuch*“.<sup>262</sup> Der Antrag hat den §§ 13 bis 15a InsO zu entsprechen.<sup>263</sup>

Gemäß § 270b I 1 i.V.m. § 270 InsO muss der Insolvenzantrag zwingend mit einem Eigenverwaltungsantrag verbunden werden. Diese Voraussetzung basiert darauf, dass das Gesetz „*die Sanierungsbemühungen des Schuldners stützen will*“, von denen auszugehen ist, wenn der Schuldner sich um die Sanierung bemühen will und deshalb ein Eigenverwaltungsverfahren anstrebt.<sup>264</sup>

Nach § 270b I 1 InsO hat der Schuldner ferner einen „*Schutzschirmantrag*“<sup>265</sup> zu stellen, mit dem bei Gericht eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans beantragt wird. Er muss nicht gleichzeitig mit dem Insolvenzantrag und dem Antrag auf Eigenverwaltung gestellt werden, sondern kann beiden nachfolgen.<sup>266</sup>

Ausgerichtet ist der Schutzschirmbeschluss auf die „*Selbstanterung über einen Insolvenzplan*“ mit Berücksichtigung der Gläubigerinteressen und Vermeidung derer Benachteiligung durch Missbrauch der zur Verfügung stehenden insolvenzrechtlichen Instrumente<sup>267</sup> Daher soll der Schuldner darin schlüssig darlegen, dass eine angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist und keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt.<sup>268</sup>

Bei Vorliegen der Eröffnungsgründe der Überschuldung und/ oder der drohenden Zahlungsunfähigkeit und einer nicht offensichtlich aussichtslosen angestrebten Sanierung, sind diese Voraussetzungen durch eine Bescheinigung zu belegen. Das Insolvenzgericht entscheidet dann über die Setzung einer Frist per Beschluss und ordnet diese an. Es bestellt zudem einen vorläufigen Sachwalter und ordnet weitere vorläufige Maßnahmen nach § 270b II 3 InsO an.

Auf Antrag des Schuldners hat das Gericht ferner Maßnahmen nach § 21 II Nr. 3 InsO und die Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den

<sup>262</sup> Braun/ Riggert, InsO, S. 1250, Rn. 4.

<sup>263</sup> Braun/ Riggert, InsO, S. 1250, Rn. 4.

<sup>264</sup> Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/ Ringstmeier, Fachanwaltskommentar, § 270b, Rn. 15.

<sup>265</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 16.

<sup>266</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 17.

<sup>267</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 18.

<sup>268</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 19.

Schuldner anzuordnen. Nach Aufhebung der Anordnung oder Ablauf der Frist entscheidet das Gericht über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Wird das Insolvenzverfahren eröffnet, soll der vorbereitete Insolvenzplan umgesetzt werden.

Zusätzlich werden die Anordnungs Kompetenzen des Gerichts bezüglich seiner Sicherungsmaßnahmen eingeschränkt und der Schuldner „für einen begrenzten Zeitraum dem unmittelbaren Zugriff seiner Gläubiger entzogen“.<sup>269</sup>

„Mit der Einführung dieses Verfahrens ist auch die Hoffnung verbunden, zumindest einen Teil der Sanierungsfälle abzudecken, die in anderen Staaten mit vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren bewältigt werden“, so eine Begründung des Gesetzgebers.<sup>270</sup>

## **b) Anordnungen des Insolvenzgerichts**

### **aa) Bestimmung einer Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans**

Das Insolvenzgericht bestimmt dem Schuldner auf Antrag bei Vorliegen der Voraussetzungen aus dem *Abschnitt C.IV.2.* eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplanes von maximal drei Monaten gemäß § 270b I 1, 2 InsO.

*Koch* und *Jung*<sup>271</sup> gehen davon aus, dass die Fristsetzung von 3 Monaten als Regelfall angesehen würde, wobei sie diesen Zeitraum für die Erstellung eines Insolvenzplans für ein komplexes Verfahren als „knapp bemessen“ erachten. Denkbar sei dennoch, dass das Insolvenzgericht eine kürzere Frist bestimmt und eine Verlängerung davon abhängig gemacht werden sollte, inwieweit der Schuldner mit seinen Verhandlungen mit den Gläubigern bezüglich des Insolvenzplans voranschreitet.<sup>272</sup>

Als ausreichend sollte nach *Buchalik*<sup>273</sup> ein Zeitraum von höchstens sechs Wochen zu erachten sein, in dem die Erarbeitung eines Insolvenzplans mit belastbarem Sanierungskonzept im Normalfall möglich sein sollte. *Ringstmeier*<sup>274</sup> hingegen äußert, dass der Zeitraum „von Manchen“ zu kurz angesehen würde, jedoch das Gericht die „richtige“ Frist finden und festsetzen müsse. Es

<sup>269</sup> *Haarmeyer/ Buchalik*, Sanieren statt liquidieren, S. 72.

<sup>270</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/7511 v. 26.10.2011, S. 4.

<sup>271</sup> *Kübler/ Koch/ Jung*, HRI, S. 300, Rn. 86.

<sup>272</sup> *Kübler/ Koch/ Jung*, HRI, S. 300, Rn. 86.

<sup>273</sup> *Haarmeyer/ Förster/ Wutzke/ Buchalik*, InsO Kommentar, § 270b, Rn. 12.

<sup>274</sup> *Ahrens/ Gehrlein/ Ringstmeier/ Ringstmeier*, Fachanwaltskommentar, § 270b, Rn. 20.

käme hierbei auf die Äußerungen des Schuldners bezüglich der von ihm benötigten Zeit zur Erstellung des Insolvenzplans an.<sup>275</sup>

Es ist davon auszugehen, dass die Insolvenzeröffnung nach Vorlage des Insolvenzplans erfolgt und „regelmäßig von dem Zeitraum abzusichernder Insolvenzansprüche abhängt“, denn es ist nicht „ausdrücklich festgelegt, ob die Dreimonatsfrist über den Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung hinausgeht oder nicht“.<sup>276</sup>

## **bb) Bestellung eines vorläufigen Sachwalters**

Gemäß § 270b II 1 InsO bestellt das Gericht einen vorläufigen Sachwalter nach § 270a I InsO, der personenverschieden von dem Aussteller der Bescheinigung nach § 270b I InsO zu sein hat. Die Person des vorläufigen Sachwalters kann durch den Schuldner vorgeschlagen werden und kann vom Gericht gemäß § 270b II 2 InsO nur abgelehnt werden, wenn sie offensichtlich für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist. Die Abweichung ist sodann durch das Gericht zu begründen.

### **(1) Person des vorläufigen Sachwalters**

Auch wenn an den Schuldner durch das Gesetz keine zusätzlichen Bedingungen an die von ihm vorgeschlagene Person für das Amt des vorläufigen Sachwalters gestellt werden, als dass diese nicht offensichtlich ungeeignet sein darf, bedarf der Vorschlag des Schuldners einer besonderen Betrachtung.<sup>277</sup> Die grundsätzlichen persönlichen und sachlichen Anforderungen an die Qualifikationen des vorläufigen Sachwalters orientieren sich an denen, die auch an einen Sachwalter im eröffneten Eigenverwaltungsverfahren zu stellen sind.<sup>278</sup>

Unter die persönlichen Kompetenzen des vorläufigen Sachwalters fallen beispielsweise seine Unabhängigkeit, seine Vertrauenswürdigkeit, seine Glaubwürdigkeit und sein vorzuweisender Erfahrungsschatz in Unternehmensinsolvenzen.<sup>279</sup> Seine Unabhängigkeit soll gewährleisten, dass eine Vermengung der Interessen des Schuldners und der Interessen der Gesamtgläubigerschaft vermieden wird und kein Anlass geboten wird, ihm eine Gläubigerbenachteiligung

<sup>275</sup> Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/ Ringstmeier, Fachanwaltskommentar, § 270b, Rn. 20.

<sup>276</sup> Gutmann/ Laubereau, ZInsO 2012, 1861, 1863.

<sup>277</sup> Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/ Ringstmeier, Fachanwaltskommentar, § 270b, Rn. 22.

<sup>278</sup> Haarmeyer/Förster/Wutzke/ Buchalik, InsO Kommentar, § 270b, Rn. 13.

<sup>279</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 301, Rn. 89 - 91.

gung zuschreiben zu können.<sup>280</sup> Um Bedenken gegenüber dem vorzuschlagenden vorläufigen Sachwalter von vornherein auszuräumen bzw. gar nicht erst entstehen zu lassen, sollte eine offene Kommunikation zwischen Schuldner/ seinen Beratern, dem Insolvenzgericht und den wesentlichen Gläubigern frühzeitig sichergestellt werden.<sup>281</sup> Dies ist insbesondere bedeutsam, wenn erkennbar wird, dass das Gericht oder der vorläufige Gläubigerausschuss dem Vorschlag des Schuldners nicht folgen wird.<sup>282</sup> Auf umfassende „*verfahrensrechtliche sowie insolvenzspezifische Kenntnisse*“ der vorgeschlagenen Person, die in der Person eines erfahrenen Insolvenzverwalters zu vermuten sind, wird es hauptsächlich ankommen.<sup>283</sup> Diese Kenntnisse sind bei Insolvenzverwaltern mit langjähriger Erfahrung und einer Mehrzahl von begleiteten Mandaten in Verfahren „*vergleichbarer Größe und Schwierigkeit*“ anzunehmen<sup>284</sup>, mittels derer den sachlichen Anforderungen an den vorläufigen Sachwalter entsprochen werden soll. Die auszuwählende Person soll überdies den Willen haben, das Verfahren ordnungsgemäß zu begleiten und über die zeitlichen Ressourcen verfügen, eine professionelle Begleitung sicherstellen zu können.<sup>285</sup>

Bei der allgemeinen Suche und Auswahl des vorläufigen Sachwalters soll der Sanierungsberater dem Schuldner maßgeblich zur Seite stehen, da er mit großer Sicherheit die bei Gericht gelisteten und dadurch infrage kommenden Insolvenzverwalter persönlich kennt, somit einen engeren Kontakt zu ihnen herstellen kann und deren Kompetenzen einzuschätzen weiß.<sup>286</sup>

Eine wichtige Voraussetzung ist zudem, dass der vorläufige Sachwalter vermögend genug ist und über eine ausreichend hohe Haftpflichtversicherung verfügt, die sich an den GOI des VID orientieren muss.<sup>287</sup> Der Mindestumfang muss demnach 2,0 Mio. € betragen oder es wird ein gleich hoher Sicherungsbetrag zur Absicherung der Gläubiger hinterlegt.<sup>288</sup>

Der vorläufige Sachwalter hat gemäß § 270b II 1 InsO personenverschieden vom Aussteller der Bescheinigung in *Abschnitt C.IV.5.b)* zu sein. Die beiden Personen dürfen entsprechend dem § 45 Abs. 3 BRAO „*in keiner denkbaren*

<sup>280</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 301, Rn. 89.

<sup>281</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 299, Rn. 74.

<sup>282</sup> Haarmeyer/Förster/Wutzke/ Buchalik, InsO Kommentar, § 270b, Rn. 13.

<sup>283</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 301, Rn. 92.

<sup>284</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 35.

<sup>285</sup> Haarmeyer/ Buchalik, Sanieren statt liquidieren, S. 94.

<sup>286</sup> Haarmeyer/ Buchalik, Sanieren statt liquidieren, S. 94.

<sup>287</sup> Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/ Ringstmeier, Fachanwaltskommentar, § 270b, Rn. 23.

<sup>288</sup> Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/ Ringstmeier, Fachanwaltskommentar, § 270b, Rn. 23.

(losen) Form [...] beruflich verbunden sein“.<sup>289</sup> Diese Bedingung war im Gesetzentwurf zunächst nicht enthalten, wurde jedoch nach Kritik hinzugefügt<sup>290</sup> und ist darin begründet, dass die Unabhängigkeit des Sachwalters nicht gewährt werden kann, wenn dieser bereits die Bescheinigung ausgestellt hat.<sup>291</sup> Die Gesetzesbegründung trifft sowohl auf den vorläufigen Sachwalter als auch auf den Sachwalter zu. Die Eigenschaft der Personenverschiedenheit ist bereits dann nicht gegeben, wenn sich die vorzuschlagende Person im Vorfeld mit der Erstellung der Bescheinigung befasst hat oder aufgrund eines „Rechtsverhältnisses zum Aussteller der Bescheinigung den Anschein einer Abhängigkeit erwecken kann“.<sup>292</sup> Es soll eine drohende Interessenkollision von vornherein vermieden werden, wodurch sodann „auch die mit dem Aussteller zum Zweck einer gemeinsamen Berufsausübung verbundenen weiteren Personen, insb. also die Sozien, Vorgesetzten oder Angestellten als vorläufiger Sachwalter ausscheiden“.<sup>293</sup>

Dem Schuldner steht das Recht zu, die Person des vorläufigen Sachwalters auszuwählen und bei Gericht vorzuschlagen. Dem Schuldner soll so die Möglichkeit eröffnet werden, durch die eigene Auswahl einer ihm vertrauenswürdig und unabhängig erscheinenden Person Sicherheit bezüglich des Verfahrensverlaufs zu erhalten.<sup>294</sup> Die bereits in den vorherigen Abschnitten beschriebenen positiven Fähigkeiten und Kompetenzen des vorläufigen Sachwalters müssen gegeben sein. Es dürfen nach § 270b II 2 InsO keine offensichtlichen Anzeichen zu Tage treten, die auf eine Ungeeignetheit der Person zur Übernahme dieses Amtes hinweisen. Insbesondere ist von einer Ungeeignetheit auszugehen, wenn das Merkmal der Unabhängigkeit nicht gegeben ist, welche sich aus vorherigen Tätigkeiten ergibt.<sup>295</sup> Es liegt an dem Gericht, anhand eines zuvor festgelegten Anforderungsprofils zu prüfen, ob eine Ungeeignetheit vorliegt.<sup>296</sup>

## **(2) Abweichung vom Vorschlag des Schuldners**

Nimmt das Gericht eine offensichtliche Ungeeignetheit der durch den Schuldner vorgeschlagenen Person für das Amt des vorläufigen Sachwalters an und

<sup>289</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 301, Rn. 89.

<sup>290</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 32.

<sup>291</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/7511, S. 37.

<sup>292</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 32.

<sup>293</sup> Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/ Ringstmeier, Fachanwaltskommentar, § 270b, Rn. 21.

<sup>294</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 33.

<sup>295</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 34.

<sup>296</sup> Haarmeyer/ Buchalik, Sanieren statt liquidieren, S. 94.

bestellt infolgedessen eine andere Person, so muss es seine Entscheidung gemäß § 270b II 2 HS. 2 InsO begründen. Der Begründungszwang dient dem Zweck, dass die Gläubiger über die Umstände der Ablehnung in Kenntnis gesetzt werden, um nach Eröffnung des Verfahrens über eine Abwahl des gerichtlich bestellten und gegebenenfalls neu zu wählenden vorgeschlagenen Sachwalters nach § 274 InsO i.V.m. § 57 InsO zu entscheiden.<sup>297</sup>

Dem Schuldner steht bei Ablehnung seines Vorschlags kein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Gerichts zu.<sup>298</sup> Bestellt das Gericht eine andere Person, so muss der Schuldner mit dieser vorlieb nehmen oder seinen Insolvenzantrag zurücknehmen und anderweitig die Sanierung vorantreiben, solange noch keine Antragspflicht eingetreten sein sollte.<sup>299</sup> Um eine solche Situation zu vermeiden, ist der Schuldner gut beraten, wenn er direkt bei Gericht oder einer sachkundigen Person Informationen über die Gepflogenheiten des Gerichts einholt.<sup>300</sup>

### **cc) Anordnung vorläufiger Maßnahmen**

Das Insolvenzgericht kann gemäß § 270b II 3 InsO Maßnahmen nach § 21 I und II Nr. 1a, 3 bis 5 InsO anordnen bzw. hat nach § 21 II Nr. 3 InsO anzuordnen, Letzteres auf Antrag des Schuldners. Die abschließende Aufzählung in dieser Norm hindert das Gericht daran, einen Sachverständigen oder vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen, auch wenn das Gericht noch nicht über die Zulässigkeit des Antrags nach § 270b InsO entschieden hat.<sup>301</sup> Hierdurch wird sichergestellt, dass etwa Gläubiger durch Verwertungs- und Vollstreckungsmaßnahmen die Fortführung des Unternehmens unter dem Schutzschirm gefährden.<sup>302</sup>

Im Einzelnen sind das folgende Maßnahmen:

Nach § 21 I InsO kann das Gericht alle Maßnahmen anordnen, die erforderlich erscheinen, um bis zur Entscheidung über den Antrag eine den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten. Im Schutzschirmverfahren sind die Befugnisse und das Ermessen des Gerichts jedoch sehr eingeschränkt, vor allem, wenn ein vorläufiger Gläubiger-

<sup>297</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 40.

<sup>298</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 38 f.

<sup>299</sup> *Gutmann/ Laubereau*, ZInsO 2012, 1861, 1864.

<sup>300</sup> *Gutmann/ Laubereau*, ZInsO 2012, 1861, 1864.

<sup>301</sup> *Kübler/ Koch/ Jung*, HRI, S. 310, Rn. 135 m.w.N.; RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 41.

<sup>302</sup> *Haarmeyer/Förster/Wutzke/ Buchalik*, InsO Kommentar, § 270b, Rn. 14.

ausschuss bestellt ist<sup>303</sup>, zumal dem Gericht die Anordnungen von Verfügungsbeschränkungen, einer vorläufigen Insolvenzverwaltung und die Bestellung eines Sachverständigen grundsätzlich verwehrt sind.<sup>304</sup> Hierdurch wird sichergestellt, dass etwa Gläubiger durch Verwertungs- und Vollstreckungsmaßnahmen die Fortführung des Unternehmens unter dem Schutzschirm gefährden.<sup>305</sup>

Nach § 21 II Nr. 1a InsO kann das Gericht einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen und muss dies tun, wenn es nach § 22a InsO dazu verpflichtet ist. Diese Verpflichtung besteht, wenn der Schuldner im vorangegangenen Geschäftsjahr zwei der drei dort genannten Kriterien erfüllt (siehe *Abschnitt C.I.2.a*).

Nach § 21 II Nr. 3 InsO kann das Gericht zudem Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner untersagen oder einstweilen einstellen, soweit nicht unbewegliche Gegenstände betroffen sind. Sind nicht unbewegliche Gegenstände betroffen, so hat das Gericht diese Maßnahmen auf Antrag des Schuldners anzuordnen gemäß § 270b II 3 2. HS. InsO. Regelmäßig wird der Schuldner gerade einen solchen Antrag auf Anordnung von Maßnahmen nach § 21 II Nr. 3 InsO in Verbindung mit seinem Eigenantrag stellen.<sup>306</sup>

Der Sinn einer Anordnung einer Postsperre nach § 21 II Nr. 4 InsO erschließt sich nicht und würde die Geschäftstätigkeit des Schuldners hindern, somit dem Zweck des Verfahrens zuwiderlaufen.<sup>307</sup>

Ferner kann das Gericht gemäß § 21 II Nr. 5 InsO anordnen, dass Gegenstände, die im Falle der Eröffnung des Verfahrens von § 166 InsO erfasst würden oder deren Aussonderung verlangt werden könnte, vom Gläubiger nicht verwertet oder eingezogen werden dürfen, und dass solche Gegenstände zur Fortführung des Unternehmens des Schuldners eingesetzt werden können, soweit sie dafür von erheblicher Bedeutung sind. Ein Ausgleich in Form von laufenden Zahlungen für den durch die Nutzung eingetretenen Wertverlust ist an den Gläubiger zu leisten. Eine regelmäßige Anordnung dieser Maßnahme durch das Gericht ist anzunehmen, um die Nutzung des für die Betriebsfortführung notwendigen Anlagevermögens sicherzustellen.<sup>308</sup>

<sup>303</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 310, Rn. 136.

<sup>304</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 41.

<sup>305</sup> Haarmeyer/Förster/Wutzke/ Buchalik, InsO Kommentar, § 270b, Rn. 14.

<sup>306</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 311, Rn. 140.

<sup>307</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 311, Rn. 141.

<sup>308</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 311, Rn. 143.

## **dd) Anordnung der Begründung von Masseverbindlichkeiten**

### **(1) Begriff der Masseverbindlichkeiten**

Das insolvenzrechtliche Grundprinzip der Gläubigergleichbehandlung gilt für Massegläubiger nicht, weshalb Masseansprüche vorweg in vollem Umfang zu befriedigen sind, sprich im Rang vor den Insolvenzgläubigern nach § 53 InsO stehen.<sup>309</sup> Diese Privilegierung soll der ordnungsgemäßen Abwicklung des Insolvenzverfahrens dienen. Die Masseansprüche bestehen aus den Kosten des Insolvenzverfahrens aus § 54 InsO und den sonstigen Masseverbindlichkeiten aus § 55 InsO, die anlässlich oder während des Insolvenzverfahrens bestehen und zumeist aus den Handlungen des Insolvenzverwalters entstehen.<sup>310</sup> Die spätere Teilungsmasse kann dadurch erheblich verringert werden.<sup>311</sup>

Nach § 54 I Nr. 1 InsO sind Kosten des Insolvenzverfahrens die Gerichtskosten für das Insolvenzverfahren, welche sich beim Eigenantrag nach dem Wert der Insolvenzmasse zur Zeit der Verfahrensbeendigung richten, beim Gläubigerantrag nach dem Betrag der Forderung, begrenzt durch den Wert der Insolvenzmasse, wobei beim Gläubigerantrag die Kosten mit Antragstellung fällig werden (§ 6 I Nr. 2 GKG).<sup>312</sup> Die Gerichtskosten setzen sich aus folgenden Stellen zusammen:

- Gebühr des Eröffnungsverfahrens,
- Auslagen des Gerichts,
- Gebühr für die Durchführung des Insolvenzverfahrens auf Antrag des Schuldners oder auf Antrag eines Gläubigers,
- Kosten des Prüftermins
- Kosten eines Antrags auf Versagung oder Widerruf der Restschuldbefreiung,

wobei die Kosten der letzten beiden Positionen vor Verfahrenseröffnung nicht genau bestimmt werden können.<sup>313</sup> Hinzu kommen nach § 54 I Nr. 2 InsO die Vergütungen und die Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters, des Insolvenzverwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses. Grundlage der Vergütung ist die InsVV, worin die Regelsätze für verschiedene allgemei-

<sup>309</sup> Foerste, Insolvenrecht, S. 38, Rn. 75.

<sup>310</sup> Foerste, Insolvenrecht, S. 38, Rn. 75.

<sup>311</sup> Foerste, Insolvenrecht, S. 38, Rn. 75.

<sup>312</sup> Graf-Schlicker/ Bremen, InsO, S. 357, Rn. 1 - 2.

<sup>313</sup> Graf-Schlicker/ Bremen, InsO, S. 357 f., Rn. 3.

ne Kosten normiert sind.<sup>314</sup> Die vom Gericht festgesetzten Beträge nach § 64 InsO und - nach Zustimmung des Gerichts - einen Vorschuss darf der Verwalter aus der Masse entnehmen.<sup>315</sup>

In § 55 InsO sind die sonstigen Masseverbindlichkeiten geregelt. Im Einzelnen sind das nach § 55 I Nr. 1 InsO Verbindlichkeiten, die durch Handlungen des Insolvenzverwalters oder in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet werden, ohne zu den Kosten des Insolvenzverfahrens zu gehören. Verbindlichkeiten durch Handlungen des Insolvenzverwalters werden durch ab Verfahrenseröffnung neu abgeschlossene Rechtsgeschäfte aller Art, und zwar Erfüllungs- und Sekundäransprüche<sup>316</sup>, begründet. Darunter fallen auch Ansprüche aus neu abgeschlossenen Arbeitsverhältnissen bei eventueller Betriebsfortführung.<sup>317</sup> Geschäftspartner werden hierdurch vordergründig bevorteilt. Die Regelung dient dennoch der Gläubigergemeinschaft, da Verwaltung und Verwertung der Masse regelmäßig nur möglich sind, wenn überhaupt noch jemand nebst Bargeschäften mit dem Insolvenzverwalter Verträge zu schließen bereit ist.<sup>318</sup> Dies wird nur geschehen, wenn eine vorrangige Befriedigung sichergestellt werden kann. Kosten einer Prozessführung des Verwalters, selbst begonnen oder selbst aufgenommen, begründen ebenfalls Masseverbindlichkeiten. Nach überwiegender Meinung sind sogar solche Prozesskosten Massekosten, die vor der Aufnahme entstanden waren, diese Ansicht geht nach *Foerste*<sup>319</sup> jedoch zu weit.

Verbindlichkeiten nach § 55 I Nr. 1 Alt. 2 InsO, die in anderer Weise durch Verwaltung, Verwertung oder Verteilung der Masse begründet werden, sind insbesondere solche des Umweltrechts (wegen der Beseitigung von Altlasten auf Grundstücken, etc.), der Schadensersatzansprüche (wegen eines massebezogenen pflichtwidrigen Unterlassens des Insolvenzverwalters) und der zivilrechtlichen Räumungspflichten und Beseitigungskosten.<sup>320</sup>

Nach § 55 I Nr. 2 InsO sind des Weiteren Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen Masseverbindlichkeiten, soweit deren Erfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss. Diese Regelung soll dem Gläubiger im Rahmen der Erfül-

<sup>314</sup> *Foerste*, Insolvenzrecht, S. 38, Rn. 77.

<sup>315</sup> *Foerste*, Insolvenzrecht, S. 39, Rn. 77.

<sup>316</sup> Graf-Schlicker/ *Bremen*, InsO, S. 363, Rn. 2.

<sup>317</sup> Graf-Schlicker/ *Bremen*, InsO, S. 363, Rn. 2.

<sup>318</sup> *Foerste*, Insolvenzrecht, S. 39, Rn. 78.

<sup>319</sup> *Foerste*, Insolvenzrecht, S. 40, Rn. 80, m.w.N.

<sup>320</sup> *Foerste*, Insolvenzrecht, 5. Aufl., S. 40, Rn. 81; Graf-Schlicker/ *Bremen*, InsO, S. 364 - 366, Rn. 6 - 16.

lungswahl des Insolvenzverwalters gemäß dem § 103 I InsO die volle Gegenleistung gewährleisten.<sup>321</sup>

Ein bereichernder Zufluss zur Masse nach der Insolvenzeröffnung, wenn er eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt, begründet ebenfalls eine Masseverbindlichkeit nach § 55 I Nr. 3 InsO. Dies kann beispielsweise bei einem Verkauf einer in Dritteigentum befindlichen Sache an einen gutgläubigen Erwerber der Fall sein, wenn der Gegenwert in der Masse nicht mehr unterscheidbar vorhanden ist. Der Schadensersatzanspruch des Geschädigten wird sodann zu einer Masseverbindlichkeit nach § 55 I Nr. 1 InsO bei schuldhaftem Handeln des Insolvenzverwalters, bei nicht schuldhaftem Handeln wird er Masseverbindlichkeit nach § 55 I Nr. 3 InsO.<sup>322</sup>

Durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter begründete Verbindlichkeiten sind auch Masseverbindlichkeiten nach § 55 II InsO, wenn die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf den Verwalter übergegangen ist und aus einem Dauerschuldverhältnis resultiert, soweit der vorläufige Insolvenzverwalter für das von ihm verwaltete Vermögen die Gegenleistung in Anspruch genommen hat, wie bei Lohnansprüchen von Arbeitnehmern.<sup>323</sup>

In § 55 III, IV InsO werden zusätzlich Insolvenzgeldansprüche der Bundesagentur für Arbeit (Abs. III) und Steuerverbindlichkeiten gegenüber dem Fiskus (Abs. IV) geregelt.

## **(2) Antrag auf Anordnung der Begründung von Masseverbindlichkeiten**

Durch das Recht des Schuldners, im Schutzschirmverfahren Masseverbindlichkeiten begründen zu dürfen, erfährt das Verfahren eine wesentliche Stärkung.<sup>324</sup> Dieses Recht hat das Gericht dem Schuldner auf dessen Antrag gemäß § 270b III InsO uneingeschränkt einzuräumen, und zwar „ohne jede Prüfungsbefugnis“.<sup>325</sup> Zudem gilt § 55 II InsO gemäß § 270 III 2 InsO entsprechend.

Mit dieser Ergänzung durch den Rechtsausschuss wurde auf die vielfältige Kritik in der Fachöffentlichkeit reagiert, welche es für die Sanierungsaussichten als sehr hinderlich ansah, dass es sich bei Verbindlichkeiten gegenüber

<sup>321</sup> Graf-Schlicker/ Bremen, InsO, S. 371, Rn. 33.

<sup>322</sup> Graf-Schlicker/ Bremen, InsO, S. 373 f., Rn. 47.

<sup>323</sup> Foerste, Insolvenzrecht, S. 41, Rn. 84.

<sup>324</sup> Haarmeyer/Förster/Wutzke/ Buchalik, InsO Kommentar, § 270b, Rn. 15.

<sup>325</sup> Haarmeyer/Förster/Wutzke/ Buchalik, InsO Kommentar, § 270b, Rn. 15.

Geschäftspartnern im Rahmen einer Unternehmensfortführung im Eröffnungsverfahren um Insolvenzforderungen gehandelt hätte.<sup>326</sup> Das wiederum hätte dem Fortführungs- und Sanierungsgedanken des Schutzschirmverfahrens im Wege gestanden, ihn sogar zunichte gemacht.<sup>327</sup> Der Gesetzgeber sah es für den Schuldner als besonders geboten an, in der kritischen Phase des Eröffnungsverfahrens das Vertrauen seiner Geschäftspartner zu gewinnen, deren Mitwirkung für eine Betriebsfortführung unerlässlich ist.<sup>328</sup> Ihnen soll jedoch nicht, soweit sie zur Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen bereit sind, das Risiko eines Scheiterns der Sanierungsbemühungen auferlegt werden, weshalb sie im Grundsatz auf die Befriedigung ihrer Forderungen in voller Höhe vertrauen können sollen<sup>329</sup>, kein Eintreten von Masseunzulänglichkeit vorausgesetzt (eher unwahrscheinlich, da keine Zahlungsunfähigkeit bei Anordnung vorliegen darf). Einen Vorteil für den Schuldner stellt die Regelung also dar, wenn es darum geht, Sicherheiten und Kredite gegenüber Kreditinstituten und Lieferanten insolvenzanfechtungsfest zu begründen.<sup>330</sup> In Anlehnung an das „normale“ Eröffnungsverfahren mit vorläufigem Insolvenzverwalter soll der Schuldner „über eine Anordnung des Gerichts quasi in die Rechtsstellung eines starken vorläufigen Insolvenzverwalters“ einrücken<sup>331</sup> und die Möglichkeit erhalten, durch seine Rechtshandlungen Masseverbindlichkeiten begründen zu können.<sup>332</sup> Der Schuldner hat hier abzuwägen, ob er von dem Recht Gebrauch machen will, durch all seine Rechtshandlungen Masseverbindlichkeiten zu begründen, oder ob es sinnvoller sein wird, im Rahmen von Einzelermächtigungen Masseverbindlichkeiten einzugehen.<sup>333</sup>

Zur Begründung der Einräumung des Rechts des Schuldners führt der Gesetzgeber ferner an, dass beim Schuldner noch keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und es gerechtfertigt sei, „den Beteiligten einen weiten Rechtsrahmen zu eröffnen, um die Verfügungsbefugnis so auszugestalten, wie sie im Interesse einer möglichst optimale [gemeint ist wohl ‚optimalen‘] Sanierung am sinnvollsten ist“.<sup>334</sup>

<sup>326</sup> Hölzle, ESUG, S. 130, Rn. 72.

<sup>327</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 312, Rn. 145.

<sup>328</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/7511, S. 37.

<sup>329</sup> Rechell/Willemsen, Kommentar ESUG, S. 298, Rn. 27-28.

<sup>330</sup> Braun/ Riggert, InsO, § 270b, Rn. 14.

<sup>331</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/7511, S. 37.

<sup>332</sup> Hölzle, ESUG, S. 130, Rn. 72.

<sup>333</sup> Wimmer, ESUG 2012, S. 28.

<sup>334</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/7511, S. 37.

### 3. Aufhebung der Schutzschirmordnung

Die Schutzschirmordnung nach § 270b I InsO ist vor Ablauf der Frist durch das Gericht gemäß § 270b IV 1 InsO bei Vorliegen der darin genannten Tatbestandsmerkmale aufzuheben. Die dort geregelten Tatbestandsmerkmale sind nach Nr. 1 die aussichtslos gewordene Sanierung, nach Nr. 2 ein Aufhebungsantrag des vorläufigen Gläubigerausschusses und nach Nr. 3 eine zu erwartende Gläubigerbenachteiligung, die durch den Antragssteller glaubhaft gemacht wird. Nach § 270 IV 2 InsO ist der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit dem Gericht durch den Schuldner oder den vorläufigen Sachwalter unverzüglich anzuzeigen. Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit war im Regierungsentwurf zunächst als erster Aufhebungsgrund in Absatz 3 Satz 1 Nr. 1 vorgesehen.<sup>335</sup> Durch die Einfügung des Rechts des Schuldners, Masseverbindlichkeiten nach Antrag begründen zu dürfen, sind die Aufhebungsvorschriften nun in Absatz 4 geregelt. Der § 270 III 1 Nr. 1 InsO-E wurde sodann durch den Rechtsausschuss gestrichen, weil ein einzelner Gläubiger durch Fälligestellung einer Forderung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hätte hervorgerufen können, was nicht dem Zweck des Verfahrens entsprochen hätte. Trotzdem wurde der Satz 2 im Gesetz belassen, da „*die erforderliche Aufsicht durch das Insolvenzgericht*“<sup>336</sup> durch permanente Prüfung der Liquidität sichergestellt werden soll.<sup>337</sup>

#### a) Aussichtslosigkeit der angestrebten Sanierung

Die Zahlungsunfähigkeit wurde folglich zu einem Beurteilungskriterium in der Beurteilung des Aufhebungsfalles des § 270b IV 1 Nr. 1 InsO gemacht<sup>338</sup>. Nach Nr. 1 muss die Sanierung nachträglich aussichtslos geworden sein, was deutlich höhere Anforderungen darstellt, als an die Anordnung zu stellen sind.<sup>339</sup> Um die nachträgliche Aussichtslosigkeit feststellen zu können, bedarf es einer periodischen Berichterstattung (in Form eines Liquiditätsstatus') an das Gericht durch den Sachwalter, die dazu geeignet ist, einer pflichtgemäßen Entscheidung über die amtswegige Aufhebung der Schutzschirmordnung durch das Gericht beizusteuern.<sup>340</sup> Dies ergibt sich aus den Vorschriften, die in § 274 III InsO für den vorläufigen Sachwalter gelten, da eine Bezugnahme der

<sup>335</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 12.

<sup>336</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 46.

<sup>337</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/7511, S. 37.

<sup>338</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 46.

<sup>339</sup> Haarmeyer/Förster/Wutzke/ Buchalik, InsO Kommentar, § 270b, Rn. 22.

<sup>340</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 46.

Bestimmungen implizit auch auf das Schutzschirmverfahren geboten ist.<sup>341</sup> Umso stärker noch im Schutzschirmverfahren, weil dies eine nicht ungefährliche Situation für die Gläubiger darstellt und ihnen gerade hier kein Informationsdefizit zuzumuten sein kann.<sup>342</sup>

#### **b) Aufhebungsantrag des vorläufigen Gläubigerausschusses**

Gemäß § 270b IV 1 Nr. 2 InsO hat das Gericht die Anordnung aufzuheben, wenn dies vom vorläufigen Gläubigerausschuss beantragt wird, gesetzt den Fall, dass dieser bestellt ist. In der Entscheidung über den Aufhebungsantrag per Beschluss obliegt es dem vorläufigen Gläubigerausschuss, zu beurteilen, ob „eine nachteilhafte Entwicklung zulasten der Gläubiger droht“<sup>343</sup>, wobei im Gesetz keine Begründung gefordert wird.<sup>344</sup> Dem Antrag ist durch das Gericht ohne weitere eigene Prüfung zu entsprechen.<sup>345</sup> Ein wirksamer Antrag des Ausschusses erfordert, dass nach § 72 InsO die Mehrheit der Mitglieder an der Beschlussfassung teilgenommen hat und der Beschluss mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst worden ist (s.o. Kopfmehrheit), jedoch keinen einstimmigen Beschluss.<sup>346</sup> Die Befugnis des vorläufigen Gläubigerausschusses, die Anordnung durch Antrag aufheben zu lassen, ist ein zusätzliches Anzeichen für die stärkere Einflussnahme der Gläubiger auf die Eigenverwaltung, insbesondere auf das Schutzschirmverfahren. Der Schuldner ist im Sinne aller Beteiligten auch hier gut beraten, um das Vertrauen der Gläubiger zu werben, um sie zu seinen Verbündeten zu machen.<sup>347</sup>

#### **c) Gläubigerantrag bei Gefahr der Gläubigerbenachteiligung**

Ferner ist die Anordnung nach § 270b IV 1 Nr. 3 InsO aufzuheben, wenn ein absonderungsberechtigter Gläubiger oder ein Insolvenzgläubiger dies beantragt und Umstände bekannt werden, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird.

Zulässig ist der Antrag nur, wenn kein vorläufiger Gläubigerausschuss bestellt ist und die Umstände der drohenden Gläubigerbenachteiligung durch den Antragsteller bei Gericht glaubhaft gemacht werden (§ 294 ZPO i.V.m. § 4 InsO).

<sup>341</sup> Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/ Ringstmeier, Fachanwaltskommentar, § 270b, Rn. 35.

<sup>342</sup> Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/ Ringstmeier, Fachanwaltskommentar, § 270b, Rn. 35.

<sup>343</sup> Rechell/ Willemsen, Kommentar ESUG, S. 303, Rn. 46.

<sup>344</sup> Haarmeyer/Förster/Wutzke/ Buchalik, InsO Kommentar, § 270, Rn. 22.

<sup>345</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 50.

<sup>346</sup> Braun/ Riggert, InsO, S. 1255, Rn. 19.

<sup>347</sup> Haarmeyer/Förster/Wutzke/ Buchalik, InsO Kommentar, § 270, Rn. 22.

Es handelt sich bei den glaubhaft zu machenden Umständen um solche, die erst nach dem Zeitpunkt der Schutzschirmordnung bekannt geworden sind, also nicht jene, die schon zum Zeitpunkt der Anordnung vorgelegen haben<sup>348</sup>. Eine Aufhebung durch Inbezugnahme letzterer Umstände kann durch den Gläubiger nicht erreicht werden.<sup>349</sup> Hierbei wird nicht wie in Nr. 1 auf die aussichtslos gewordene Sanierung abgestellt, sondern lediglich auf Gläubiger-  
nachteile.<sup>350</sup> Eine Nachteiligkeit könnte sich aus dem „*Risiko des Forderungsausfalls wegen sich rapide verschlechternder Entwicklung des Schuldners im Schutzschirmverfahren*“<sup>351</sup> oder der „*Aushöhlung des schuldnerischen Vermögens*“<sup>352</sup> mit oder ohne Kenntnis des Sachwalters ergeben. Dem Gericht obliegt es sodann, von Amts wegen mittels Anhörung des vorläufigen Sachwalters des schuldnerischen Unternehmens und möglicherweise eines sachverständigen Experten<sup>353</sup> festzustellen, ob die Umstände tatsächlich erwarten lassen, dass sie zu einer Gläubigerbenachteiligung führen.<sup>354</sup> Auch wenn das Gericht vorliegend im Vergleich zu Nrn. 1 und 2 eine inhaltliche Entscheidung zu treffen hat<sup>355</sup>, so sehen *Willemsen* und *Rechel*<sup>356</sup> diese Regelung dennoch als unbefriedigend an, weil sie einzelnen Gläubigern ein „*erhebliches Stör- und Verhinderungspotenzial zugesteht*“.

#### **d) Entscheidung über Insolvenzeröffnung**

Das Gericht hat gemäß § 270b IV 3 InsO nach der Aufhebung der Schutzschirmordnung oder nach Ablauf der gesetzten Frist über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu entscheiden.

Die Entscheidung des Gerichts über die Aufhebung der Schutzschirmordnung erfolgt durch öffentlichen Beschluss (§ 23 InsO) und ist nicht rechtsmittelfähig.<sup>357</sup> Der Beschluss ist dem Schuldner, dem vorläufigen Sachwalter und den Mitgliedern des vorläufigen Gläubigerausschusses zuzustellen, wobei er keiner Begründung bedarf, eine solche ist nichtsdestotrotz empfehlenswert, um dem Anschein einer Willkür in der Entscheidungsfindung vorzubeugen.<sup>358</sup>

<sup>348</sup> Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/ Ringstmeier, Fachanwaltskommentar, § 270b, Rn. 37.

<sup>349</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 54.

<sup>350</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 53.

<sup>351</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 323, Rn. 209.

<sup>352</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 323, Rn. 210.

<sup>353</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 322 f., Rn. 208.

<sup>354</sup> Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/ Ringstmeier, Fachanwaltskommentar, § 270b, Rn. 38.

<sup>355</sup> Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/ Ringstmeier, Fachanwaltskommentar, § 270b, Rn. 38.

<sup>356</sup> Rechell/ Willemsen, Kommentar ESUG, S. 303, Rn. 47.

<sup>357</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 56.

<sup>358</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 56 f.

Wird das Schutzschirmverfahren gemäß den Maßgaben des § 270b IV InsO aufgehoben, wird es in ein Regelinsolvenzverfahren übergeleitet.<sup>359</sup> Der Zeitraum, in dem die gerichtliche Entscheidung zu treffen ist, wird im Gesetz nicht geregelt, wird jedoch im Einzelfall von der Vorteilhaftigkeit einer Nutzung von Insolvenzgeld durch die Gläubiger abhängen.<sup>360</sup> Das Gericht darf zumindest „die in Gang gekommene und noch nicht endgültig geschulterte Sanierung nicht unmöglich machen oder behindern“.<sup>361</sup> Es entsteht nach der Aufhebungsanordnung ein „offener“ Verfahrenszeitraum bis zur Entscheidung über Abweisung mangels Masse oder über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens.<sup>362</sup> Um zu verhindern, dass unter dem „Schutzschirm der gerichtlichen Anordnung das letzte Vermögen des Schuldners vernichtet wird“, sollte die Entscheidung zügig nach der Aufhebungsanordnung erfolgen und kann bis dahin auch als Eigenverwaltungsvorverfahren nach § 270a InsO fortgesetzt werden.<sup>363</sup> Die Möglichkeit der Anordnung der Eigenverwaltung im folgenden Insolvenzverfahren (auch im Insolvenzplanverfahren) ist nicht abhängig von einem vorliegenden Sanierungskonzept, sondern bestimmt sich nach den oben dargestellten Voraussetzungen gemäß § 270 II InsO.<sup>364</sup> Mitunter ist es dem Gericht nach der Aufhebung wieder gestattet, die Sicherungsmaßnahmen, von denen zuvor abgesehen wurde, anzuordnen.<sup>365</sup>

#### **4. Rechtsstellung und Aufgaben der Beteiligten**

Die Rechtsstellung und Aufgaben der am Verfahren beteiligten Personen und Organe wurden im Rahmen der vorangehenden Darstellung des Verfahrens bereits erläutert, sollen im Folgenden jedoch nochmals konkretisiert werden. Die Hauptbeteiligten sind im Schutzschirmverfahren der Schuldner, das Insolvenzgericht und der vorläufige Gläubigerausschuss. Die Rolle des Gläubigerausschusses wurde in *Abschnitt C.I.* umfassend erörtert. Sie soll nur kurzrisch betrachtet werden.

<sup>359</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 323, Rn. 211, m.w.N.

<sup>360</sup> Braun/ Riggert, InsO, S. 1255, Rn. 24.

<sup>361</sup> Braun/ Riggert, InsO, S. 1255, Rn. 22.

<sup>362</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 58.

<sup>363</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 58.

<sup>364</sup> Braun/ Riggert, InsO, S. 1256, Rn. 25.

<sup>365</sup> Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/ Ringstmeier, Fachanwaltskommentar, § 270b, Rn. 40.

## a) Schuldner

Der Schuldner ist im Schutzschirmverfahren die zentrale Figur, da es sich um sein Unternehmen handelt, das in eine Schieflage geraten ist und einer Sanierung bedarf. Um unter den Schutz des § 270b InsO zu gelangen, ist die Stellung eines Schutzschirmantrags nötig, wie oben beschrieben. Zur Stellung des Antrags ist einer von mehreren Organvertretern des Schuldners berechtigt.<sup>366</sup> Dem Schuldner obliegt es sodann, alle Aufgaben wahrzunehmen, die er auch im Regelinsolvenzverfahren wahrzunehmen hat, es sei denn, in den §§ 270 ff. InsO ist etwas anderes geregelt. Im Schutzschirmverfahren stellen sich seine anderweitigen - zusätzlich zu den sich aus der Darstellung des Verfahrens ergebenden - Aufgaben und seine Rechtsstellung wie folgt dar:

Der Schuldner muss zur Erlangung des Schutzes zur Vorbereitung der Sanierung alle oben genannten Anträge stellen. Ihn treffen diesbezüglich insbesondere die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten aus § 20 InsO. Zudem soll er dem Aussteller der Bescheinigung über die Sanierungsfähigkeit des Unternehmens zur Seite stehen und ihn mit aktuellen und fortlaufend geführten Unternehmenszahlen versorgen.<sup>367</sup>

Dem Schuldner steht das Recht zu, nach § 270b II 1 InsO dem Gericht die Person des vorläufigen Sachwalters vorzuschlagen. Des Weiteren soll der Schuldner zum Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung des Gerichts den Insolvenzplan vorlegen.<sup>368</sup>

Außerdem ist es dem Schuldner gestattet, den Eröffnungsantrag zurückzunehmen, wenn das Gericht gegen den gestellten Antrag Bedenken äußert.<sup>369</sup> Dieses Recht kommt ihm dann zu, wenn *„der Insolvenzantrag auf drohende Zahlungsunfähigkeit gestützt wird und keine offensichtliche Zahlungsunfähigkeit vorliegt“*.<sup>370</sup>

Grundlegende Aufgaben, die durch den Schuldner wahrgenommen werden sollten, um den Zweck des Schutzschirmverfahrens nicht zu gefährden, sind eine enge Zusammenarbeit mit den Gläubigern (in Form des vorl. GA) und

<sup>366</sup> Gutmann/ Laubereau, ZInsO 2012, S. 1866.

<sup>367</sup> Gutmann/ Laubereau, ZInsO 2012, S. 1862.

<sup>368</sup> Gutmann/ Laubereau, ZInsO 2012, S. 1863.

<sup>369</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 299, Rn. 76.

<sup>370</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 299, Rn. 77.

dem vorläufigen Sachwalter sowie das Einhalten einer im Vorfeld zur Antragsstellung stattgefundenen Übereinkunft mit den wesentlichen Gläubigern.<sup>371</sup>

## **b) Insolvenzgericht**

Durch die grundsätzliche Anwendung der allgemein gültigen Vorschriften über das Regelinsolvenzverfahren auf das Schutzschirmverfahren, soweit in den §§ 270 ff. InsO nichts anderes bestimmt ist, obliegt dem Insolvenzgericht die Überwachung des ordnungsgemäßen Ablaufs des Schutzschirmverfahrens. Gemäß § 5 I InsO hat das Gericht von Amts wegen alle Umstände zu ermitteln, die für das Insolvenzverfahren von Bedeutung sind und kann zu diesem Zweck insbesondere Zeugen und Sachverständige vernehmen. Das Gericht übernimmt im Allgemeinen die Prüfung aller Voraussetzungen, die im Laufe des Verfahrens zu erfüllen sind. In den folgenden Ausführungen sollen diese Prüfungen und Aufgaben im Einzelnen dargelegt werden.

Zunächst hat das Gericht die Voraussetzungen der Anträge des Schuldners zu prüfen. Die zu prüfenden Anträge (auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, auf Anordnung der Eigenverwaltung und Anordnung einer Schutzfrist zur Vorbereitung einer Sanierung) wurden oben in *Abschnitt C.IV.2.a)* erörtert. Im weiteren Verlauf ist der Insolvenzgrund zu prüfen. Liegt Zahlungsunfähigkeit vor, so wird nach Prüfung der Voraussetzungen für ein Regelinsolvenzverfahren ein solches eingeleitet, ggf. auch in Eigenverwaltung. Die bei Gericht einzureichende Bescheinigung über die Sanierungsfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens dient dem Gericht als Grundlage für die Entscheidung über die Einleitung des Schutzschirmverfahrens, die betrieben werden soll, falls aus der Bescheinigung keine Zahlungsunfähigkeit hervorgeht, jedoch Überschuldung und/ oder drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegen.

Folglich bestimmt das Gericht in dem Beschluss nach § 270b I InsO die Dauer der Schutzfrist zur Vorlage des Insolvenzplans. Hier steht dem Gericht ein Ermessensspielraum zu, der jedoch durch die Höchstdauer der Frist auf drei Monate beschränkt ist (§ 270b I 2 InsO). Dem Gericht obliegt es, in dem Beschluss zudem den vorläufigen Sachwalter zu bestellen, wobei der Vorschlag des Schuldners maßgeblich ist, von dem nur abgewichen werden kann, wenn die vorgeschlagene Person offensichtlich ungeeignet ist (*Abschnitt C.IV.2.b)bb)(1)*). Ferner hat das Gericht im Beschluss die bereits genannten

<sup>371</sup> Wimmer, ESUG 2012, S. 25.

vorläufigen Maßnahmen anzuordnen. Zusätzlich anzuordnen hat es das Recht des Schuldners, Masseverbindlichkeiten zu begründen, sofern dieser das beantragt. Nach § 22a InsO hat das Insolvenzgericht des Weiteren einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen, wenn die oben behandelten Voraussetzungen vorliegen. Während des Schutzschirmverfahrens übt das Insolvenzgericht, neben der Überwachung des Verfahrens grundsätzlich die Aufsicht über den vorläufigen Sachwalter nach § 274 I 1 InsO i.V.m. § 58 InsO aus, der ihm auf Nachfrage Sachstandmitteilungen zu übermitteln hat. Schließlich ist das Schutzschirmverfahren durch das Gericht bei Vorliegen der im vorangehenden Abschnitt beschriebenen Voraussetzungen aufzuheben und es hat über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu entscheiden.

Der Erfolg des Verfahrens hängt von der Fachkompetenz des Insolvenzrichters ab, so der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf<sup>372</sup>, wobei davon auszugehen sei, dass diese von einem juristisch Ausgebildeten durch eigenständige Erarbeitung erreicht werden könne.

In seinen „10 Thesen zur Praxis des ESUG“<sup>373</sup> konstatierte der GSV folgendes:

*„Für die Umsetzung der Reformziele in die Praxis sowie den Weg hin zu einer Sanierungskultur in Deutschland kommt vornehmlich den Insolvenzgerichten eine Schlüsselrolle zu:*

- *Ihre Tätigkeit muss sich am gesetzgeberischen Willen mit dem Ziel des Erhalts von sanierungsfähigen Unternehmen und Arbeitsplätzen orientieren.*
- *Sie dürfen gebotene (wirtschaftliche) Entscheidungen nicht durch die individuelle gerichtliche Aufgabenwahrnehmung behindern oder verzögern.*
- *Eine Spezialisierung und Konzentration der Insolvenzgerichte ist zur Interessenwahrung aller Beteiligten unverzichtbar.“*

Da die Beantragung zu einer negativen Publizität führen kann, hat das Gericht abzuwägen, ob es die Anordnung des Schutzschirmverfahrens öffentlich bekanntmacht, obwohl dies nicht gesetzlich vorgeschrieben ist.

<sup>372</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 61 ff.

<sup>373</sup> GSV, ZInsO 2012, S. 385.

### **c) Vorläufiger Gläubigerausschuss**

Soweit in § 270b InsO keine Besonderheiten geregelt sind, gelten auch für den vorläufigen Gläubigerausschuss die allgemeinen Vorschriften, da das Schutzschirmverfahren eine besondere Form der vorläufigen Eigenverwaltung ist.<sup>374</sup>

Aufgrund der Tatsache, dass § 270b II 3 InsO nur die Anwendung des § 21 InsO einschränkt, ist eine Anwendung des § 22a InsO im Schutzschirmverfahren möglich, demzufolge die Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses zulässig.<sup>375</sup>

Des Weiteren stünde es dem vorläufigen Gläubigerausschuss zu, bedingt durch die Verweisungskette des § 270a I InsO i.V.m. §§ 274, 275 InsO und §§ 56, 56a InsO, vor der Bestellung des vorläufigen Sachwalters angehört zu werden und an seiner Bestellung mitwirken zu können.<sup>376</sup> Dieser Ansicht ist nach *Ampferl*<sup>377</sup> nicht zu folgen, denn so könnte der Gläubigerausschuss mittelbar das Recht des Schuldners verwirken, seinen „mitgebrachten“ vorläufigen Sachwalter im Verfahren zu etablieren. Für den vorläufigen Gläubigerausschuss bleibt ohnehin die Möglichkeit bestehen, über die Person des Sachwalters abzustimmen.

Schließlich kann der vorläufige Gläubigerausschuss durch Antrag die Aufhebung der Schutzschirmordnung herbeiführen, wenn es von seinem Recht aus § 270b IV 1 Nr. 2 InsO Gebrauch macht (*Abschnitt C.I.2.c*).

## **5. Die Bescheinigung im Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO**

### **a) Allgemeine Feststellungen zur praktischen Bedeutung der Bescheinigung**

Eine unzureichende Bescheinigung nach § 270b InsO ist der Hauptgrund für die Ablehnung von Anträgen auf Eigenverwaltung<sup>378</sup>, weshalb die Untersuchung der Anforderungen an eine ordentliche Bescheinigung einen Schwerpunkt dieses Abschnitts bildet.

<sup>374</sup> Kübler/ *Ampferl*, HRI, S. 375, Rn. 223.

<sup>375</sup> Kübler/ *Ampferl*, HRI, S. 255, Rn. 225 ff.

<sup>376</sup> Kübler/ *Ampferl*, HRI, S. 255, Rn. 227.

<sup>377</sup> Kübler/ *Ampferl*, HRI, S. 255, Rn. 227.

<sup>378</sup> *Roland Berger*, ESUG-Studie 2012, S. 23.

Für den Eintritt eines sich in der Krise befindlichen Unternehmens in ein Schutzschirmverfahren ist die Bescheinigung nach § 270b InsO zum Eintritt in die Eigenverwaltung essentiell. Hierbei ist nicht nur das grundsätzliche Vorliegen der Bescheinigung von Bedeutung, sondern in ganz besonderem Maße deren Qualität. Voraussetzung zur gerichtlichen Gewährung der insolvenzrechtlichen Vorbereitung einer Sanierung ist sie ohnehin nach § 270b I 3 InsO. Die benötigte Mindestqualität spiegelt sich in der benötigten Aussagekraft und Darstellung der Unternehmensrealität wider. Dass die Gerichte zur Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens und die Entsprechung des Schuldnerantrags auf eine aussagekräftige Bescheinigung zurückgreifen, ist nicht von der Hand zu weisen.

Mit dem Schutzschirmantrag hat der Schuldner nämlich eine mit Gründen versehene Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers, Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorzulegen, aus der sich ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist (§ 270b I 3 InsO). Unter dieser zu begründenden Bescheinigung ist ein „*schriftliches Dokument zu verstehen, welches das Bestehen bestimmter Sachverhalte bestätigt*“<sup>379</sup>. Die Bescheinigung muss jedoch nicht den Anforderungen eines Gutachtens nach IDW-Standard entsprechen<sup>380</sup>, Umfang und Tiefe sollen sich deshalb immer am konkreten Einzelfall orientieren.<sup>381</sup>

In Ermangelung alternativer anerkannter Standards zum *IDW S 9* hat die Bescheinigung nach ebendiesem Standard weiterhin eine hohe Bedeutung für die Praxis. Zwar hat der *BDU* ebenfalls ein Grobkonzept erarbeitet, jedoch wird diesem noch weniger Maßgeblichkeit zugeschrieben - stößt es doch bei Richtern zu 80 % auf Ablehnung.<sup>382</sup>

In ungefähr 60 % der Fälle wurde die Sanierungsbescheinigung von Wirtschaftsprüfern ausgestellt, gefolgt von Beratern und Insolvenzrechtlern mit jeweils 20 %.<sup>383</sup>

Ziel des *IDW S 9* ist es, den Erstellern von Bescheinigungen nach § 270b InsO Empfehlungen an die Hand zu geben, wie sie Aussagen zur Insolvenz-

<sup>379</sup> Nerlich/ Römermann/ Riggert, InsO, § 270b, Rn. 7.

<sup>380</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 61.

<sup>381</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 295, Rn. 55.

<sup>382</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 31.

<sup>383</sup> BCG, Drei Jahre ESUG, S. 11.

reife des Unternehmens und zu den Sanierungsaussagen treffen können, so dass das Risiko der Rechtsunsicherheit reduziert bis minimiert werden kann.<sup>384</sup> Im Folgenden werden Konkretisierungen des *IDW S 9*, die bezüglich der Anforderungen an die Bescheinigung zu stellen sind, diskutiert.

## **b) Person des Bescheinigers**

In § 270b I 3 InsO werden bereits Personen genannt, die als Person des Ausstellers der Bescheinigung in Frage kommen. Zusätzlich könnten dies nach dem Gesetzgeber auch Steuerbevollmächtigte, Steuerberater und vereidigte Buchprüfer als Person mit vergleichbarer Qualifikation sein, des Weiteren auch Angehörige eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum<sup>385</sup>, ferner Rechtspfleger, Dipl.-Kaufleute und Rechtsbeistände.<sup>386</sup>

Gemäß § 270b II 1 InsO muss der Bescheiniger personenverschieden vom zu bestellenden vorläufigen Sachwalter sein, damit die nötige Unabhängigkeit des Sachwalters gewährleistet werden kann.<sup>387</sup> Die Unabhängigkeit spielt eine wichtige Rolle. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Tätigkeit im Rahmen der Bescheinigungserstellung selbst „zu einem gewissen Näheverhältnis zwischen Schuldner und Bescheinigendem“ führe, so *Hermanns*<sup>388</sup>. Sei der Ersteller der Bescheinigung bereits vor Krisenbeginn für den Schuldner beratend tätig gewesen und habe die „sich abzeichnende Krise“ im Rahmen der Beratung trotzdem nicht erkannt und keine entsprechenden Maßnahmen empfohlen, so könne die „Unabhängigkeit des Gutachters gefährdet sein“. *Hermanns* ist der Ansicht, das „Unabhängigkeitsniveau des Bescheinigenden“ müsse vom Gericht genau geprüft werden, wobei zu beachten wäre, dass „dauerhafte Mandatsbeziehungen die Aussagekraft der Bescheinigung grundsätzlich nicht mindern“ würden.

Entscheidendes weiteres Merkmal für die Qualifikation des Bescheinigers ist dessen ausreichende Erfahrung „in Insolvenzsachen“. Diese Kompetenzen können durch eine „Aufzählung einer ausreichenden Zahl insolvenzrechtlicher Mandate, die der Berufsträger begleitet hat“<sup>389</sup>, untermauert werden, zumal es nicht als hinreichend zu erachten ist, dass bei dem Bescheiniger „lediglich

<sup>384</sup> *Steffan/ Solmecke*, WPg 2015, 269, 270; *Steffan/ Solmecke*, ZIP 2014, S. 2271 ff.

<sup>385</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712 v. 04.05.2011, S. 60.

<sup>386</sup> *Nerlich/ Römermann/ Riggert*, InsO, § 270b, Rn. 8.

<sup>387</sup> RegE ESUG, BT-Drucks. 17/7511 v. 26.10.2011, S. 37.

<sup>388</sup> *Buth/ Hermanns/ Hermanns*, RSt, § 27 Rn. 25 S. 606.

<sup>389</sup> *Haarmeyer/ Buchalik*, Sanieren statt liquidieren, S. 76.

*eine Erfahrung in inhaltlichen Teilbereichen der Insolvenzordnung besteht“.*<sup>390</sup> Keine Zweifel sollten bezüglich der Person des Bescheinigers aufkommen, wenn sie betriebswirtschaftliche und steuerrechtliche Kompetenzen in Sanierungen, beispielsweise auf Grund der Erstellung von Sanierungskonzepten und Mitwirkung an Gutachten nach dem *IDW-Standard S 6*, vorweisen kann.<sup>391</sup> Eine von der *BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft* bezüglich Unternehmensberatern als Aussteller der Bescheinigung durchgeführte Befragung hat ergeben, dass diese bei „*schriftlich und substantiiert*“ dargelegter Qualifikation auch als berechtigte Ersteller anzusehen sein sollen.<sup>392</sup>

### **c) Eröffnungsgründe**

In der Bescheinigung hat der Aussteller darzulegen, dass der Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO oder der Überschuldung nach § 19 InsO vorliegt. Es ist denkbar und zulässig, und auch nicht selten der Fall, dass beide Merkmale zusammentreffen, denn „*bei drohender Zahlungsunfähigkeit wird häufig auch die eine Überschuldung vermeidende positive Fortführungsprognose fehlen.*“<sup>393</sup>

#### **aa) Drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO**

Nach § 18 InsO droht der Schuldner zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten zum Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. Nach dem *IDW S 11*<sup>394</sup> droht Zahlungsunfähigkeit, „*wenn zum Beurteilungsstichtag keine Liquiditätslücke vorhanden ist, nach dem Finanzplan aber absehbar ist, dass die Zahlungsmittel zur Erfüllung der fällig werdenden Zahlungsverpflichtungen nicht mehr ausreichen und dies durch finanzielle Dispositionen und Kapitalbeschaffungsmaßnahmen nicht mehr ausgeglichen werden kann.*“ § 18 InsO schreibt keine Antragspflicht zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens für den Schuldner vor, gewährt ihm jedoch das Recht dazu.<sup>395</sup> Für die Feststellung des Vorliegens einer drohenden Zahlungsunfähigkeit soll ein Finanzplan aufgestellt werden,

<sup>390</sup> Nerlich/ Römermann/ Riggert, InsO, § 270b, Rn. 9.

<sup>391</sup> Haarmeyer/ Buchalik, Sanieren statt liquidieren, S. 77.

<sup>392</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 293, Rn. 43 (befragt wurden Mitglieder des *BDU*, *BRSI* und *TMA*).

<sup>393</sup> Nerlich/ Römermann/ Riggert, InsO, § 270b, Rn. 5.

<sup>394</sup> *IDW*, *IDW S 11*, S. 19, Rn. 92.

<sup>395</sup> *IDW*, *WP Handbuch 2008*, S. 878, Rn. 202.

der das laufende Jahr sowie das folgende Geschäftsjahr umfasst.<sup>396</sup> Einzubeziehen sind in die Liquiditätsbetrachtungen nicht nur die bereits vorhandenen Verbindlichkeiten, sondern auch demnächst rechtlich oder wirtschaftlich entstehende Verbindlichkeiten. Um feststellen zu können, dass Zahlungsunfähigkeit droht, muss aus dem Finanzplan hervorgehen, dass die Zahlungsunfähigkeit eher wahrscheinlich ist als deren Nichteintritt. Zudem sollte der Finanzplan der Bescheinigung als Anlage hinzugefügt werden.<sup>397</sup>

## **bb) Überschuldung nach § 19 InsO**

Wie bereits erwähnt, kann der Tatbestand der Überschuldung nach § 19 InsO ebenfalls Eröffnungsgrund des Insolvenzverfahrens sein. Demnach liegt Überschuldung vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Es ist ein stichtagsbezogener Überschuldungsstatus zu erstellen<sup>398</sup>, dies auch nur bei einer negativen Fortbestehensprognose.<sup>399</sup> Der Überschuldungsbegriff wurde durch das *BMJ*<sup>400</sup> entfristet und ist nun als neuer alter, sogenannter modifizierter zweistufiger Überschuldungsbegriff gültig.<sup>401</sup> Bei der Fortbestehensprognose ist auf die „*voraussichtliche Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit während des Prognosezeitraums*“<sup>402</sup> abzustellen. Zur Überschuldungsprüfung ist nach dem *IDW S 9* eine zweistufige Vorgehensweise erforderlich<sup>403</sup>:

1. *„Auf der ersten Stufe sind die Überlebenschancen des Unternehmens in einer Fortbestehensprognose zu beurteilen. Bei einer positiven Fortbestehensprognose liegt keine Überschuldung i.S.d. § 19 Abs. 2 InsO vor.*
2. *Im Falle einer negativen Fortbestehensprognose sind auf der zweiten Stufe Vermögen und Schulden des Unternehmens in einem stichtagsbezogenen Status zu Liquidationswerten gegenüberzustellen.“*

Auf Erläuterungen über die genauen Ermittlungen des Überschuldungsstatus und der Fortbestehensprognose wird hier aus Gründen des Umfangs mit Verweis auf den *IDW S 11* verzichtet.

<sup>396</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 296, Rn. 57.

<sup>397</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 296, Rn. 58.

<sup>398</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 296, Rn. 60.

<sup>399</sup> *IDW*, *IDW S 9*, S. 4, Rn. 18.

<sup>400</sup> Pressemitteilung des BMJ vom 9.11.2012 zur Entfristung des Überschuldungsbegriffs.

<sup>401</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 296, Rn. 60, m.w.N.

<sup>402</sup> *IDW*, *IDW S 6*, S. 18 f., Rn. 85.

<sup>403</sup> *IDW*, *IDW S 9*, S. 4 f., Rn. 19.

Zur Überprüfung durch das Gericht soll auch der ermittelte Überschuldungsstatus der Bescheinigung als Anlage beigefügt werden.<sup>404</sup>

#### **d) Kein Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO**

Es darf bei Antragstellung keine Zahlungsunfähigkeit vorliegen, denn deren Vorliegen ist durch die Bescheinigung gemäß § 270b I 3 InsO auszuschließen. Der Schuldner ist nach § 17 II InsO zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen, was nach Satz 2 in der Regel anzunehmen ist, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner über einen Zeitraum von 3 Wochen mindestens 10 % seiner fälligen Verbindlichkeiten nicht begleichen kann, so die Beurteilungskriterien des *BGH*<sup>405</sup>. Ein Nachweis über diesen Umstand, in Form eines kurzfristigen Finanzplans, kann dafür als hinreichend erachtet werden.<sup>406</sup>

#### **e) Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos**

Zusätzlich zum Vorliegen der Eröffnungsgründe der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung hat der Aussteller der Bescheinigung zu bestätigen, dass die Sanierung des Schuldnerunternehmens nicht offensichtlich aussichtslos ist (§ 270b I 3 InsO). Man könnte dies aber auch dahingehend schärfer formulieren, dass der Schuldner konkrete Sanierungsaussichten dar- tun und anhand des Standes der Umsetzung von Sanierungsmaßnahmen auch belegen muss.<sup>407</sup> *Steffan* und *Solmecke*<sup>408</sup> weisen zurecht darauf hin, dass die Begriffswahl „Bescheinigung“ und bei entsprechender Orientierung eines Wirtschaftsprüfers am *IDW PS 900*, problematisch sein könnte. Sie führen weiter aus, dass es sich bei der Aussage des WP nur um eine negativ formulierte mit dem Inhalt: *„Auf der Grundlage meiner prüferischen Durchsicht sind mir keine Sachverhalte bekannt geworden, die mich zu der Annahme veranlassen, dass keine Überschuldung oder drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die Sanierung offensichtlich aussichtslos ist“*, handeln könne.

<sup>404</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 296, Rn. 61.

<sup>405</sup> BGH, Urteil vom 24.05.2005 - IX ZR 123/04.

<sup>406</sup> Kübler/ Koch/ Jung, HRI, S. 295, Rn. 56.

<sup>407</sup> *Rendels*, redigiertes Wortprotokoll der 55. Sitzung des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) am 29.06.2011 im Deutschen Bundestag, S. 27.

<sup>408</sup> *Steffan/ Solmecke*, WPg 2015, 269, 270 f.

Hierdurch könne keine Rechtssicherheit geboten werden und würde zur Ablehnung der Insolvenzgerichte führen.<sup>409</sup>

Mit dem Merkmal „aussichtslos“ wird erkennbar, dass ein Gelingen unter den Schutzschirm ausgeschlossen werden soll, wenn die angestrebte Sanierung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keinen Erfolg haben wird.<sup>410</sup> Der Begriff „offensichtlich“ lässt darauf schließen, dass die gegenwärtigen Umstände ohne weitere Erforschung und Prüfung für den Bescheiniger ersichtlich sein müssen und er dafür keine umfassende Beurteilung für die Einschätzung vornehmen muss.<sup>411</sup> Weil während der Schutzschirmphase ein Insolvenzplan erarbeitet werden soll, sollten nicht allzu hohe Anforderungen an die Einschätzung gestellt werden.<sup>412</sup> Trotzdem wird vorausgesetzt, dass zur Begründung einer nicht prognostizierten Aussichtslosigkeit der Sanierung die Kernpunkte der angestrebten Restrukturierung dargelegt werden.<sup>413</sup> Der Bescheiniger soll sich einen Überblick über die schuldnerischen Unternehmensverhältnisse, das Unternehmensumfeld und die Geschäftstätigkeit z.B. bezüglich der Leistungsprozesse, Produkte, Absatzwege und der Entstehung der Krise und das Krisenstadium verschaffen.<sup>414</sup>

In dem *IDW S 9* wird davon ausgegangen, dass eine Sanierung aussichtslos ist, *„wenn nicht im Rahmen eines Grobkonzeptes mindestens grundsätzliche Vorstellungen darüber vorliegen, wie die angestrebte Sanierung konzeptionell und finanziell erreicht werden kann.“*<sup>415</sup>

Für den Bescheiniger ergeben sich zur Ermittlung von Informationen fünf Fallgruppen, die unterschieden werden können<sup>416</sup>:

1. Die Sanierung ist aufgrund gesetzlicher Vorgaben ausgeschlossen
2. Die Sanierung wird von den Gläubigern nicht mitgetragen, was bereits zum Zeitpunkt der Bescheinigung erkennbar ist
3. Der Schuldner hat eine unzutreffende Sanierungsvorstellung
4. Die Sanierung ist aufgrund des Marktumfeldes ausgeschlossen
5. Sonstige offenkundige Anhaltspunkte

<sup>409</sup> Steffan/ Solmecke, WPg 2015, 269, 271.

<sup>410</sup> IDW, IDW S 9, S. 5, Rn. 23.

<sup>411</sup> IDW, IDW S 9, S. 5, Rn. 23.

<sup>412</sup> Wimmer/ Foltis, FK-InsO, § 270b, Rn. 19.

<sup>413</sup> Braun/ Riggert, InsO, S. 1251, Rn. 7.

<sup>414</sup> IDW, IDW S 9, S. 6, Rn. 25.

<sup>415</sup> IDW, IDW S 9, S. 5, Rn. 23.

<sup>416</sup> Rechell Willemsen, Kommentar ESUG, S. 293, Rn. 10.

Die dem Bescheiniger durch den Schuldner vorzulegenden Unterlagen über die Aussichten der Sanierung seines Unternehmens sollen allenfalls auf eine offensichtliche Unrichtigkeit hin überprüft werden, so *Willemsen/Rechel*<sup>417</sup>.

Dem Bescheiniger dürfen sich ferner keine Hinderungsgründe in Bezug auf die Umsetzung des zuvor genannten Grobkonzeptes offenbaren, die die Umsetzung gefährden. Dies kann aufgrund sachlicher und personeller Ressourcen oder Finanzierungsmöglichkeiten der Fall sein.<sup>418</sup>

#### **f) Dokumentation und Berichterstattung**

Die Dokumentation und die Berichterstattung über die Feststellungen im Rahmen der Erstellung der Bescheinigung bilden im Ergebnis die Grundlage für die Entscheidung des Gerichts über den Verfahrenfortgang. Die Arbeitspapiere sollen aufbewahrt werden und einem sachverständigen Dritten ermöglichen, den Weg zum Ergebnis der Berichterstattung nachvollziehen zu können.<sup>419</sup> Die Berichterstattung soll darüber aufklären, wie der Gutachter die vorbeschriebenen Tatbestände würdigt und wie er sie begründet. Sachdienlich ist hierbei vor allem die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter zum Finanzplan und dem Grobkonzept, welches sie umsetzen wollen. Der Bericht soll zudem alle „wesentlichen im Rahmen der Würdigung genutzten Informationsquellen sowie die wesentlichen durchgeführten Tätigkeiten“ enthalten.<sup>420</sup>

#### **g) Zwischenfazit**

Den Studienergebnissen *Roland Bergers* und der *Heidelberger gem. Gesellschaft für Unternehmensrestrukturierung mbH (HgGUR)* zufolge besteht weiterhin Standardisierungsbedarf der Bescheinigung nach § 270b InsO. Diesem Bedarf wird zwar mit einem geringen Anteil von 27 % hinsichtlich des Wortlauts der Bescheinigung, aber einem erheblichen Anteil von 43 % bezüglich der durchzuführenden Arbeiten, zugestimmt.<sup>421</sup>

Da dem *IDW-Standard S 9* durch die Insolvenzrichter immer noch wenig Maßgeblichkeit zugestanden wird, sollten Änderungen in engerer Absprache mit ihnen erörtert und erarbeitet werden. Auch wenn der Standard „auf einem konstruktiven Austausch mit dem Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e.V.“

<sup>417</sup> *Rechel/Willemsen*, Kommentar ESUG, S. 293, Rn. 13.

<sup>418</sup> *IDW*, IDW S 9, S. 6, Rn. 27.

<sup>419</sup> *IDW*, IDW S 9, S. 6, Rn. 29.

<sup>420</sup> *IDW*, IDW S 9, S. 7, Rn. 32 ff.

<sup>421</sup> *Roland Berger*, ESUG-Studie 2015, S. 30.

(BAKinso)“ und zahlreichen Gesprächen „mit wesentlichen Adressaten“ wie Insolvenzrichtern, Insolvenzverwaltern und Sanierungsberatern basiert<sup>422</sup>, scheint eine nicht unbeachtliche Anzahl von Insolvenzgerichten ihn nicht zu akzeptieren. Insolvenzgutachten müssen zur Feststellung der Zahlungsfähigkeit ohnehin von „in Insolvenzsachen erfahrenen“ Personen erstellt werden. Eine Koordination zur Standardisierung könnte durch den *IDW* in Zusammenarbeit mit dem *BDU* und Gerichten (Insolvenzrichtern), die häufig Schutzschirmanträge erhalten, erfolgen. Jene Richter, die noch nicht viel Erfahrung mit der Bewertung von Bescheinigungen und Schutzschirmverfahren gemacht haben, sollten sich vor der Ablehnung des Antrags zunächst bei solchen erkundigen, die mehr Erfahrung haben.

## **6. Feststellungen zur bisherigen Entwicklung**

### **a) Allgemein**

Die Befragten der RBSC-Studie 2015 gaben an, dass bei 69 % Erfahrung mit dem Instrument des Schutzschirmverfahrens besteht. Das macht keinen bedeutenden Anstieg der Erfahrung gegenüber den Vorjahren aus, in denen die Werte bei 67 % (2012) und 66 % (2013) lagen.<sup>423</sup> Auch hier, wie bereits bei der Analyse der Erfahrungen mit den anderen Instrumenten, sind die Werte aus den Jahren 2012 und 2013 nicht als solche in die *ESUG-Studie 2015* übernommen worden. Im Jahr 2012 gaben zwar laut Studie tatsächlich 67 %<sup>424</sup> an, dass sie Erfahrung mit dem Schutzschirm gemacht hätten, jedoch waren es 2013 in der Tat schon 80 %<sup>425</sup>. Informiert fühlen sich im Jahr 2015 mittlerweile 84 % der Befragten - hier ist eine leicht steigende Tendenz zu erkennen.<sup>426</sup>

Die Rechtssicherheit bezüglich der Regelungen über das Schutzschirmverfahren ist von 2013 nach 2015 weiter gesunken und wurde nunmehr von 24 % der Befragten als niedrig oder sehr niedrig bewertet, das bedeutet eine Differenz von 8 Prozentpunkten gegenüber dem Vorjahr.<sup>427</sup>

Wie bereits im Zuge der Analyse der vorl. Eigenverwaltung festgestellt, wurden 47 % der Verfahren durch den vorl. GA abgelehnt und nur 54 % der bean-

<sup>422</sup> Steffan/ Solmecke, WPg 2015, 269, 270.

<sup>423</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 15.

<sup>424</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2012, S. 14.

<sup>425</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2013, S. 23.

<sup>426</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 15.

<sup>427</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 24.

tragten Verfahren nach § 270a, b InsO auch in Eigenverwaltung eröffnet, eine Differenzierung zwischen den Verfahrensarten wurde nicht vorgenommen. Im Vergleich zum Jahr 2013 blieb der Wert bei den in Eigenverwaltung eröffneten Verfahren konstant (55 %), jedoch lag er im Jahr 2013 schon bei 68 %.<sup>428</sup>

Von 58 % der Befragten der *RBSC-Studie 2015* wird bestätigt, dass die Komplexität der Antragstellung durch eine Vielzahl von Stakeholdern gestiegen ist - 33 % sehen nur eine „teilweise“ Steigerung. Die erhöhten „Anforderungen an die Dokumentation der Antragstellung“ (52 %) liegen knapp dahinter, gefolgt von „rechtlichen Unsicherheiten bei der Anwendung der Neuregelungen“ (45 %). Als „schwächsten“ Treiber der Komplexität werden „Sachwalter und CRO im Management“ gesehen (35 %). Auffällig ist jedoch bei Letzterem die Steigerung von 15 Prozentpunkten gegenüber dem Vorjahr.<sup>429</sup>

Der Frage, ob die seitens des Gesetzgebers gesetzten Ziele, hinsichtlich der Erleichterung der Eigenverwaltung, bislang erfüllt wurden, stimmten immerhin 69 % zu, jedoch waren es im Vorjahr noch 74 %. Gleichzeitig ist die Ablehnung diesbezüglich zurückgegangen.<sup>430</sup>

Nur 34 % Studienteilnehmer erachteten die Regelungen zum Schutzschirmverfahren als gelungen (leichter Anstieg um 3 Prozentpunkte), während der Anteil bei der Antwort „nicht gelungen“ synchron abgenommen hat (nun 26 %).<sup>431</sup>

Der These: „Schutzschirmverfahren und vorläufige Eigenverwaltung haben zu einer früheren Antragstellung geführt“ konnten lediglich 35 % der Studienteilnehmer zustimmen.<sup>432</sup>

Festzustellen ist außerdem, dass die Studienteilnehmer bezüglich des Schutzschirmverfahrens drei Thesen, mit entsprechender Prozentangabe, wie folgt beurteilten<sup>433</sup>:

1. „Die Bereitschaft der Stakeholder zur Unterstützung der Unternehmenssanierung steigt“ - 36 % Zustimmung und 41 % Ablehnung.
2. „Das Risiko für die Gläubiger wird erhöht“ - 27 % Zustimmung und 44 % Ablehnung.

<sup>428</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 16.

<sup>429</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 17.

<sup>430</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 21; Roland Berger, ESUG-Studie 2013, S. 35.

<sup>431</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 23.

<sup>432</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 25.

<sup>433</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 27.

3. „Die Wahrscheinlichkeit einer Liquidation sinkt“ - 28 % Zustimmung und 31 % Ablehnung.

Verfahren nach § 270b InsO wurden weiterhin tendenziell überwiegend von größeren Unternehmen genutzt, als die nach § 270a InsO. Die *Tabelle 2* lässt das anhand der Kennzahlen deutlich erkennen<sup>434</sup>:

	<b>§ 270b InsO</b>	<b>§ 270a InsO</b>
Umsatz	ca. 18 Mio. €	ca. 5 Mio. €
Mitarbeiter	ca. 125	ca. 35

Tab. 2: "Typische Unternehmensgröße" in den Verfahrensarten, Quelle: BCG, Drei Jahre ESUG, S. 7.

Die aufgehobenen Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO waren mit durchschnittlich 150 Tagen schneller beendet als jene, die in Form der vorl. Eigenverwaltung eröffnet wurden. Diese hatten im Vergleich eine durchschnittliche Dauer von 190 Tagen. Daraus lässt sich eine klare Tendenz ableiten.<sup>435</sup> Durch den verlängerten Betrachtungszeitraum wurden nun auch Verfahren bekannt, die im Vergleich zum Durchschnitt eine deutlich längere Durchlaufzeit aufwiesen. Es sind mittlerweile auch Schutzschirmverfahren transparent geworden, bei denen ein stark erhöhter Zeitaufwand zu einer längeren Dauer geführt hat, weshalb sich der „*zuvor beträchtliche Zeitvorteil der Schutzschirmverfahren [...] in den zurückliegenden 12 Monaten erheblich relativiert [hat]*“<sup>436</sup>

In ihrer Studie<sup>437</sup> hat die BCG im Jahr 2015 erstmalig Daten zu den materiellen Ergebnissen der bereits abgeschlossenen Eigenverwaltungsverfahren erhoben. Die Daten zu 21 % dieser Verfahren ergaben, dass „*große Unternehmen mit Blick auf die allgemeine Größenverteilung bei Eigenverwaltungsverfahren [...] überrepräsentiert*“ gewesen wären. Sie stellten weiter fest, dass „*in über der Hälfte aller Fälle [...] mehr als 100 Gläubiger beteiligt [waren]*“, was darauf schließen lasse, dass die Verfahren eine hohe Komplexität aufgewiesen hätten. Zudem habe die Höhe der Insolvenzforderungen in 15 % der Fälle bei mehr als 500 Mio. € gelegen.

In fast allen dieser Verfahren habe für die Gläubiger eine auszahlbare Quote erzielt werden können, in der überwiegenden Zahl der Fälle hätten sogar alle Gläubiger eine Quote erhalten. Im Schnitt habe die Quote bei 11 % gelegen und läge damit deutlich über dem allgemeinen Durchschnitt von ca. 3 bis 5 %.

<sup>434</sup> BCG, Drei Jahre ESUG, S. 7.

<sup>435</sup> BCG, Drei Jahre ESUG, S. 8.

<sup>436</sup> BCG, Drei Jahre ESUG, S. 9.

<sup>437</sup> BCG, Drei Jahre ESUG, S. 9.

Teilweise seien auch deutlich höhere Quoten von bis zu 60 % erzielt worden, was allerdings mit erheblichen Sanierungsbeiträgen einherginge - in mehr als der Hälfte der Fälle habe es nämlich einen Forderungsverzicht von regelmäßig über 50 % gegeben. Zudem sei in ca. 60 % der Fälle Fresh Money zugeführt worden, so die Erkenntnisse der Studienersteller.<sup>438</sup> Diese Feststellungen überschneiden sich mit jenen aus *Abschnitt C.III.3.a)* und gründen auf einer mangelnden Differenzierung zwischen den Eigenverwaltungsverfahrenstypen im Umfragedesign.

Die Autoren der Studie von *hww* stellten fest, dass zwei Drittel der Befragten angaben, von dem Vorschlagsrecht eines Sachwalters nach § 270b II S. 2 InsO erfolgreich Gebrauch gemacht zu haben.<sup>439</sup>

Bereits 2013 stellten *Roland Berger* und *Noerr Consulting* in ihrer Studie fest, dass bei Eigenverwaltungen, die als Schutzschirmverfahren gestartet worden seien, häufiger und schneller erfolgreich beendet worden als Regelinsolvenzverfahren, die Zeit des Schutzschirms somit überwiegend sinnvoll genutzt worden wäre.<sup>440</sup>

Auch *MAZARS Consulting* kamen in ihrer Umfrage zu ähnlichen Ergebnissen, da Verfahren nach § 270b InsO generell schneller zur Aufhebung kämen als jene nach § 270a InsO und im Vergleich weniger Verfahren in die Regelinsolvenz übergingen (20 % bei § 270b InsO ggü. 50 % bei § 270a InsO).<sup>441</sup>

Festzustellen ist laut *Bernsau*<sup>442</sup>, dass immer noch „eine ganze Reihe von Gerichten in Deutschland dem Schutzschirmverfahren sehr kritisch“ gegenüber stehe. Gründe könnten darin gesehen werden, dass „die Gerichte sich mit der Eigenverwaltung“ weiterhin schwer täten oder schlicht meinten, „ein Insolvenzverfahren ‚alter Prägung‘ sei das geeignete Element, alle anderen Versuche, ein Unternehmen zu sanieren“, schlugen doch fehl und wären für die Beteiligten nicht sinnvoll. Dennoch sei zu vermelden, dass die kritische Einstellung der Gerichte deutlich zurückgegangen sei.<sup>443</sup> Diese Feststellungen decken sich überwiegend mit jenen aus der vorangegangenen Analyse der Studien.

<sup>438</sup> BCG, Drei Jahre ESUG, S. 10.

<sup>439</sup> *hww*, ESUG-Radar 2015, S. 4, mit Anmerkung der Verfasser in Fn. 2: „In persönlichen Gesprächen mit Insolvenzverwaltern kam immer wieder zur Sprache, dass hier von einer steigenden Tendenz auszugehen sei. Die vorliegende Befragung wurde jedoch erstmalig durchgeführt, weshalb hier keine Analyseergebnisse vorliegen (können).“

<sup>440</sup> *Roland Berger*, ESUG-Studie 2013, S. 4/ 19.

<sup>441</sup> *MAZARS*, ESUG-Radar 2014, S. 19.

<sup>442</sup> Baur/ Kantowsky/ Schulte/ *Bernsau*, Stakeholder Management, S. 214.

<sup>443</sup> Baur/ Kantowsky/ Schulte/ *Bernsau*, Stakeholder Management, S. 214.

## **b) Vorteile für die Praxis**

Bei gründlicher Vorbereitung, umfassender und frühzeitiger Einbindung der wesentlichen Gläubiger (insbesondere der Banken) und rechtzeitiger Stellung des Insolvenzantrags ist das Schutzschirmverfahren eine probate Alternative zur außergerichtlichen Sanierung, die jedoch nur dauerhaft Erfolg verspricht, wenn neben finanzwirtschaftlichen Aspekten auch eine operative Restrukturierung in Angriff genommen wird und die Verfahrensfinanzierung gesichert ist.<sup>444</sup>

Die relativ kurze Verfahrensdauer ist als enormer Vorteil zu betrachten. Nicht nur, dass frühzeitig die Sanierung in Angriff genommen werden kann, sondern auch, dass mit erfolgreichem Schutzschirmverfahren hohe Befriedigungsquoten erzielt und Arbeitsplätze erhalten werden können. Diese Chancen können nur durch die Tatsache erreicht werden, dass der Schuldner frei von Vollstreckungsmaßnahmen weitermachen kann. Der Verbleib der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis beim Schuldner ist dahingehend von Vorteil, dass Kosten und Zeit im Rahmen der Erstellung des Sanierungskonzepts gespart werden können.

Darüber hinaus bieten die weiteren Möglichkeiten der Insolvenzgeldvorfinanzierung, der Eingehung von Masseverbindlichkeiten sowie der vorzeitigen Beendigung von „schlechten Verträgen“ Gebrauch machen, um so die Liquidität durch ausbleibende Mittelabflüsse zu schonen.

Als wesentlicher Vorteil ist zudem zu erachten, dass durch das Schutzschirmverfahren nach Ansicht der Befragten in der *ESUG-Studie 2014/ 2015* das Risiko für die Gläubiger nicht erhöht wird.<sup>445</sup>

Die Bestellung eines Sachwalters oder die Untersagung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen selbst müssen zwar nicht veröffentlicht werden, was von Vorteil ist, jedoch wird dies mit Eröffnung des Verfahrens ohnehin geschehen.

## **c) Nachteile für die Praxis und maßgebliche Kritik an den Änderungen**

Nachteile, die aus dem Schutzschirmverfahren für alle Beteiligten erwachsen sind vor allem der immense Zeitaufwand für die Vorbereitung des Antrags. Durch die gestiegenen Anforderungen und die dementsprechend gestiegene

<sup>444</sup> Kamm, Vortrag Afl e.V., S. 18.

<sup>445</sup> Roland Berger, ESUG-Studie 2014/ 2015, S. 27.

Komplexität des Verfahrens, sind eine Vielzahl von Unterlagen zu beschaffen und auszuwerten. Zur Erstellung des Sanierungskonzepts muss sich der Schuldner externer Hilfe bedienen, die finanzielle Mittel bindet. Zu dem frühen Zeitpunkt ist jedoch noch nicht sicher, ob das Unternehmen unter den Schutzschirm gelangen wird, sodass hier Kosten entstehen, deren Rückgewinnung nicht von vornherein sichergestellt ist. Um die Aussichten einer Sanierung unter § 270b InsO zu eruieren, bedarf es außerdem einer erhöhten Kommunikation zwischen dem Schuldnerunternehmen und den Gläubigern sowie dem potentiellen Sachwalter, der ebenfalls frühzeitig involviert werden sollte. Die Geschäftsführung des Schuldnerunternehmens muss darüber hinaus über ihre Rechte im Insolvenzverfahren aufgeklärt werden, weil sie später als „eigener Insolvenzverwalter“ fungieren wird.

Infolge einer unzureichenden Bescheinigung oder eines ungeeigneten Bescheinigers erwächst die Gefahr, dass die Bescheinigung durch einen Sachverständigen des Gerichts nochmals geprüft werden muss und eine so entstehende Schwebezeit den Geschäftsbetrieb des Schuldners gefährden könnte.<sup>446</sup>

## **7. Zwischenfazit**

Das Schutzschirmverfahren ist vornehmlich für größere Unternehmen das Verfahren der Wahl, wenn es um die eigenverwaltete Sanierung geht. Überwiegend solche mit vielen Arbeitnehmern und hohen Umsätzen, bei denen viel auf dem Spiel steht, machen von der Verfahrensart Gebrauch. Bei Unternehmen der in Tabelle 1 genannten Größenordnung ist grundsätzlich davon auszugehen, dass gefestigte Strukturen vorherrschen, die es zu nutzen gilt, wenn es um die Vorbereitung der Sanierung geht. Da alle relevanten Unterlagen zur Verfügung stehen müssen und zwar in ordentlicher sowie vollständiger Form, kommt es auf eine gute Unternehmensorganisation an. Es scheinen sich für das Schutzschirmverfahren bevorzugt Schuldner zu eignen, die nicht durch übermäßig eigenes Verschulden in die Krise geraten sind. Die Gläubiger nämlich sind der Unternehmensführung gegenüber skeptisch und trauen ihr ohne externen Sachverstand (z.B. in Form eines CRO) kaum eine Eigenverwaltung zu. Die Autoren der *BCG-Studie* sehen jedoch auch ein „*Wachstum der Eigenverwaltungsverfahren offenbar vor allem im Bereich kleinerer und mittlerer*

---

<sup>446</sup> Rostocker Schriften/ Pfirmann, ESUG im Stresstest, S. 42.

*Unternehmen.*<sup>447</sup> Geht die Entwicklung weiter in diese Richtung, wird die Eigenverwaltung möglicherweise auch für kleinere Unternehmen interessanter. Vor dem Hintergrund, dass im Jahr 2014 die Gesamtinsolvenzen insgesamt zurückgegangen sind, muss diese Beobachtung etwas relativiert werden.

Um Ablehnungen durch den vorl. GA zu vermeiden, gilt es auch hier, wie zuvor schon erwähnt, mit allen Beteiligten frühzeitig das Gespräch zu suchen.

Die Tatsache, dass relativ wenige Gläubiger die Regelungen zum Schutzschirmverfahren als gelungen erachten und das Gefühl haben, dass diese zu einer frühzeitigen Antragstellung geführt haben, ist besonders kritisch zu beurteilen. Darüber hinaus kann es nicht dem gesetzgeberischen Ziel entsprechen, dass durch die Neuerungen die gefühlte Bereitschaft der Stakeholder zur Unterstützung der Unternehmenssanierung nicht gestiegen ist und die sinkende Wahrscheinlichkeit einer Liquidation in Folge der Einführung des Schutzschirmverfahrens erwartet wird.

Auch hier (wie im Verfahren nach § 270a InsO) ist davon auszugehen, dass die gestiegene Komplexität, die leicht gestiegene Rechtsunsicherheit, das unveränderte Vertrauen in das Management in der Eigenverwaltung und die Unsicherheit in Bezug auf die Bescheinigung nicht dazu geeignet sind, die Skepsis der Gläubiger im vorl. GA zu verringern, geschweige denn auszuräumen. Abgesehen davon, wird ein Konsens über den Verfahrenfortgang zu erreichen sein, damit Banken und andere Gläubiger ihre Forderungen nicht fällig stellen oder Kreditlinien kürzen und so die Zahlungsunfähigkeit verursachen.

Ein gemeinsamer Vorschlag eines Sachwalters durch Schuldner und Gläubiger könnte dem Vertrauen der Gläubigerschaft gegenüber der Geschäftsleitung zuträglich sein. Von der Möglichkeit sollte immer Gebrauch gemacht werden.

Das Schutzschirmverfahren entfaltet seine Vorteile besonders, wenn der Antrag mit einem zuvor erstellten „pre-packaged-plan“ eingereicht wird. Um diesen zu erarbeiten wird der sanierungswillige Schuldner frühzeitig externe Beratungsleistungen in Anspruch genommen und sich mit seinen wesentlichen Gläubigern ausgetauscht haben. Zusätzlich wird er alle Unterlagen besorgt haben, die zu einer sorgfältigen Vorbereitung notwendig sind, um eine Ableh-

---

<sup>447</sup> BCG, Drei Jahre ESUG, S. 4.

nung der Eigenverwaltung zu verhindern und seiner Redlichkeit Ausdruck zu verleihen.

Um der Anzahl von im Grunde aussichtsreichen Sanierungen entgegenzuwirken und dem Schuldner nicht den Weg aus der Krise mithilfe der InsO zu versperren, sollte darüber nachgedacht werden, ob nicht ein Recht zur Wiedervorlegung der Bescheinigung sinnvoll wäre. Einige Schuldner scheuen bereits die Kosten für eine Gutachtenerstellung und wägen Kosten gegen Nutzen ab. Sollte nämlich das Gericht mit der Qualität der Bescheinigung nicht zufrieden sein und ihm die Darlegung der Sanierungsfähigkeit nicht genügen, so wäre es denkbar, dass dem Schuldner dies angezeigt und ihm die Gelegenheit gegeben würde, Nachbesserungen oder erweiterte Ausführungen einzuarbeiten. Eine solche Möglichkeit könnte mit in die Regelungen der Eigenverwaltung aufgenommen werden. Um die Verfahrensdauer nicht unnötig zu verlängern oder den Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit zu verwirklichen, sollte dem Schuldner zur Wiedervorlegung eine angemessene Frist gesetzt werden.

Die Bescheinigung ist, wie festgestellt, immer noch der häufigste Grund einer Ablehnung der Eigenverwaltung gem. § 270b InsO. Dieser Umstand führt dazu, dass viele Insolvenzgerichte Anträge auf ein eigenverwaltetes Schutzschirmverfahren ablehnen.<sup>448</sup> Die einzureichenden Bescheinigungen bieten offensichtlich nicht immer eine plausible Grundlage zur Beurteilung der Sanierungsfähigkeit eines angeschlagenen Unternehmens, auch wenn es möglicherweise sanierungsfähig gewesen wäre. Hiermit wird der Bescheinigung eine besondere Relevanz bei der Einleitung des Verfahrens zuteil. Die Erstellung bedarf größtmöglicher Sorgfalt, um Haftungsrisiken für den bescheinigenden Berater gering zu halten.<sup>449</sup>

Mit zunehmender Stellung von Schutzschirmverfahren wird sich auch ein sicherer Umgang mit der Erstellung von Insolvenzplänen ergeben. Berater und Insolvenzverwalter werden mit der Zeit Routine bekommen, was sich auf die Geschwindigkeit und Planungssicherheit der Verfahren positiv auswirken wird. Schließlich müssen auch die Gläubiger bereit sein, zunächst auf Forderungen zu verzichten, um sie möglicherweise später anderweitig begleichen zu lassen.

---

<sup>448</sup> Roland Berger, ESUG-Studie, S. 23.

<sup>449</sup> Buchalik, ZInsO 2012, 357.

## **D. Ausgewählte Fragestellungen im Zusammenhang mit dem ESUG**

In diesem Abschnitt werden einige Fragestellungen, die sich bisher mit den ESUG-Neuerungen ergeben haben, besprochen. Die Problematiken sollen lediglich aufgezeigt werden, eine tiefgehende Erörterung der Thematiken erfolgt nicht, weshalb die Ausführungen lediglich kursorischen Charakters sind.

### **I. Behandlung von Sanierungsgewinnen**

Bereits in den Diskussionen vor der Insolvenzrechtsreform, in der 55. Sitzung des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) am 29.06.2011 im Deutschen Bundestag genau genommen, wurde der Gesetzgeber auf die fehlenden Regelungen bezüglich der (steuerlichen) Behandlung von Sanierungsgewinnen hingewiesen, als *Rendels*<sup>450</sup> äußerte, dass *„das ESUG [...] leider gar nichts zum Steuerrecht [bringt], Stichwort Sanierungsgewinn. In der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates wird das auch aufgegriffen, aber das Steuerrecht ist in der Praxis ein sehr heftiges Sanierungshindernis, auch in Kombination mit Planverfahren und Eigenverwaltung.“*

Ganz im Gegenteil, diesbezüglich merkt *Vallender*<sup>451</sup> nämlich an, dass *„in den vergangenen Jahren [...] Gesetzgeber und Rechtsprechung die steuerlichen Rahmenbedingungen verschlechtert“* hätten. Dies unter anderem mittels der Einführung des § 55 Abs. 4 InsO aufgrund des Haushaltsbegleitgesetzes 2011 und das Fortbestehen der „Sanierungsbremse“ in Form des § 613a BGB.

Ein Sanierungsgewinn entsteht, wenn Gläubiger auf Forderungen verzichten. Dies kann in einem vollständigen Verzicht oder in Verbindung mit einem Besserungsschein geschehen. Der Besserungsschein gibt dem Gläubiger das Recht, nach einer „wirtschaftlichen Erholung“ seine Forderung wieder aufleben zu lassen, sollte sie werthaltig werden.

Im Rahmen des Forderungsverzichts *„müssen die Forderungen ertragswirksam aus der Bilanz ausgebucht werden“*, wodurch ein sogenannter Sanierungsgewinn entsteht, der *„zu einer Steuerbelastung beim Unternehmen führen kann“*. Besitzt das Unternehmen zwar ausreichend Verlustvorträge, übersteigt der Sanierungsgewinn jedoch 1 Mio. € und kommen somit die Regeln-

<sup>450</sup> *Rendels*, redigiertes Wortprotokoll der 55. Sitzung des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) am 29.06.2011 im Deutschen Bundestag, S. 28.

<sup>451</sup> *Vallender*, ESUG - Chancen und Risiken, S. 8 f.

gen der Mindestbesteuerung nach § 10d II EStG zur Anwendung, unterliegen 40 % des 1 Mio. € übersteigenden Gewinnes der Besteuerung.<sup>452</sup>

Zumindest erkennt das *BMF* den Zielkonflikt zwischen InsO (Ermöglichung von Sanierungen) und der Besteuerung von Sanierungsgewinnen (Vereitelung von Sanierungen) ausdrücklich an.<sup>453</sup> In der Sanierungsphase möchten nämlich ertragsteuerliche Konsequenzen vermieden werden, weshalb die Finanzverwaltung den sogenannten Sanierungserlass herausgegeben hat, der nach dem *BMF*-Schreiben vom 22.12.2009<sup>454</sup> auch explizite Anwendung auf das Planinsolvenzverfahren findet.<sup>455</sup>

Nach dem Sanierungserlass ist ein Sanierungsgewinn dann steuerbegünstigt, wenn *„eine Sanierungsbedürftigkeit und Sanierungsfähigkeit des Unternehmens gegeben sind und der Schuldenerlass für die Sanierung geeignet ist“*, was bei einem Sanierungsplan der Fall sein sollte.<sup>456</sup>

Für die Steuerbegünstigung kommen die Steuerstundung (§ 222 AO) und der Steuererlass aus Billigkeitsgründen (§ 227 AO) in Frage. Bei den Billigkeitsmaßnahmen ist allerdings der Sanierungsgewinn vorrangig *„mit allen laufenden Verlusten, bestehenden Verlustvorträgen und eine möglichen Verlustrücktrag aus dem Folgejahr“* zu verrechnen.<sup>457</sup>

*„Erst nach abschließender Prüfung und nach Feststellung der endgültigen auf den verbleibenden zu versteuernden Sanierungsgewinn entfallenden Steuer ist die Steuer nach § 227 AO zu erlassen“*, dem Finanzamt bietet sodann kein Ermessensspielraum mehr.<sup>458</sup>

Die Gewerbesteuer wird von dem Stundungs- und Erlassverfahren nicht erfasst, sondern nur die Einkommen- und Körperschaftsteuer. Bei der Gewerbesteuer entscheidet die zuständige Gemeinde durch Billigkeitsmaßnahme. Deshalb ist es empfehlenswert, im Vorfeld eines geplanten Forderungsverzichts die Einschätzung der Gemeinde in Wege einer verbindlichen Auskunft einzuholen.<sup>459</sup> Die Umsatzsteuer ist hiervon explizit auszunehmen (§ 17 I UStG).

<sup>452</sup> Kübler/ Geiwitz/ Käfferlein, HRI, S. 701, Rn. 96.

<sup>453</sup> Kübler/ Kahlert, HRI, S. 1469, Rn. 105.

<sup>454</sup> BMF-Schreiben v. 22.12.2009 - IV C 6 - S 2140/07/10001, BStBl. I 2010, 18.

<sup>455</sup> Kübler/ Geiwitz/ Käfferlein, HRI, S. 701, Rn. 97.

<sup>456</sup> Kübler/ Geiwitz/ Käfferlein, HRI, S. 701, Rn. 98 f.

<sup>457</sup> Kübler/ Geiwitz/ Käfferlein, HRI, S. 701, Rn. 100 f..

<sup>458</sup> Kübler/ Geiwitz/ Käfferlein, HRI, S. 701, Rn. 102.

<sup>459</sup> Kübler/ Geiwitz/ Käfferlein, HRI, S. 701, Rn. 104.

Mit dem § 8c Abs. 1a KStG hat der Gesetzgeber zwar eine sogenannte Sanierungsklausel geschaffen, die bei einem Beteiligungserwerb zum Zwecke der Sanierung regelt, dass die steuerlichen Verlustvorträge erhalten bleiben, die jedoch von der EU-Kommission rückwirkend für mit dem EU-Beihilferecht als unvereinbar erklärt wurde. Deutschland wurde in der Folge dazu angewiesen, die seit Einführung der Regelung in 2008 gewährten Steuervergünstigungen zurückzufordern.<sup>460</sup> Diese Entscheidung ist höchst umstritten und auch die Frage der Rechtmäßigkeit des Sanierungserlasses ist höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärt. „Die Finanzverwaltung<sup>461</sup> ist der Meinung, dass der Sanierungserlass nicht als unzulässige Beihilfe zu beurteilen ist.“<sup>462</sup> Der IX. Senat des BGH hat in seinem Urteil vom 13.3.2014<sup>463</sup> dennoch offengelassen, ob der Sanierungserlass eine europarechtswidrige Beihilfe darstellt.<sup>464</sup>

Kahlert gibt den Praxishinweis, dass es ratsam wäre, einen detaillierten Sanierungsplan „anhand der in den Rettungs- und Umstrukturierungsrichtlinien der Kommission genannten Kriterien“ zu erarbeiten, „um das Risiko einer Nachforderung möglichst gering zu halten“.<sup>465</sup> Dadurch würde der Finanzverwaltung „aufgrund der eindeutigen Regelungen im Sanierungserlass zum Sanierungsplan kein Beurteilungsspielraum“ gelassen und so das „Risiko der Annahme einer rechtswidrigen Beihilfe i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV“ verringert.<sup>466</sup>

„Die Hoffnung wäre, dass man das im Gesetzgebungsverfahren vielleicht noch an den erforderlichen Stellen aufgreifen kann“, dieser Aufforderung Rendels<sup>467</sup> in der 55. Sitzung des Rechtsausschusses wurde durch den Gesetzgeber nicht nachgekommen. Die Liquidität, die durch den Sanierungserlass gewonnen werden könnte, wäre den Unternehmenssanierungen besonders zuträglich. Der Lösung dieser unzufrieden stellenden Problematik muss sich der Gesetzgeber annehmen und auf europarechtlicher Ebene eine Klärung herbeiführen.

<sup>460</sup> Kübler/ Geiwitz/ Käfferlein, HRI, S. 701, Rn. 109, m.w.N.

<sup>461</sup> Kübler/ Kahlert, HRI, S. 1470, Rn. 107: BMF-Schreiben v. 10-8-2012 - IV C 6 - S 2140/11/10001, an die obersten Finanzbehörden der Länder und OFD Magdeburg v. 21.3.2013 - G 1498 3 St 213, juris.

<sup>462</sup> Kübler/ Kahlert, HRI, S. 1469, Rn. 105.

<sup>463</sup> BGH v. 13.3.2014 - IX ZR 23/10, ZIP 2014, 882, Rz.30 = DStR 2014, 895.

<sup>464</sup> Kübler/ Kahlert, HRI, S. 1469, Rn. 107.

<sup>465</sup> Kübler/ Kahlert, HRI, S. 1469, Rn. 108, m.w.N.

<sup>466</sup> Kübler/ Kahlert, HRI, S. 1469, Rn. 108, m.w.N.

<sup>467</sup> Rendels, redigiertes Wortprotokoll der 55. Sitzung des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) am 29.06.2011 im Deutschen Bundestag, S. 28.

## II. Potentieller Missbrauch der InsO

Besonderes Aufsehen hat der Fall der Suhrkamp erregt, bei dem über das Vermögen der Suhrkamp Verlag-GmbH & Co. KG am 27. Mai 2013 wegen Überschuldung das Insolvenzverfahren in Verbindung mit einem Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO eröffnet wurde. Die Suhrkamp Verlag-GmbH & Co. KG hatte eine dreimonatige Frist eingeräumt bekommen und einen ausgearbeiteten Insolvenzplan am 6. August 2013 bei Gericht eingereicht. Der Insolvenzplan wurde in einem Abstimmungstermin am 22.10.2013 von den Gläubigern angenommen und durch das *AG Charlottenburg* mit Beschluss v. 15.1.2014<sup>468</sup> bestätigt. Minderheitsgesellschafter *Hans Barlach*<sup>469</sup> hatte dagegen Beschwerde eingereicht. Diese Beschwerde wurde durch das *LG Berlin*<sup>470</sup> zurückgewiesen und auch der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, der auf die vorläufige Verhinderung des Eintritts der Wirkungen des Insolvenzplans und der Eintragung der neuen Rechtsform der Schuldnerin in das Handelsregister gerichtet war, wurde vom *BVerfG*<sup>471</sup> abgelehnt.

*Barlach* hatte in der Stellung des Insolvenzantrags eine insolvenzzweckwidrige Motivlage gesehen.<sup>472</sup> Nach den Streitigkeiten zwischen ihm und *Ulla Unseld-Berkéwicz* wollte *Barlach* den ihm, seiner Überzeugung nach zustehenden, Anteil an den Entnahmen i.H.v. 2.2 Mio. € aus dem Erlös aus dem Verkauf einer Immobilie des Verlags ausgezahlt bekommen. Er war jedoch nicht bereit, den Betrag zu stunden. Die Familienstiftung nahm als Mehrheitsgesellschafterin des Verlags die Weigerung des Minderheitseigners zum Anlass, ihrerseits eine Forderung auf Ausschüttung des anteiligen Verkaufserlöses i.H.v. rd. 5 Mio. € zu stellen, zuzüglich 1 Mio. € aus einer weiteren Forderung des Minderheitseigners.<sup>473</sup> Folglich behaupteten die Geschäftsführer, dass der Verlag nach § 19 I InsO überschuldet sowie gem. § 15a I InsO insolvenzantragspflichtig sei und beriefen sich auf zwei unabhängig voneinander erstellte Gutachten von WP-Gesellschaften. Nun war es *Barlach* auch nicht mehr möglich, seine titulierte Forderung zu vollstrecken, weil vorläufige Maßnahmen nach § 21 II Nr. 3 InsO angeordnet wurden. Der durch *Barlach* erklärte einen Rangrücktritt auf seine Forderung und forderte diesen auch von der Familien-

<sup>468</sup> AG Charlottenburg, Beschl. v. 15.1.2014 - 36 s IN 2196/13, BeckRS 2014, 14998.

<sup>469</sup> Am 15. Juli 2015 verstorben.

<sup>470</sup> LG Berlin, Beschl. v. 21./24.2.2014, DZWIR 2014, 374 = BeckRS 2014, 09404.

<sup>471</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 - 2 BvR 1978/13.

<sup>472</sup> Kübler/ *Undritz*, HRI, S. 17, Rn. 4, m.w.N.

<sup>473</sup> *Fölsing*, ZInsO 2013, 1325, 1326.

stiftung. Wegen der Forderung der Familienstiftung gegen den Verlag war dieser folglich rechnerisch überschuldet.<sup>474</sup>

*Siemon* sieht hierin eine „vom Schuldner herbeigeführte Insolvenz zur Erzielung individueller Vorteile“. Verdecktes Ziel (nicht in der Öffentlichkeit formuliert) der Insolvenzantragstellung, mit Schutzschirm und Insolvenzplan, war es, sich *Barlachs* als Mitgesellschafter zu entledigen. Der Aspekt der Gläubigerbefriedigung habe „*allenfalls eine nebensächliche Rolle gespielt*“, denn es wäre eine Befriedigungsquote der Gläubiger mit 100 % angegeben worden.<sup>475</sup> Zusätzlich habe die Bewertung unter der Annahme der Liquidierung stattgefunden, obwohl der Verlag hätte fortgeführt werden sollen - so hätten die angesetzten Kosten der Liquidierung zur Ermittlung des Überschuldungsstatus 'keinen Sinn' ergeben.<sup>476</sup> *Siemon* stellt zudem fest, dass Suhrkamp „ohne Bankkredite, ohne Belastung der mit 2,15 Mio. € werthaltigen Immobilie sowie der Vorräte mit 4,453 Mio. €“ und der Forderungen i.H.v. 6,7 Mio. € gearbeitet hätte, die nicht zur „Schaffung von Liquidität eingesetzt“ worden waren.<sup>477</sup> *Siemon* kritisiert zu Recht, dass die „Herbeiführung der Insolvenz [...] dadurch zum Übernahmement“ würde<sup>478</sup>, weil weder der betroffene Gesellschafter noch ein Gläubiger, sondern nur der Schuldner, nach § 34 InsO ein Beschwerderecht hat. *Siemon* sieht die hier Notwendigkeit, dass sowohl Gesellschafter als auch Gläubiger geltend machen können sollten, dass die Insolvenzzreife „*treuwidrig herbeigeführt*“ worden wäre.<sup>479</sup>

Ein Problem liegt hier darin, dass dem Schuldner diese „*treuwidrig herbeigeführte Insolvenzzreife*“ nachgewiesen werden müsste. Trotzdem gilt bei Feststellung der Zahlungsunfähigkeit die Antragspflicht.

*Fölsing* schrieb in einer Stellungnahme zum Sachverständigengutachten und Insolvenzplan im Suhrkamp-Verfahren<sup>480</sup>:

*„Der Insolvenzplan sieht eine Umwandlung in eine AG vor. Die Gesellschaftsanteile sollen 1 : 1 in Aktien umgewandelt werden. Die Beteiligungsverhältnisse bleiben also, wie sie sind. Herrn Barlachs Medienholding verliert allerdings ihre gesellschafterlichen Mitsprache- und Veto-rechte. Der Insolvenzplan sieht eine Barabfindung für diejenigen Gesell-*

<sup>474</sup> *Fölsing*, ZInsO 2013, 1325, 1327.

<sup>475</sup> *Siemon*, Organisation von Gläubigerinteressen, S. 19.

<sup>476</sup> *Siemon*, Organisation von Gläubigerinteressen, S. 20.

<sup>477</sup> *Siemon*, Organisation von Gläubigerinteressen, S. 21.

<sup>478</sup> *Siemon*, Organisation von Gläubigerinteressen, S. 23.

<sup>479</sup> *Siemon*, Organisation von Gläubigerinteressen, S. 24.

<sup>480</sup> <http://www.ra-foelsing.de/app/download/10507674899/Suhrkamp+Barlach.pdf?t=1430425513>

*schafter vor, die an der AG nicht mehr beteiligt sein wollen. Jedoch ist diese mit 50 Euro je Aktie sehr niedrig bemessen. Herrn Barlachs Medi-  
enholding würde für ihren Anteil danach gerade einmal eine knappe Mil-  
lion € erhalten. Für den Erwerb der Anteile hatte sie etwa das Zehnfache  
investiert. Allerdings ist für die Höhe der Abfindung der Wert maßgeb-  
lich, den die Anteile bei einer Zerschlagung im Regelinsolvenzverfahren  
noch gehabt hätten, nämlich nichts.“*

Kebekus stellt zudem fest, dass „keine rechtsmissbräuchliche Einleitung des  
Schutzschirmverfahrens durch den Eigenantrag der Schuldnerin“<sup>481</sup> vorlag und  
„Die MH wird durch den Insolvenzplan nicht nur nicht schlechter, sondern im  
Ergebnis besser gestellt, da sie im gleichen Beteiligungsverhältnis Aktien er-  
hält und damit weiter Gesellschafter bleibt“<sup>482</sup>.

Der Verlag wurde entgegen aller Versuche *Barlachs* dies zu verhindern, in die  
Rechtsform einer AG umgewandelt. Das subjektive Gefühl des Missbrauchs  
bei (rechtmäßiger) Anwendung der InsO schwingt in diesem Fall dennoch mit.  
Es bleibt für die Insolvenz-, Sanierungs- und Restrukturierungsbranche zu  
hoffen, dass solche Sachverhalte Einzelfälle bleiben und sich mit der Zeit,  
insbesondere im Rahmen der Evaluation der Erfahrungen mit der Anwendung  
des Gesetzes durch Bundesregierung, der Thematik nochmals angenommen  
wird.

### **III. Antragsrecht für dem Schuldner „nahestehende Personen“**

In dem Kreis der antragsberechtigten Personen in der InsO finden sich ledig-  
lich der Schuldner und der/ die Gläubiger. Für eine frühzeitige Antragstellung  
ist dies dahingehend nicht förderlich, als dass Schuldner dazu neigen, den  
letzten Tropfen aus ihrem Unternehmen zu „quetschen“. Gläubiger erlangen  
ohnein erst sehr spät Kenntnis über die Krise des Unternehmens - meist erst  
dann, wenn bei ihnen keine Zahlungen mehr eingehen und eine Rettung ohne  
Insolvenzschutz fast unmöglich ist. Dem Schuldner nahestehende Personen  
wie Wirtschaftsprüfer, Steuerberater sowie vereidigte Buchprüfer und teils  
auch Rechtsanwälte hingegen haben umfassenden Einblick in die Buchfüh-  
rung, in das Controlling und in die Geschäftstätigkeiten sowie die Aufbau- und  
Ablauforganisation ihrer Mandanten. Im weiteren Kreis wären dies Personen  
und Gesellschaften, die allgemeine Dienstleistungen der Unternehmensbera-

<sup>481</sup> *Kebekus, Suhrkamp - Ein Werkstattbericht, S. 24.*

<sup>482</sup> *Kebekus, Suhrkamp - Ein Werkstattbericht, S. 27.*

tung ausführen. Die Beratungspflicht des Beraters beispielsweise umfasst zwar die frühzeitige Aufklärung seines Mandanten über dessen Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags, den Antrag stellen muss der Mandant jedoch selbst. Auch seine Haftung wird er vertraglich ausschließen können.

Für eine frühzeitige Antragstellung in Voraussicht, dass der Schuldner die Insolvenz verschleppen würde, wäre eine Aufnahme solcher vorgenannter Personen hilfreich. In die Berufsordnungen werden die Kammern eine Pflicht zur Antragstellung wohl nicht aufnehmen, dies würde u.a. die Versicherungen bei Haftungsfällen belasten. Es würde schon ein Recht zur Antragstellung genügen, infolgedessen ein weiteres Rutschen des Unternehmens in die Krise verhindert werden könnte. Ohnehin gebietet es die reine gesellschaftliche Verantwortung, dass auf Krisensituationen aufmerksam gemacht wird und Möglichkeiten zur Gesundung aufgezeigt werden. Der oben genannte Personenkreis wird auch immer ein Interesse an einer Mandatsverlängerung haben. Die nur durch solvente Mandanten zustande kommen kann.

## **E. Vorschläge für weitere Änderungen der Insolvenzordnung**

### **I. Verankerung der Pflicht zur integrierten Unternehmensplanung**

Um einem Schuldner den Zugang zu einem ihm nützlichen Sanierungsverfahren zu gewähren, bedarf es nach der InsO der Voraussetzungen, die in den vorangegangenen Kapiteln besprochen wurden. Es gehört jedoch keine Pflicht zu einer „sauberen“ Buchführung und ordentlicher Rechnungslegung. Ein Finanzplan ist zwar schon derzeit aufzustellen, ist aber keine Zugangsvoraussetzung für ein Verfahren nach § 270 ff. InsO. Es gibt allgemein anerkannte Standards, wie die des *IDW* bezüglich solcher Thematiken, allerdings bilden die Inhalte keine bindenden Vorgaben. Zur Erlangung des Insolvenzschutzes für eine Sanierung könnte eine Pflicht zum Nachweis einer ordnungsmäßigen Buchführung im Sinne der GoB und einer darauf aufbauenden integrierten Unternehmensplanung eingeführt werden. Eine Anfertigung einer solchen Planungsrechnung gelingt nämlich nur, wenn alle Geschäftsvorfälle vollständig abgebildet sind und nachvollzogen werden können. Es wäre denkbar, als weitere Bedingung zu formulieren, dass die letzten drei Jahresabschlüsse mit jeweils uneingeschränktem Bestätigungsvermerk nachgewiesen werden müssen. Um eine bestimmte Redlichkeit und einen Sanierungswillen des Schuldners erkennen zu lassen, könnte zudem auch auf seine bisherige Zahlungsmoral abgestellt werden. Wenn in einem bestimmten Zeitraum Zahlungen in gewisser Höhe nicht innerhalb einer zu bestimmenden Frist gezahlt wurden, könnte ihm der Zugang verwehrt werden. Dadurch wären die Leitungs- und deren Überwachungsorgane dazu angehalten, frühzeitig Sanierungsmaßnahmen zu ergreifen. Eine Anknüpfung an eine Unterlassung trotz Kenntnis der schlechten Zahlungsmoral würde unter den vorgetroffenen Annahmen zu weit gehen - unter Hinzunahme weiterer Annahmen möglicherweise aber auch nicht.

### **II. Vorinsolvenzliches, außergerichtliches Sanierungsverfahren**

Die Bemühungen des Gesetzgebers richteten sich im Rahmen des ESUG nur auf die Verbesserung der bereits vorhandenen (Sanierungs)Instrumente der Insolvenzordnung. Während zwar das Schutzschirmverfahren eingeführt wurde, um die Sanierungsabsichten zeitlich vor die Insolvenz zu bringen, wurde kein Schritt getan, die Eigenverwaltung in Richtung außergerichtliches/ vorin-

solvenzliches Sanierungsverfahren zu holen. So wurde ausschließlich der „Wettbewerb um die beste Verwertungsart“ weiter befeuert.

„Den zahlreichen Rufen nach einem vorinsolvenzlichen, außergerichtlichen Sanierungsverfahren ist der Reformgesetzgeber [...] nicht gefolgt,“ bemängelt *Undritz*<sup>483</sup> und steht mit seiner Kritik nicht allein. Die Ergebnisse der Umfragen von *Roland Berger/HgGUR*, *Noerr/ McKinsey* und *Creditreform/DIAI e.V./ BV ESUG* werfen ein ähnliches Meinungsbild auf die Thematik wie die TED-Umfrage unter den Anwesenden der 11. Jahrestagung des Handelsblatts im April 2015 (siehe *Abbildung 4*).

#### TED-UMFRAGE

Erscheint es sinnvoll und machbar in komplexen Sanierungsprozessen außergerichtliche Sanierungslösungen anzustreben?



Sollten gesetzliche Neuerungen erarbeitet werden, um außergerichtliche Sanierungslösungen zu erleichtern?



**Abb. 3:** TED-Umfrage außergerichtliche Sanierung, Quelle: 11. Jahrestagung Handelsblatt

Ein Sanierungsrecht vorinsolvenzlicher und außergerichtlicher Natur könnte auf folgenden Grundüberlegungen aufbauen:

Es sollte sich bei dem nun beschriebenen Verfahren um ein vorerst freiwilliges Verfahren zur Restrukturierung des Unternehmens handeln. Zunächst einmal dürften die Eröffnungsgründe der §§ 17 und 19 InsO nicht vorliegen. Es dürfte für den Schuldner also keine Antragspflicht geben. Das Recht zum Antrag dürfte auch nur ihm zustehen. Liegt zwar eine rechnerische Überschuldung vor, kann aber eine positive Fortführungsprognose abgegeben werden, so würde dies den Schuldner nicht daran hindern, das Sanierungsrecht in Anspruch zu nehmen. Zudem müsste das Unternehmen nachweislich (durch Gutachten und stichhaltige Prognosen) sanierungsfähig sein und das Geschäftsführungsorgan müsste seine Bereitschaft und seinen Willen zur Sanierung kundtun. Der Geschäftsführung (GF) müsste eine neutrale sachkundige Person oder ein Restrukturierungsteam (eine in Insolvenz- und Restrukturierungssachen erfahrene Person mit rechtlichem und betriebswirtschaftlichem Sachverstand) beiseite gestellt werden, er könnte Sanierungswalter heißen. Im Anschluss könnte ein „präsumtiver vorl. GA“ (könnte hier in Anlehnung an die InsO aufgegriffen werden) zu bestellen sein, der in Absprache mit der GF und dem Sanierungswalter über den Verfahrenfortgang und die zu treffenden Maßnahmen Einigkeit erlangen müsste. Die Maßnahmen müssten dazu geeignet sein, die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zu stärken. Ein Sanie-

<sup>483</sup> Kübler/ *Undritz*, HRI, S. 16, Rn. 2.

rungsplan wäre aufzustellen, in dem einvernehmlich und mit zugesicherten Quoten die Verzichte der Gläubiger, soweit denn welche erbracht werden müssen, geregelt werden. Unter anderem müsste dort geregelt werden, dass ein Vollstreckungsverbot möglich wäre und Forderungen nicht fällig gestellt werden dürften. Zudem dürften während der Restrukturierungsphase keine wesentlichen Verträge, sowohl durch den Schuldner, als auch die Gläubiger, gekündigt werden. Der Schuldner hätte über alle wesentlichen Maßnahmen und Entscheidungen den Gläubigern und dem Sanierungswalter zu berichten. Der Sanierungswalter müsste vor und während des Verfahrens ständig die Umsetzung der Maßnahmen überwachen und zwischen den Parteien vermitteln. Dementsprechend wäre der Kommunikations- und Verhandlungsbedarf für ihn sehr groß. Auf Grund der einvernehmlichen Einigung auf die umzusetzenden Maßnahmen und Eingriffe in die Rechte der Beteiligten, wäre die Gefahr von opponierenden Gläubigern und Gesellschaftern eher gering. Dem Sanierungswalter käme eine Pflicht zur Antragstellung jedoch zu, wenn er über Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Kenntnis erlangt. Eine Entstigmatisierung könnte so unter einem anderen Namen erreicht werden, da das Verfahren nicht öffentlich bekannt gemacht würde. Über eine Verpflichtung zur Einleitung eines solchen Verfahrens und eine separate Haftung bei Unterlassen der Einleitung von Sanierungsmaßnahmen müsste auch nachgedacht werden.

72 % der Befragten der *Mittelstandumfrage 2014* würden die neuen Sanierungsmöglichkeiten befürworten, „*wenn es als ein gesondertes ‚Restrukturierungsverfahren‘ zur Verfügung*“ stünde.

Auch wenn das oben genannte Verfahren in rechtlicher Hinsicht offen ist, so sollten die Überlegungen Anlass geben, über eine Umsetzung der Grundideen im deutschen Recht nachzudenken - Utopien und Visionen regen zum Denken an. Ein Umdenken in Richtung „Sanierungskultur“ sollte stattfinden, denn es herrscht weiterhin eine „Insolvenzkultur“ - der Weg zu einem „echten Sanierungsrecht“ (mit Eingriffen in die Rechte Dritter), in dem das Recht nur den Rahmen bietet und die Gerichte lediglich überwachen, muss endlich beschritten werden.

## **F. Fazit und Ausblick**

Grundsätzlich scheinen die Anwender der InsO den Neuerungen durch das ESUG positiv gegenüber zu stehen. Gab es unmittelbar nach Inkrafttreten eine vermehrte Nutzung der neuen Instrumente der Eigenverwaltung, so ebnete die Euphorie ein wenig ab. Die Verfahrenszahlen pendeln sich mit der Zeit ein. Es ist erkennbar, dass die Sanierung in Folge der ESUG-Änderungen als ein weiteres nützliches Instrument unter Insolvenzbedingungen geworden ist. Die Daten über die Nutzung der einzelnen Möglichkeiten zur Sanierung lassen nur eine vage Aussage darüber treffen, ob die Ziele des Gesetzgebers erreicht wurden. Eine Stärkung der Rechte empfinden die Gläubiger nur teilweise und sehen ihre Rolle im Verfahren kritisch. Es herrscht unter den Verfahrensbeteiligten immer noch eine hohe Rechtsunsicherheit bezüglich aller ESUG-Regelungen, obwohl sie sich über die Chancen und Risiken gut informiert fühlen. Verfahren in Eigenverwaltung haben einen Schub bekommen, was mitunter an ihren guten Aussichten hinsichtlich Kosten, Verfahrensdauer und Gläubigerbefriedigung liegen mag. Zudem sind die Zugangsvoraussetzungen zu den Verfahren vereinfacht worden, hier ist eine Tendenz der Akzeptanz zu erkennen. Für kleine Unternehmen kommt die Eigenverwaltung bislang nicht zu häufig in Frage, da die Vorbereitungen eine Menge von dem Schuldner abverlangen. Wo es neue Regeln gibt, da gibt es auch neue Auslegungsfragen. Diese zu klären wird eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen - hier sind es die Gerichte, Insolvenzverwalter und Sanierungsberater, die ihren Teil dazu beitragen müssen. Missbrauchspotentiale sind stets ein aktuelles Thema und sollten im Zuge weiterer Reformen berücksichtigt, weitere sinnvolle Anreize finanzieller Art sollten ausgebaut werden.

Einer echten Probe unter Wettkampfbedingungen haben sich die Neuerungen bislang nicht unterziehen müssen, weil die Weltwirtschaft sich nach Inkrafttreten der Regelungen erholt hat und sich weiterhin im Wachstum befindet. Die nächste Krise kommt jedoch mit Sicherheit und zwar in naher Zukunft. Im Rahmen der weiteren Internationalisierung und Bildung globaler „big players“ werden die Sachverhalte, mit denen sich die Insolvenzbranche konfrontiert sieht, nicht einfacher. Im Gegenteil, die Verfahren sind derzeit schon komplex genug.

Nun gilt es, die Schuldner und Gläubiger über die Chancen des ESUG (und natürlich die Gefahren) aufzuklären.

Dem Scheitern werden überwiegend Managementfehler zugrunde gelegt - hier stellt sich die Frage, ob die Entscheidungen zum damaligen Zeitpunkt nach pflichtgemäßem Ermessen oder unter wesentlichem Risiko getroffen wurden. War zum Zeitpunkt der Entscheidung mit dem negativen Ausgang der Entwicklungen zu rechnen und kann die Fehlentscheidung einer Falsch einschätzung der Unternehmensführung zugeschrieben werden? Im Nachhinein zu behaupten, dass die Entscheidung ein Fehler war, ist immer leicht. Oft ist auch die Rede von exogenen Effekten, die die Wahrscheinlichkeit des Eintreffens prognostizierter Ereignisse sinken lassen.

Im Jahr 2017 ist ohnehin eine Evaluation der Auswirkungen der Änderungen auf die Praxis vorzunehmen, bei der hoffentlich nicht nur die Lobbyverbände ihren Einfluss haben werden, sondern auch an die Arbeitnehmer und Menschen in diesem Land. Dabei wird mit Sicherheit festgestellt werden, dass das Stigma der Insolvenz nicht aus den Köpfen verschwunden ist. Kleine und mittelgroße Unternehmen, der Mittelstand, bilden die Basis der deutschen Wirtschaft. Deren Geschäftsführer werden immer alles tun, um ihr Unternehmen zu retten. Dabei kochen sie auch gerne ihr „eigenes Süppchen“ und verlieren sich im Prinzip „Glaube Liebe Hoffnung“, wenn sie nicht an die Hand genommen werden und ihnen die Augen geöffnet werden.

## Literaturverzeichnis

*Ahrens, Martin/ Gehrlein, Markus/ Ringstmeier, Andreas* (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Insolvenzrecht, 1. Auflage, München 2012. (zitiert: *Ahrens/ Gehrlein/ Ringstmeier/ Bearbeiter*, Fachanwaltskommentar, § ..., Rn. ...)

*Andres, Dirk/ Leithaus, Rolf/ Dahl, Michael* (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO) Kommentar, 3. Auflage, München 2014. (zitiert: *Andres/ Leithaus/ Bearbeiter*, InsO, § ..., Rn. ...)

*Baur, Michael/ Kantowsky, Jan/ Schulte, Axel* (Hrsg.), Stakeholder Management in der Restrukturierung - Perspektiven und Handlungsfelder in der Praxis, 2. Auflage, Wiesbaden 2015. (zitiert: *Baur/ Kantowsky/ Schulte/ Bearbeiter*, Stakeholder Management, S. ...)

*Beth, Stephan*, Zur Unverhältnismäßigkeit der Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses gem. § 22a Abs. 3, 2. Alt. InsO, ZInsO 2012, 1974 - 1981. (zitiert: *Beth*, ZInsO 2012, 1974)

*Bitter, Georg/ Röder, Sebastian*, Insolvenz und Sanierung in Zeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise, ZInsO 2009, 1283 - 1292. (zitiert: *Bitter/ Röder*, ZInsO 2009, 1283)

*Braun, Eberhard* (Hrsg.), Insolvenzordnung - Kommentar, 6. Auflage, München 2014. (zitiert: *Braun/ Bearbeiter*, InsO, S. .../ § ..., Rn. ...)

*Brinkmann, Moritz/ Zipperer, Helmut*, Die Eigenverwaltung nach dem ESUG aus Sicht von Wissenschaft und Praxis, ZInsO 2011, S. 1337 - 1347. (zitiert: *Brinkmann/ Zipperer*, ZIP 2011, 1337)

*Buchalik, Robert*, Das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO - Ein überzeugender Schritt des Gesetzgebers, der Sanierung durch Insolvenz nachhaltig zum Durchbruch zu verhelfen, ZInsO 2012, S. 349 - 357. (zitiert: *Buchalik*, ZInsO 2012, 349)

*Buchalik, Robert/ Brömmekamp, Utz* (Hrsg.), Buchalik Brömmekamp Newsletter Januar 2015, Düsseldorf/ Frankfurt 2015. (zitiert: *Buchalik/ Brömmekamp/ Bearbeiter*, Newsletter 01/ 2015, S. ...)

*Buchalik, Robert/ Brömmekamp, Utz* (Hrsg.), Buchalik Brömmekamp Newsletter - Sonderausgabe 2014: Zwei Jahre ESUG - Ein Zwischenresümee, Düsseldorf/ Frankfurt 2014. (zitiert: *Buchalik/ Brömmekamp/ Bearbeiter*, Newsletter 2014, S. ...)

*Buchalik, Robert/ Haarmeyer, Hans*, Der (vorläufige) Gläubigerausschuss - Ein Leitfaden für Ausschussmitglieder und weitere insolvenzrechtliche Vorschriften, 3. Auflage, Düsseldorf/ Bonn 2014. (zitiert: *Buchalik/ Haarmeyer*, Der (vorläufige) Gläubigerausschuss, S. ...)

*Buchalik, Robert/ Kraus, Alfred*, Zur Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den eigenverwaltenden Schuldner im Verfahren nach § 270a InsO, ZInsO 2013, 815. (zitiert: *Buchalik/ Kraus*, ZInsO 2013, 815)

*Buth, Andrea/ Hermanns, Michael* (Hrsg.), Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 4. Auflage, München 2014. (zitiert: *Buth/ Hermanns/ Bearbeiter*, RSI, § ..., S. ..., Rn. ...; *Buth/ Hermanns*, RSI, Abschnitt, S. ...)

*BV ESUG*, Top-Eigenverwaltungsverfahren 2014 - Der Markt sortiert und konzentriert sich, ZInsO 2015, S. 549 - 558. (zitiert: *BV ESUG*, ZInsO 2015, 549)

*Cahn, Andreas/ Simon, Stefan/ Theiselmann, Rüdiger*, Forderungen gegen die Gesellschaft als Sacheinlage? - Zum Erfordernis der Forderungsbewertung beim Debt-Equity-Swap, Frankfurt am Main 2010. (zitiert: *Cahn/ Simon/ Theiselmann*, Corporate Finance Law (CFL), S. ...)

*Crone, Andreas/ Werner, Henning* (Hrsg.), Modernes Sanierungsmanagement, 4. Auflage, München 2014. (zitiert: *Crone/ Werner/ Bearbeiter*, Sanierungsmanagement, S. ...)

*Eidenmüller, Horst*, Unternehmenssanierung nach der Insolvenzrechtsreform, Stärkung des Anlegerschutzes - Neuer Rechtsrahmen für Sanierungen, Bankrechtstag 2011, Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung Bd. 33, Berlin/ Boston 2011, S. 129 - 162. (zitiert: *Eidenmüller*, Neuer Rechtsrahmen für Sanierungen, S. ...)

*Foerste, Ulrich*, Insolvenzrecht, 5. Auflage, München 2010. (zitiert: *Foerste*, Insolvenzrecht, S. ..., Rn. ...)

*Fölsing, Philipp*, Die Zählung des Widerspenstigen im Suhrkamp-Fall: Schutzschirmverfahren bei Gesellschafterstreit, ZInsO 2013, S. 1325 - 1332. (zitiert: *Fölsing*, ZInsO 2013, 1325)

*Frind, Frank*, Anmerkungen zur Musterbescheinigung des IDW nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO, ZInsO 2012, 540. (zitiert: *Frind*, ZInsO 2012, 540)

*Frind, Frank*, Die Praxis fragt, „ESUG“ antwortet nicht - Eine Exegese der wichtigsten „ESUG“-Auslegungsfragen mit Handlungsvorschlägen, ZInsO 2011, 2249 - 2261. (zitiert: *Frind*, ZInsO 2011, 2249)

*Frind, Frank*, Problemanalyse zum RefE „ESUG“ - Teil 1, ZInsO 2011, 373. (zitiert: *Frind*, ZInsO 2011, 373)

*Graf-Schlicker, Marie-Luise* (Hrsg.), InsO - Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Auflage, Köln 2012. (zitiert: *Graf-Schlicker/ Bearbeiter*, InsO, S. ..., Rn. ...)

*GSV*, 10 Thesen des GSV zur Praxis des ESUG, ZInsO 2012, 385. (zitiert: *GSV*, ZInsO 2012, 385)

*Gutmann, Torsten/ Laubereau, Stephan*, Schuldner und Bescheiniger im Schutzschirmverfahren, ZInsO 2012, S. 1861 - 1872. (zitiert: *Gutmann/ Laubereau*, ZInsO 2012, 1861)

*Haarmeyer, Hans*, Missbrauch der Eigenverwaltung? - Nicht der Gesetzgeber, sondern Gerichte, Verwalter und Berater sind gefordert, ZInsO 2013, 2345. (zitiert: *Haarmeyer*, ZInsO 2013, 2345)

*Haarmeyer, Hans/ Buchalik, Robert*, Sanieren statt Liquidieren - Neue Möglichkeiten der Sanierung durch Insolvenz nach dem ESUG, 1. Auflage, Herne 2012. (zitiert: *Haarmeyer/ Buchalik*, Sanieren statt liquidieren, S. ...)

*Haarmeyer, Hans/ Förster, Karsten/ Wutzke, Wolfgang*, InsO - Insolvenzordnung Kommentar, 2. Auflage, Münster 2012. (zitiert: *Haarmeyer/ Förster/ Wutzke/ Bearbeiter*, InsO Kommentar, § ..., S. ..., Rn. ...)

*Haarmeyer, Hans/ Frind, Frank*, Insolvenzrecht, 4. Auflage, Stuttgart 2014. (zitiert: *Haarmeyer/ Frind*, InsR, S. ...)

*Haarmeyer, Hans/ Horstkotte, Martin*, Die "Einsetzungsbremsen" des § 22a Abs. 3 InsO und ihre Umsetzung in die Praxis, ZInsO 2012, S. 1441 - 1449. (zitiert: *Haarmeyer/ Horstkotte*, ZInsO 2012)

*Handelsblatt*, 11. Handelsblatt Jahrestagung, Restrukturierung 2015 - Zukunftsfähige Unternehmen durch Transformation, Konferenzbericht, 23. und 24. April 2015, Frankfurt a.M. (zitiert: *Handelsblatt/ Sprecher*, Konferenzbericht 2015, S. ...)

*He, Wangxiang*, Unternehmenserwerb im Insolvenzplanverfahren - Unter Berücksichtigung des Entwurfs für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), München 2012. (zitiert: *He*, Unternehmenserwerb im Insolvenzplanverfahren, S. ...)

*Hirte, Heribert/ Knof, Béral Mock, Sebastian*, Das neue Insolvenzrecht nach dem ESUG - Einführung und Materialien zum Gesetz zur weiteren Erleichte-

rung der Sanierung von Unternehmen, 1. Auflage, München 2012. (zitiert: *Hirtel/ Knofl Mock*, Das neue Insolvenzrecht, S. ...)

*Hölzle, Gerrit*, Praxisleitfaden ESUG, Köln 2012. (zitiert: *Hölzle*, ESUG, S. ..., Rn. ...)

*Institut der Wirtschaftsprüfer - IDW*, IDW Standard: Anforderungen an Insolvenzpläne (IDW S 2), verabschiedet vom Fachausschuss Recht am 10.02.2000, Düsseldorf. (zitiert: *IDW*, IDW S 2, S. ..., Rn. ...)

*Institut der Wirtschaftsprüfer - IDW*, IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6), verabschiedet vom Fachausschuss Sanierung und Insolvenz (FAS) am 20.08.2012, Düsseldorf. (zitiert: *IDW*, IDW S 6, S. ..., Rn. ...)

*Institut der Wirtschaftsprüfer - IDW*, IDW Standard: Bescheinigung nach § 270b InsO (IDW S 9), verabschiedet vom Fachausschuss Sanierung und Insolvenz (FAS) am 18.08.2014, Düsseldorf. (zitiert: *IDW*, IDW S 9, S. ..., Rn. ...)

*Institut der Wirtschaftsprüfer - IDW*, IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), verabschiedet vom Fachausschuss Sanierung und Insolvenz (FAS) am 29.01.2015, Düsseldorf. (zitiert: *IDW*, IDW S 11, S. ..., Rn. ...)

*Institut der Wirtschaftsprüfer - IDW* (Hrsg.), WP Handbuch 2008, Band 2, 13. Auflage, Düsseldorf 2007. (zitiert: *IDW*, WP Handbuch 2008, S. ..., Rn. ...)

*Institut für Bankrecht und Bankwirtschaft an der Universität Rostock e.V.*, Das ESUG im Stresstest - Die Reform des Unternehmensinsolvenzrechts aus Sicht der Praxis, Rostocker Schriften zum Bankrecht Heft 17, 18. Rostocker Bankentag am 14.11.2013, Berlin 2014. (zitiert: *Rostocker Schriften/ Referent*, ESUG im Stresstest, S. ...)

*Jaeger, Carsten/ Ziemons, Hildegard* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, 23. Edition, München 2015. (zitiert: *BeckOK GmbHG/ Bearbeiter*, § ..., Rn. ...)

*Kebekus, Frank, Suhrkamp* - ein Werkstattbericht, Vortrag beim Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V. am 02.09.2014. (zitiert: *Kebekus, Suhrkamp* - ein Werkstattbericht, S. ...)

*Keller, Ulrich*, Bedarf die Bestellung eines vorläufigen Sachwalters im Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO der öffentlichen Bekanntmachung?, ZIP 2012, S. 1895 - 1901. (zitiert: *Keller*, ZIP 2012, 1895)

*Kirchhof, Hans-Peter/ Eidenmüller, Horst/ Stürner, Rolf* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Auflage, München 2013. (zitiert: *MüKo-InsO/ Bearbeiter*, § ..., Rn. ...)

*Kreuznacht, Frank*, ESUG - Der vorläufige Gläubigerausschuss: Weichenstellung zur Sanierung im Insolvenzverfahren?, *InsbürO* 2013, S. 123 - 125. (zitiert: *Kreuznacht*, *InsbürO* 2013, 123)

*Kübler, Bruno M.* (Hrsg.), Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz: Eigenverwaltung und Insolvenzplan, 2. Auflage, Köln 2015. (zitiert: *Kübler/ Bearbeiter*, HRI, S. ..., Rn. ...)

*Madaus, Stephan*, Zustand und Perspektiven der Eigenverwaltung in Deutschland, *KTS - Zeitschrift für Insolvenzrecht*, Heft 2/2015, S. 115 - 142. (zitiert: *Madaus*, *KTS* 2015, 115)

*Meffert, Heribert*, Strategische Unternehmensführung und Marketing: Beiträge zur Marktorientierten Unternehmenspolitik, 1. Auflage, Wiesbaden 1988. (zitiert: *Meffert*, *Strategische Unternehmensführung*, S. ...)

*Merten, Michael*, Die neue Insolvenzrechtsreform 2012 (ESUG), 1. Auflage, Weil im Schönbuch 2012. (zitiert: *Merten*, *Die neue Insolvenzrechtsreform 2012*, S. ...)

*Nerlich, Jörg/ Römermann, Volker* (Hrsg.), Insolvenzordnung: InsO, Loseblattkommentar, 28. Auflage, München 2015. (zitiert: *Nerlich/ Römermann/ Bearbeiter*, *InsO*, § ..., Rn. ...)

*Pape, Gerhard*, Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, *ZInsO* 2011, S. 1033 - 1041. (zitiert: *Pape*, *ZInsO* 2011, 1033)

*Priebe, Klaus*, Risiko Sanierung, Der misslungene Sanierungsversuch im Spiegel der Insolvenzanfechtung: Sanierungskultur versus Insolvenzkultur?, *ZInsO* 2012, S. 1589 - 1601. (zitiert: *Priebe*, *ZInsO* 2012, 1589)

*Rechel, Janine/Willemsen, Reinhard*, Kommentar zum ESUG: Die Änderungen der InsO, 1. Auflage, Frankfurt am Main 2012. (zitiert: *Rechel/Willemsen*, *Kommentar ESUG*, S. ..., Rn. ...)

*Römermann, Volker*, Neues Insolvenz- und Sanierungsrecht durch das ESUG, NJW 2012, S. 645 - 652. (zitiert: *Römermann*, NJW 2012, 645)

*Römermann, Volker/ Praß, Jan-Philipp*, Das neue Sanierungsrecht für Unternehmen - Handbuch für Berater, Unternehmer und Gläubiger, 1. Auflage, Regensburg 2012. (zitiert: *Römermann/ Praß*, Das neue Sanierungsrecht, S. ..., Rn. ...)

*Seefelder, Günter*, Unternehmenssanierung - Krisenursachen, Außergerichtliche Unternehmenssanierung, Sanierung im Insolvenzverfahren, Steuerrecht, Haftungs- und Strafrechtsrisiken, 3. Auflage, Stuttgart 2012. (zitiert: *Seefelder*, Unternehmenssanierung, S. ...)

*Seibt, Christoph/ Westphal, Lars*, Auf dem Weg zu einem „Neuen Sanierungsgesellschaftsrecht“? - Ergebnisse einer Experten-Umfrage, ZIP 2013, 2333. (zitiert: *Seibt/ Westphal*, ZIP 2013, 2333)

*Siemon, Klaus*, Organisation von Gläubigerinteressen - auch ein Blick über den Zaun des insolvenzrechtlichen Alltags in Deutschland?, Vortrag auf dem 3. Deutschen Gläubigerkongress in Köln am 12. Juni 2014. (zitiert: *Siemon*, Organisation von Gläubigerinteressen, S. ...)

*Steffan, Bernhard/ Solmecke, Henrik*, Die Bescheinigung im Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO - Institut der Wirtschaftsprüfer veröffentlicht Standard IDW S 9, WPg 2015, S. 269 ff. (zitiert: *Steffan/ Solmecke*, WPg 2015, S. ...)

*Steffan, Bernhard/ Solmecke, Henrik*, Die Bescheinigung als Eintrittskarte zum Schutzschirmverfahren - der IDW S 9, ZIP 2014, S. 2271 ff. (zitiert: *Steffan/ Solmecke*, ZIP 2014, S. ...)

*Steinwachs, Torsten*, Die Wahl des vorläufigen Insolvenzverwalters durch den (vorläufigen) vorläufigen Gläubigerausschuss nach dem "ESUG", ZInsO 2011, S. 410 - 412. (zitiert: *Steinwachs*, ZInsO 2011, 410)

*Trilling, Pascal*, Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren nach dem ESUG - Wirkungen dieser Anreizinstrumente auf eine frühzeitige Insolvenzantragstellung des Schuldners, Masterarbeit an der TU Dortmund, 2013. (zitiert: *Trilling*, Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren nach dem ESUG, S. ...)

*Urlaub, Jasmin*, Notwendige Änderungen im Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) zur Verhinderung von Missbräuchen, ZIP 2011, S. 1040 - 1045. (zitiert: *Urlaub*, ZIP 2011, 1040)

*Vallender, Heinz*, ESUG - Chancen und Risiken, Podiumsdiskussion 4. Jahrestagung 2011, Verband Junger Insolvenzverwalter Köln, Einführungsreferat. (zitiert: *Vallender*, ESUG - Chancen und Risiken, S. ...)

*Wimmer, Klaus* (Hrsg.), FK-InsO: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung; mit EulnsVO, InsVV und weiteren Nebengesetzen, 7. Auflage, Köln 2013. (zitiert: *Wimmer/ Bearbeiter*, FK-InsO, § ..., Rn. ...)

*Winkelmeier-Becker, Elisabeth*, Das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren, WPg Die Wirtschaftsprüfung - Gesetzgeberische Schritte zu einem modernen Insolvenzrecht (2011), S. 23 - 26. (zitiert: *Winkelmeier-Becker*, WPg 2011, S. ...)

## Quellennachweis für Internetquellen

*Buchalik, Robert*, Neun Monate ESUG - ein Erfahrungsbericht, <http://www.buchalik-broemmekamp.de/aktuelles/newsletter/neun-monate-esug-ein-erfahrungsbericht/>, zuletzt abgerufen am 15.09.2015. (zitiert: *Buchalik*, Neun Monate ESUG)

*Buchalik Brömmekamp*, Wie beantragen Sie die Einsetzung eines (vorläufigen) Gläubigerausschusses und wie werden Sie Mitglied?, <http://glaebiger-ausschuss-beratung.de/einsetzung-gla>, zuletzt abgerufen am 15.09.2015. (zitiert: *Buchalik Brömmekamp*, Einsetzung eines Gläubigerausschusses)

*Creditreform, DIAI, BV ESUG*, Mittelstandsumfrage Frühjahr 2014 zur Akzeptanz des ESUG, Mai 2014, [http://www.diai.org/app/download/5887724062/Mittelstandsumfrage+zur+Akzeptanz+des+ESUG\\_V4.pdf?t=1400490309](http://www.diai.org/app/download/5887724062/Mittelstandsumfrage+zur+Akzeptanz+des+ESUG_V4.pdf?t=1400490309), zuletzt abgerufen am 15.06.2015. (zitiert: *Creditreform, DIAI, BV ESUG*, Mittelstandsumfrage 2014, S. ...)

*Flöther, Lucas*, Das ESUG ist nicht der große Wurf, <http://insolvenzverwaltung.floether-wissing.de/presse/items/das-esug-ist-nicht-der-groesse-wurf.html>, zuletzt abgerufen am 15.09.2015. (zitiert: *Flöther*, Das ESUG ist nicht der große Wurf)

*Haarmeyer, Hans*, Handlungsempfehlungen für die neue Insolvenzordnung, Deutsches Institut für angewandtes Insolvenzrecht e.V. (DIAI), 2012, <http://www.restrukturierungsforum.de/assets/file/Handlungsempfehlungen-fr-die-neue-Insolvenzordnung.pdf>, zuletzt abgerufen am 15.09.2015 (zitiert: *Haarmeyer*, Handlungsempfehlungen, S. ...)

*Heuking Kühn Lüer Wojtek* Rechtsanwälte Steuerberater, Newsletter Gesellschaftsrecht April 2012, [https://www.heuking.de/fileadmin/user\\_upload/Newsletter/Deutsch/Gesellschaftsrecht/Newsletter\\_Gesellschaftsrecht\\_April\\_2012\\_Final.pdf](https://www.heuking.de/fileadmin/user_upload/Newsletter/Deutsch/Gesellschaftsrecht/Newsletter_Gesellschaftsrecht_April_2012_Final.pdf), zuletzt abgerufen am 03.09.2015. (zitiert: *Heuking Kühn/Bearbeiter*, Newsletter 04/2012, S. ...)

*hww - hermann wienberg wilhelm*, ESUG-Radar 2015, [http://www.hww.eu/sites/default/files/hww\\_ESUG\\_Radar\\_2015.pdf](http://www.hww.eu/sites/default/files/hww_ESUG_Radar_2015.pdf), abgerufen am 20.07.2015. (zitiert: *hww*, ESUG-Radar 2015, S. ...)

*Kamm, Thomas*, Syndikus UniCredit Bank AG, Vortrag beim Berlin/ Brandenburger Arbeitskreis für Insolvenzrecht e.V. am 26.03.2014, <http://www.insol>

venzverein.de/archiv/14/Kamm.pdf, zuletzt abgerufen am 03.09.2015. (zitiert: *Kamm*, Vortrag Afl e.V., S. ...)

*Kolb, Thilo*, ESUG - sechs Monate und 150 Schutzschirme später, [http://www.anwaltverein-leipzig.de/tl\\_files/downloads/Fachveroeffentlichungen/ESUG-sechs %20Monate %20und %20150 %20Schutzschirme %20spaeter.pdf](http://www.anwaltverein-leipzig.de/tl_files/downloads/Fachveroeffentlichungen/ESUG-sechs%20Monate%20und%20150%20Schutzschirme%20spaeter.pdf), zuletzt abgerufen am 15.09.2015. (zitiert: *Kolb*, ESUG)

*MAZARS Consulting GmbH*, MAZARS ESUG-Radar 2014, Trends und Erfolgsfaktoren - Zenit überschritten?, Düsseldorf 2014, [http://www.ifus-institut.de/fileadmin/pdf/MAZARS\\_ESUG-Radar\\_2014-update\\_Jun.pdf](http://www.ifus-institut.de/fileadmin/pdf/MAZARS_ESUG-Radar_2014-update_Jun.pdf), zuletzt abgerufen am 15.09.2015. (zitiert: *MAZARS*, ESUG-Radar 2014, S. ...)

*Niering*, Insolvenzen: Der Bock wird zum Gärtner, <http://www.finanzen.net/nachricht/private-finanzen/Insolvenzrecht-Insolvenzen-Der-Bock-wird-zum-Gaertner-2783458>, zuletzt abgerufen am 20.08.2015. (zitiert: *Niering*, Insolvenzen: Der Bock wird zum Gärtner)

*Noerr/ McKinsey*, InsO-Studie 2015 - Ist die deutsche Insolvenzordnung nach 3 Jahren ESUG international wettbewerbsfähig?, Berlin, Juni 2015, [http://www.mckinsey.de/sites/mck\\_files/files/2015\\_inso\\_studie\\_ger.pdf](http://www.mckinsey.de/sites/mck_files/files/2015_inso_studie_ger.pdf), zuletzt abgerufen am 03.09.2015. (zitiert: *Noerr/ McKinsey*, InsO-Studie 2015, S. ...)

*Noerr/ McKinsey*, "Insolvenz-Studie 2015": Deutsches Insolvenzrecht auf gutem Weg, international aber nicht voll wettbewerbsfähig, Pressemitteilung v. 19.08.2015, [http://www.mckinsey.de/sites/mck\\_files/files/150819\\_pressemitteilung\\_mckinsey\\_noerr\\_insolvenzstudie\\_2015.pdf](http://www.mckinsey.de/sites/mck_files/files/150819_pressemitteilung_mckinsey_noerr_insolvenzstudie_2015.pdf), zuletzt abgerufen am 15.09.2015. (zitiert: *Noerr/ McKinsey*, Pressemitteilung 08/ 2015)

*PKF Fasselt Schlage*, PKF Themenwissen ESUG - Fokus ESUG-Praxiserfahrungen: Sanierung auf neuen Wegen, März 2013, [http://www.pkf-fasselt.de/media/public/db/media/100/2013/12/626/pkf13-themenwissen\\_esug\\_02-13\\_web\\_fs.pdf](http://www.pkf-fasselt.de/media/public/db/media/100/2013/12/626/pkf13-themenwissen_esug_02-13_web_fs.pdf), zuletzt abgerufen am 06.09.2015. (zitiert: *PKF*, Themenwissen ESUG, S. ...)

*Pluta, Maximilian*, Sanierungen erfordern kaufmännisches Gespür und Umsetzungskompetenz, Börsen-Zeitung, 27.11.2014, <https://www.boersenzeitung.de/index.php?li=1&artid=2014228807>, zuletzt abgerufen am 15.09.2015. (zitiert: *Pluta*, Börsen-Zeitung)

*Roland Berger*, Neue Studie: Insolvenzrecht ESUG ist in der Praxis angekommen, doch Verfahren werden komplexer und Gläubiger kritischer, Pres-

semitteilung vom 11.02.2014, München/ Frankfurt, [http://www.rolandberger.de/pressemitteilungen/514-press\\_archive2014\\_sc\\_content/Insolvenzrecht\\_ESUG\\_in\\_der\\_Praxis\\_angekommen.html](http://www.rolandberger.de/pressemitteilungen/514-press_archive2014_sc_content/Insolvenzrecht_ESUG_in_der_Praxis_angekommen.html). (zitiert: *Roland Berger*, Pressemitteilung v. 11.02.2014)

*Roland Berger Strategy Consultants/ Heidelberger gem. Gesellschaft für Unternehmensrestrukturierung mbH*, ESUG-Studie 2014/2015, Berlin/ Heidelberg, Mai 2015, [http://www.rolandberger.de/media/pdf/Roland\\_Berger\\_ESUG\\_Studie\\_2015\\_D\\_20150507.pdf](http://www.rolandberger.de/media/pdf/Roland_Berger_ESUG_Studie_2015_D_20150507.pdf), zuletzt abgerufen am 23.08.2015. (zitiert: *Roland Berger*, ESUG-Studie 2014/2015, S. ...)

*Roland Berger Strategy Consultants/ Noerr Consulting*, ESUG-Studie 2013, Düsseldorf/ Frankfurt, Februar 2014, [http://www.rolandberger.de/media/pdf/Roland\\_Berger\\_ESUG\\_Studie\\_final\\_20140211.pdf](http://www.rolandberger.de/media/pdf/Roland_Berger_ESUG_Studie_final_20140211.pdf), zuletzt abgerufen am 06.05.2015. (zitiert: *Roland Berger*, ESUG-Studie 2013, S. ...)

*Roland Berger Strategy Consultants/ Noerr Consulting*, ESUG-Studie 2012 - Erste Praxiserfahrungen mit der neuen Insolvenzordnung, [http://www.rolandberger.de/media/pdf/Roland\\_Berger\\_ESUG-Studie\\_20121106.pdf](http://www.rolandberger.de/media/pdf/Roland_Berger_ESUG-Studie_20121106.pdf), zuletzt abgerufen am 15.06.2015. (zitiert: *Roland Berger*, ESUG-Studie 2012, S. ...)

*Vogel, Jochen*, In der Krise unter den Schutzschirm stellen, Unsere Wirtschaft 12/2013, IHK Lüneburg 2013, [http://www.diai.org/app/download/5837063762/2013\\_IHK\\_lüneburg\\_vogel.pdf?t=1386578710](http://www.diai.org/app/download/5837063762/2013_IHK_lüneburg_vogel.pdf?t=1386578710), zuletzt abgerufen am 15.06.2015. (zitiert: *Vogel*, In der Krise unter den Schutzschirm stellen, S. ...)

### **Eidesstattliche Erklärung**

Ich erkläre hiermit an Eides statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe. Die aus fremden Quellen, einschließlich elektronischer Quellen direkt oder indirekt übernommener Gedanken, sind ausnahmslos als solche kenntlich gemacht.

Die Arbeit wurde bisher weder im Inland noch im Ausland in gleicher oder ähnlicher Form einer anderen Prüfungsbehörde vorgelegt und ist auch noch nicht veröffentlicht.

Essen, 16. September 2015

Malte Scheske