

# INDAT REPORT

Fachmagazin für Restrukturierung,  
Sanierung und Insolvenz

»EU-Aktionsplan und vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren

## Nutzen und Grenzen der Weltbank-Studie

»Im Gespräch mit Dr. Joaquim Sarrate Pou

**Listung spanischer S.L.P. am AG Mannheim**

»Die Kanzlei BBORS Kreuznacht im Porträt

**Verwaltung und Beratung immer parallel verfolgt**

»Festvortrag von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

**»Nichts für Feiglinge und nichts für Rambos«**

# ESUG-Praxiserfahrungen und das Unwort »Insolvenz«

*Am 01.03.2012 trat das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) in Kraft. Der Gesetzgeber hat eine fünfjährige Evaluierungsfrist normiert, nach deren Ablauf über die Wirkungen des ESUG berichtet und ggf. gesetzliche Revisionen geprüft werden sollen. Zudem ist eine Diskussion dazu aufgekommen, ob in Deutschland – eventuell aufgrund »drohender« europäischer Vorgaben – ein insolvenzvermeidendes Sanierungsverfahren gesetzlich normiert werden sollte. Beides – also die praktischen Wirkungen des ESUG und die rechtspolitische Diskussion um das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren – hängt miteinander zusammen. Schließlich wollte auch das ESUG durch die Erleichterung der Eigenverwaltung und die Stärkung der Gläubigerautonomie für alle Beteiligten die Planbarkeit des Verfahrens und damit die Sanierungsoptionen optimieren. Das unterstreicht, wie wichtig ein Austausch zu ESUG-Praxiserfahrungen ist. Dieser Beitrag will zum Erfahrungsaustausch anregen.*

*Text: RA Dr. jur. Dietmar Rendels, Sozietät KÜBLER, Köln, und Wirtschaftsprüfer/Steuerberater Karsten Zabel, RST HANSA GmbH, Essen*

## I. Psychologie und das Unwort »Insolvenz«

### 1. Einleitung

Die Verfasser haben aus juristischer und betriebswirtschaftlicher Sicht – oft gemeinsam – ca. 15 ESUG-Verfahren aus Gläubigersicht begleitet und zudem einige Verfahren aus Gesellschaftler- und Schuldnersicht<sup>1</sup>. Unser nachfolgender Praxisbericht zu ESUG-Fällen soll aus zwei Teilen bestehen. In diesem ersten Teil geht es im Schwerpunkt um Fragen der »Insolvenz-/Sanierungskultur«, d. h. um psychologische Grundeinstellungen und einige Verhaltensdefizite wesentlicher Beteiligter (Schuldner, Schuldnerorgane, Schuldnerberater, Gericht, Sachwalter und Gläubigerausschussmitglieder). Der zweite Teil wird im nächsten INDat Report 02\_2016 (VÖ 10.03.2016) veröffentlicht werden. Dann geht es um inhaltliche Schwerpunkte, wie etwa das in vielen Fällen als zu hoch kritisierte Honorarvolumen der Schuldnerberater, die Vergleichsrechnung (Quote mit/ohne Plan bzw. Eigenverwaltung) und Anforderungen an etwaige »Standards« der Eigenverwaltung.

### 2. Grundsätzlich positive ESUG-Bilanz; mehr und früher Betriebswirtschaft

Wir werden dabei bemüht sein, ohne Berücksichtigung von Lobbyinteressen zu zahlreichen Punkten – kritisch – Klartext zu reden. Der Leser, der isoliert einzelne Kritikpunkte unseres folgenden Beitrags herausgreift, könnte den Eindruck haben, dass diesseits insgesamt deutliche Kritik am ESUG überwiegt. Deshalb sei vorab betont:

Vom Ergebnis her ist das ESUG insgesamt gar nicht so schlecht zu bewerten. Die Perspektiven für den Schuldner – insbesondere die Planbarkeit des Verfahrens – wurden ebenso optimiert wie die Möglichkeiten für Gläubiger, sich z. B. durch den vorläufigen Gläubigerausschuss frühzeitig zu engagieren. Dass zahlreiche Beteiligte – wie einige Richter, Berater oder Schuldner-Geschäftsführer – die Potenziale des ESUG nicht optimal nutzen, fällt nur zum Teil in den Verantwortungsbereich und die Möglichkeiten des Gesetzgebers. Deshalb vorab: Die Ansätze des ESUG sind gut. Was Beteiligte in der praktischen Umsetzung manchmal damit machen, ist nicht immer gut.

Insbesondere hat nach den diesseitigen Erfahrungen das ESUG dazu geführt, dass früher und intensiver betriebswirtschaftliche Sanierungsüberlegungen angestellt werden als in Insolvenzverfahren vor dem ESUG. Hinzu kommt die in der Eigenverwaltung optimierte Einsatzbereitschaft des Schuldners. Dies ermöglicht eine frühere und »tiefere« betriebswirtschaftliche Sanierung als in der Zeit vor den ESUG-Instrumenten.

### 3. Weiterhin Insolvenzverschleppung aus Angst vor Insolvenz

Dem ESUG ist es – bisher – noch nicht durchgreifend gelungen, verbreitete psychologische Hemmnisse einer Insolvenzantragstellung zu beseitigen.

Typischer Fall: Einer der beiden Verfasser untersuchte im Januar 2015 im Auftrag eines 25-%-Minderheitsgesellschafters die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Automobilzulieferers und Händlers von Autoteilen mit Sitz in einer großen deutschen

Stadt (ca. 60 Arbeitnehmer, Jahresumsatz rd. 10,8 Mio. Euro). In einer Krisensitzung – unter Beteiligung des Steuerberaters des Unternehmens und des 75%-Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführers – im Januar 2015 (also vor gut einem Jahr) wurde festgestellt, dass dauerhaft Verluste erwirtschaftet werden. Die Umsätze gingen und gehen kontinuierlich zurück und der Margendruck stieg. Dies lag daran, dass das Netz von Autowerkstätten fortlaufend »ausgedünnt« wird und Autos zuverlässiger werden. Einer der Verfasser dieses Berichts schlug deshalb dem Geschäftsführer und dem Steuerberater des Unternehmens vor gut einem Jahr vor, einen Insolvenzantrag – voraussichtlich im Schutzschirmverfahren – zu stellen, da jedenfalls nach erster Analyse von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit auszugehen war. Der Steuerberater lehnte dies



rundweg ab mit dem Hinweis, »Insolvenz kommt überhaupt nicht infrage« und »(drohende) Zahlungsunfähigkeit ist nicht ersichtlich«. Der Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer zuckte beim Stichwort »Insolvenz« förmlich zusammen. Auch weitere mahnende Hinweise an die beiden Personen, die für die Insolvenzeinleitung zuständig gewesen wären, wie etwa, dass der notwendige deutliche Personalabbau außerhalb der Insolvenz wohl kaum leistbar sein werde, wurden vom Geschäftsführer und vom Steuerberater mit harschen Bemerkungen in den Wind geschlagen. Gesellschaftsrechtlich konnte der Minderheitsgesellschafter den Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer nicht zur Insolvenzantragstellung zwingen.

Nunmehr, im Januar 2016, ist die Kasse leer. Einige besonders leistungsfähige Mitarbeiter haben im letzten Jahr wegen der weiter sich hinschleppenden Krise das Unternehmen verlassen. Jetzt (Januar 2016) wurde dann doch ein Insolvenzantrag gestellt. Die vor gut einem Jahr noch als sehr aussichtsreich erscheinende Sanierung dürfte heute, rd. ein Jahr später – weil Leistungsträger das Unternehmen verlassen haben, Vorlieferan-

ten Vertrauen verloren haben und Sanierungsliquidität verloren gegangen ist – nur noch recht geringe Erfolgsaussichten haben.

Eine Vielzahl der von uns geführten Beratungsgespräche in Krisensituationen, wie vorstehend geschildert, belegt, dass viele Geschäftsführungsorgane und zahlreiche Berater – z.B. manchmal langjährige Steuerberater – beim Stichwort »Insolvenz« nach wie vor förmlich zusammensucken. Dies liegt aber in den meisten Fällen daran, dass schlicht die Wirkungsmechanismen und Potenziale der Eigenverwaltung in Kombination mit einem Insolvenzplan unbekannt sind. Manche – oft langjährige Berater – eines Krisenunternehmens sind einfach nicht bereit, die Potenziale, die eine Sanierung in der Insolvenz bietet, verstehen zu wollen. Die Folge: Insolvenzverschleppung und Verspielung objektiv vorhandener Sanierungschancen.

#### **4. Maßnahmen der Gegensteuerung und (ggf.) rechtspolitische Überlegungen?**

##### *4.1 (Sanierungs-)Kulturwandel braucht Zeit*

Das deutsche Konkurs- und Insolvenzrecht ist bekanntlich seit Inkrafttreten der Konkursordnung (1877) stark vom Gedanken des Gläubigerschutzes geprägt. Für den Schuldner ist Insolvenz traditionell eine Schande. Bekanntlich herrscht in den USA insoweit eine andere – sanierungs- und schuldnerfreundlichere – Einstellung zur Sanierung im Rahmen einer Insolvenz. Eine Art Kulturwandel, der zum Abbau beratungsresistenter Geschäftsführer und Berater von Unternehmen erforderlich ist, wird voraussichtlich einige Zeit benötigen. Auch die an sich guten Ansätze des ESUG können einen solchen Kulturwandel nicht in kurzer Zeit bewirken. Aufklärung – z.B. durch Praktikerseminare – ist angezeigt.

##### *4.2 »Auslagerung« von Insolvenzplan und Eigenverwaltung in ein Sanierungsgesetz?*

In rechtspolitischer Hinsicht könnte man zu den psychologischen Hemmnissen, die das Unwort »Insolvenz« auslöst, über frühere Vorschläge erneut nachdenken: Die Regelungen zu Insolvenzplan und Eigenverwaltung könnten in ein getrenntes Gesetz ausgelagert werden mit einer schöneren Überschrift wie etwa »Sanierungsverfahren«, Hauptsache ohne das Unwort »Insolvenz«. Ob der Gesetzgeber eine solche optische Retusche – ohne signifikante inhaltliche Änderungen zu Insolvenzplan und Eigenverwaltung – angehen sollte, ist dann eher eine Geschmacksfrage. Nach diesseitiger Ansicht wären solche optischen Retuschen – nur weil viele Geschäftsleitungsorgane und viele Berater die Chancen von Insolvenzplan und Eigenver-

waltung noch nicht verstanden haben – nicht angezeigt. Die Uneinsichtigkeit der bezeichneten Personenkreise sollte eher mit Geduld – und konsequenter Verfolgung von Haftungsansprüchen gegen Geschäftsführungsorgane und/oder Berater – verfolgt werden als mit gesetzgeberischer »Retusche«.

#### 4.3 Diskussion vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren und Lobby-/Honorarinteressen

Bei der rechtspolitischen Diskussion zum insolvenzvermeidenden Sanierungsverfahren muss gesehen werden, dass Forderungen nach diesem Verfahren – auch – daraus resultieren, dass (wie im obigen Fall beschrieben) einige Berater und Geschäftsführungsorgane schlicht die Potenziale, die Eigenverwaltung und Insolvenzplan bieten, verkennen und zum Teil bewusst beratungsresistent sind. Weiter muss bei der Diskussion gesehen werden, dass es sich teilweise um eine Lobbydiskussion handelt. Organisationen vorinsolvenzlicher Sanierungsberater geht es (auch) darum, Honorarvolumen sicherzustellen. Klassischen Insolvenzverwaltern und deren Organisationen geht es darum, Honorarvolumen, welches »klassisch« durch Insolvenzverwalter über die Vergütung generiert wurde, zu verteidigen.

Die Diskussion sollte – was dann auch meist der Fall ist – aber nur inhaltlich geführt werden: Was könnte ein vorinsolvenzliches Verfahren besser als unsere bisherige ESUG-Eigenverwaltungs- und Insolvenzplan-Insolvenz? Insbesondere: Kann ein solches Verfahren früher, schneller und durchgreifender als unser Insolvenzplan-Instrumentarium (ggf. in Kombination mit Eigenverwaltung) sein? Wer bezahlt die Sanierung? Die – wie beim Insolvenzplanverfahren – Gläubiger und/oder die Altgesellschaften (durch Kapitalerhöhung und/oder Ausscheiden)?

## II. Die Spieler auf dem Spielfeld Sanierung in der Insolvenz?

In den bisherigen Ausführungen (soeben unter I.) ging es eher um psychologische Hindernisse, die das Unwort »Insolvenz« nach wie vor insbesondere bei vielen Geschäftsführungs- und Gesellschaftsorganen und (langjährigen) Beratern – zu Unrecht – auslöst. Nachfolgend soll Kritik an der Mentalität und Arbeitsweise einiger (weiterer) Player – Insolvenzrichter, Sachwalter, Gläubigerausschussmitglieder – geäußert werden. Dabei ist vorab zu betonen, dass selbstverständlich für eine Vielzahl der Fälle die nachfolgende Kritik nicht einschlägig ist. Wie aber schon in der Einleitung betont, geht es in diesem Beitrag um die Beleuchtung der kritischen Bereiche des ESUG, insbesondere in der Praxisumsetzung.

### 1. Zu oft unerfahrene und wenig motivierte Insolvenzrichter

Vorsorglich einleitend nochmals: Viele Insolvenzrichter leisten gute und vernünftige Arbeit, vor allem bei größeren Gerichten. Aber eben nicht alle.

#### 1.1 Typische Fälle

**Fall 1:** So war vor einigen Wochen einer der Verfasser dieses Beitrags Beteiligter an einem Gespräch zwischen Sachwalter und Insolvenzrichter in Vorbereitung eines Insolvenzplan-Erörterungs-/Abstimmungstermins. Es handelte sich um eine größere Unternehmensinsolvenz. Es sollten inhaltliche Fragen zum Plan und Verfahrensfragen zur Terminvorbereitung mit dem Insolvenzrichter diskutiert werden. Der eingereichte Insolvenzplan des Schuldners enthielt u. a. rechtlich schwierig zu beurteilende Regelungen zur Begrenzung der Planüberwachung (weitgehender Ausschluss der Berichtspflichten des Planüberwachers) und zur Vergütung des (vorläufigen) Sachwalters. Auf die Frage des Sachwalters an den Richter, wie er diese Planregelungen des eingereichten Insolvenzplans einstufte, kam folgende Antwort an den Sachwalter: »Ach wissen Sie, Sie bekommen Geld dafür. Ich schließe mich dabei Ihrer [Anmerkung: also des Sachwalters] Einschätzung an und winke das eben durch oder eben nicht.«

**Fall 2:** In einem anderen Fall problematisierten wir als Gläubigerberater während des Erörterungs- und Abstimmungstermins zum Insolvenzplan einzelne Formulierungen des gestaltenden Teils (zu den Planbedingungen nach § 249 InsO, zu steuerlichen Aspekten und insoweit jeweils einzelne, konkrete Formulierungen im Plan). Da im Vorfeld des Erörterungstermins das Gericht zu einem Austausch nicht bereit war, blieb nur, die Kritikpunkte im Erörterungstermin vorzutragen, wodurch im Ergebnis dieser Erörterungstermin fast sieben Stunden dauerte. Der letzte Satz der Kritik am gestaltenden Teil war noch nicht ausgesprochen, als der im Gesicht rot anlaufende Richter bemerkte: »Ich unterbreche die Sitzung für eine Dreiviertelstunde. Die ‚Parteien‘ mögen sich auf konkrete, ggf. geänderte Formulierungen einigen.« Zügig verließ der Richter den Gerichtssaal und überließ das weitere Planverfahren der Diskussion zwischen dem Sachwalter, dem Planinitiator und uns (diesmal in der Rolle als Gläubigervertreter).

Über weitere negative Erlebnisse – insbesondere auf dem »platten Land« – mit Gerichten könnte berichtet werden. So prognostizierten wir in einem weiteren, »kleinen« Fall, dass die Planung des Unternehmens deutlich zu optimistisch war. Der Richter antwortete, »es muss doch weitergehen«. Der In-

solvenzplan wurde bestätigt und ca. fünf Wochen später trat Masseunzulänglichkeit ein.

Aus Platzgründen soll die Liste der Negativerfahrenen, zu der weiter ausgeführt werden könnte, hier nicht verlängert werden. Aus Platzgründen führen wir auch nichts zu Positiv-Erfahrungen aus, die es auch gibt (z. B. zu einer Rechtspflegerin im Ruhrgebiet, die unseren Schuldnerplan sehr engagiert kreativ-kritisch begleitete).

Das Gericht – in Person also in der Regel ein Richter oder manchmal ein zur Unterstützung herbeigezogener Rechtspfleger – ist im Planverfahren oft die einzig wirklich neutrale Instanz (zum oft wenig neutralen Sachwalter sogleich unter II.2.). Insbesondere zu schwierigeren rechtlichen, aber auch taktischen Fragen könnte der Richter – wie bei einem Rechtsstreit zwischen Kläger und Beklagtem – eine wichtige Moderatorenleistung erbringen.

Dies setzt aber neben Einsatzbereitschaft vertiefte Kenntnisse des Insolvenzplans und teilweise auch vertiefte betriebswirtschaftliche Kenntnisse voraus.

Bei einigen Gerichten – insbesondere auf dem »platten Land« – haben wir die Erfahrung gemacht, dass es an den vorstehend geforderten Merkmalen – noch – recht verbreitet fehlt.

### 1.2 Mögliche – ggf. auch rechtspolitische – Gegenreaktionen?

Um die Motivation von Richtern zu optimieren, könnte man über bereits früher angestellte Überlegungen zur Aufwertung der Position eines Insolvenzrichters erneut nachdenken (Aufstiegsmöglichkeit auch in vergütungsmäßiger Hinsicht). Bei Beginn der Diskussion zur Formulierung des ESUG war eine stärkere Konzentration der Insolvenzgerichte und eine gesetzliche Regelung hierzu gefordert worden. Am Widerstand der Bundesländer scheiterte dies. Die bisherigen diesseitigen Erfahrungen auf dem »platten Land« belegen, dass die Forderung nach Gerichtskonzentration im Bereich der Insolvenzgerichte berechtigt war.

## 2. Der (un-)neutrale Sachwalter

### 2.1 In welchem »Lager« muss der Sachwalter stehen?

#### Neutralitätsgebot? Sachwalter der Gläubiger?

Die InsO definiert den (vorläufigen) Sachwalter als einen »Sachwalter der Gläubiger«. Kernregelung ist § 274 InsO. Nach § 274 Abs. 2 InsO muss der Sachwalter die wirtschaftliche Lage des Schuldners und die Geschäftsführung prüfen. Nach

§ 274 Abs. 3 InsO muss der Sachwalter bei Feststellung von Umständen, die zu Nachteilen für die Gläubiger führen, diese Kenntnis »unverzüglich« dem Gläubigerausschuss und dem Insolvenzgericht anzeigen. Die InsO hat damit den Sachwalter im Kern – im Interesse der Gläubiger – als »Gegengewicht« und Kontrollorgan des eigenverwaltenden Schuldners kreiert. Nach dem Modell der InsO ist der Sachwalter also der Sachwalter »der Gläubiger«.

Vor dem Hintergrund, dass oft kein (vorläufiger) Gläubigerausschuss eingesetzt werden muss und die Ausschussmitglieder auf zeitnahe und detaillierte Informationen angewiesen sind sowie das Gericht eine doch eher weniger gewichtige neutrale Moderationsrolle einnimmt (s. vorstehend II.1.), ist diese Gewichtung der InsO zur gläubigernahen Stellung des Sachwalters grundsätzlich zu begrüßen und nachvollziehbar.

### 2.2 Kontrolldichte durch den Sachwalter in der Praxis? Der »Lieblings-Sachwalter« des Beraters?

Beim Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO fehlt es an der Gläubigernähe des Sachwalters schon deshalb, weil der Schuldner den Sachwalter ausgesucht hat und diesen bezahlt. Beim Schutzschirmverfahren mag man dies grundsätzlich tolerieren, da sich der Schuldner – sofern objektiv nur die Zahlungsunfähigkeit droht – das »Mitbringen« des Sachwalters nach Ansicht des Gesetzgebers – was nachvollziehbar und zutreffend ist – »verdient« hat<sup>2</sup> (vgl. aber zu höheren Anforderungen an die Vorbereitung der Eigenverwaltung die Ausführungen im zweiten Teil unseres Berichts im nächsten INDat Report).

Jedenfalls bei Bestehen einer Insolvenzantragspflicht wegen eingetretener Zahlungsunfähigkeit muss es beim Modell der InsO, dass der Sachwalter die Interessen der Gläubiger wahrzunehmen hat (vgl. § 274 Abs. 2, 3 InsO und vorstehende Ausführungen unter II.2.1), auch bleiben.

In der Praxis ist die Kontrolldichte durch den (vorläufigen) Sachwalter oft deutlich zu »dünn«.

Häufig ist zu beobachten, dass bestimmte Schuldnerberater, die vorinsolvenzlich in den Fall einsteigen, immer wieder den- oder dieselben Sachwalter vorschlagen. Es bilden sich »Dauerteams« zwischen Beratern und Sachwaltern. Ein »Eingespiltsein« mag zwar auch Vorteile für den Sanierungsprozess bieten. Die Nähe solcher Sachwalter zum Schuldner und/oder zum Schuldnerberater produziert aber faktisch – auch finanzielle – Abhängigkeiten. Dies ist mit dem Bild der InsO – der Sachwalter soll den Schuldner effektiv im Interesse der Gläubiger kontrollieren,

vgl. § 274 Abs. 2, 3 InsO – kaum vereinbar. Nur der Sachwalter hat die Möglichkeit, im Tagesgeschäft – bei der Eigenverwaltung – am Informationsfluss nahe dranzubleiben, ebenso an den täglich zu erteilenden Aufträgen (z. B. betreffend betriebswirtschaftliche Analysen oder die Bewertung des Anlage- und Umlaufvermögens). Diese – notwendige – Kontrolldichte können Gericht und/oder Gläubigerausschuss nicht ersetzen.

### 2.3 Aktive oder passive Sachwalter?

In der Praxis sind häufig unterschiedliche Typen von Sachwaltern zu beobachten: Manche – eher selten – kontrollieren eng die Geschäftsführung und u. a. einen etwaigen M&A-Prozess, ähnlich (fast) wie ein »klassischer« (vorläufiger) Insolvenzverwalter. Manche Sachwalter sind eher »passiv«, eine Art Schiedsrichter an der Seitenlinie. So haben wir schon einige Fälle beobachtet, in denen die Sachwalter bei einer Unternehmensfortführung nicht einmal mehr in kurzen Zeitabständen nach der Vorlage einer Liquiditätsplanung fragten. Seiner Kontrollfunktion kann ein Sachwalter nur nachkommen, wenn er nah am Informationsstrang drableibt, insbesondere auch an einem etwaigen M&A-Prozess, d. h. einem Prozess zum Verkauf des Unternehmens. Weiter muss es Aufgabe des Sachwalters sein, die Prämissen und Inhalte der Vergleichsrechnung eng gegenzuprüfen (zu Einzelheiten der Vergleichsrechnung mehr in der nächsten Ausgabe von INDat Report).

### 2.4 Mögliche – ggf. auch rechtspolitische – Gegenreaktionen? Kassenhoheit und Berichtspflichten

Aus vorstehenden Erfahrungen ergibt sich zur Person des (vorläufigen) Sachwalters, dass jedenfalls bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit die gläubigerschützende Funktion des (vorläufigen) Sachwalters stärker betont werden muss, als es derzeit allzu oft der Fall ist. Insbesondere immer wiederkehrende »Teams (vorläufiger) Sachwalter/Schuldnerberater« sollte die Gerichtspraxis nicht akzeptieren.

Dazu, dass – auch beim Schutzschirm – die Anforderungen an eine insbesondere betriebswirtschaftliche Vorbereitung der Eigenverwaltung verschärft werden sollten, wird auf die Ausführungen im zweiten Teil verwiesen (Stichwort insbesondere »Vorlage eines Sanierungsgrobkonzepts bei Insolvenzantragstellung«).

Vor allem müssen sich (vorläufige) Sachwalter weniger auf das insolvenzrechtliche Rechnungswesen (wie z. B. die Einnahmen- und Ausgabenrechnung) verlassen. Auch hier ist – wie bei den Gerichten (s. o. II.1.) – eine stärkere betriebswirtschaftliche Ausrichtung erforderlich, z. B. was den Detaillierungsgrad und die Kontrolle der Unternehmensplanung betrifft.

Zu erwägen wäre, die Kassenhoheit (vgl. § 275 Abs. 2 InsO) im Rahmen einer Gesetzesänderung generell auf den (vorläufigen) Sachwalter zu übertragen und diese nur ausnahmsweise dem Schuldner zu überlassen.

Auch könnte die Berichtspflicht – die in der Eigenverwaltung grundsätzlich beim Schuldner liegt – als eine Art Mitberichts-pflicht auf den Sachwalter übertragen werden, d. h. die Pflicht des Sachwalters zur Vorlage eines eigenen Berichts gegenüber dem Insolvenzgericht eingeführt werden. Mehr Unabhängigkeit des Sachwalters vom Schuldner, eine eigene Sachwalter-Berichtspflicht und die grundsätzliche Übertragung der Kassenhoheit auf den Sachwalter würden das »Pflichtbewusstsein« des Sachwalters und die Kontrolldichte gegenüber dem Schuldner schärfen.

## 3. Das (unprofessionelle?) Gläubigerausschussmitglied

### 3.1 Der »Schuldnerausschuss«

Vom Ansatz her hat der Gesetzgeber mit dem vorläufigen Gläubigerausschuss – eingesetzt mit Zulassung des Insolvenzantrags – ein gutes Gegengewicht zur Stärkung der Schuldnerrechte (= Stärkung der Eigenverwaltung durch das ESUG) geschaffen. Geschickten Schuldnerberatern gelingt es aber immer wieder, durch mehrere Maßnahmen dieses Gegengewicht zu unterlaufen:

So gibt es wiederholt Fälle, in denen die Gerichte (zur wichtigen Rolle eines möglichst »neutralen« Richters in einer effektiven Moderationsrolle s. o. II.1.) sehr unreflektiert die Vorschläge des Schuldnerberaters zur Einsetzung von Gläubigerausschussmitgliedern übernehmen und das Einsetzungsermessen nicht umfassend und richtig ausüben. So beobachten wir immer wieder Ausschüsse, in denen Arbeitnehmer ohne Insolvenzerfahrung erstmals im Gläubigerausschuss sitzen, der Steuerberater des Schuldners (ebenfalls ohne Insolvenzerfahrung) und/oder irgendein »nahestehender« Lieferant, mit dem der Schuldner sich »verträgt«. So gelingt es einem geschickten Schuldnerberater häufig, einen fünfköpfigen Gläubigerausschuss zumindest mit drei mehr oder weniger schuldnernahen, oft unerfahrenen Mitgliedern zu besetzen. Folge: Selbst wenn in dem Ausschuss ein Gläubiger repräsentiert ist, der als Großgläubiger die mit weitem Abstand höchste Forderung gegen den Schuldner hat, kann sich dieser Gläubiger im vorläufigen Gläubigerausschuss nicht durchsetzen, da nach Köpfen abgestimmt wird.

### 3.2 Informationsblockaden

Neben der Besetzung mit »schuldnernahen« Ausschussmitgliedern ist häufig zu beobachten, dass die Ausschussmitglieder erst

ganz kurz vor Beginn einer Ausschusssitzung mit Informationen versorgt werden, sodass die notwendige Vorbereitung durch Analyse der Informationen (z. B. einer Unternehmensplanung) nicht kritisch und intensiv genug durchgeführt werden kann. Unerfahrene Ausschussmitglieder lassen das mit sich machen.

### 3.3 Gegensteuerung und »Profi«-Ausschussmitglied

Zur – notwendigen – Gegensteuerung sind zwei Hebel auf Basis des geltenden Rechts ersichtlich:

Erstens müssen die Gerichte von ihrem Auswahlermessern kritisch Gebrauch machen und dafür Sorge tragen, dass »Profi«-Ausschussmitglieder frühzeitig in den Ausschuss entsandt werden. Ausschussmitglieder – die über langjährige Sanierungs- und Insolvenzerfahrung verfügen – sollten in die Ausschüsse geschickt werden. Das Ausschussmitglied muss insbesondere auch über vertieftes betriebswirtschaftliches Know-how verfügen, um zu erkennen, ob die Unternehmensfortführung und die Sanierungsabsichten des Schuldners solide sind.

Zweitens müssen die Ausschussmitglieder zeitnah bei Insolvenzantragstellung eher wie ein sanierungserfahrener Geschäftsführer denken. Der Gläubigerausschuss sollte von der Eigenverwaltung standfeste Unternehmensplanungen fordern (bei größeren Unternehmen eine sog. integrierte Unternehmensplanung), nebst frühzeitiger Vorlage eines Sanierungsgrobkonzepts. Notfalls, wenn es nicht einvernehmlich geht, muss in der Satzung des Gläubigerausschusses dafür gesorgt werden, dass die notwendigen Informationen vor Ausschusssitzungen rechtzeitig zugesandt werden, d. h. Informationen nicht etwa erst auf der Anreise zur Ausschusssitzung auf dem Blackberry eingehen.

### III. Fazit und Ausblick

1. Das ESUG hat zwar gute Ansätze – insbesondere »tieferer« betriebswirtschaftliche Ansätze und mehr Planbarkeit des Verfahrens – gebracht. Da das Wort »Insolvenz« aber immer noch abschreckend wirkt (insbesondere auf einige unerfahrene Berater und Geschäftsführungsorgane), könnte – was diesseits aber als nicht zwingend angesehen wird – das Instrument »Insolvenzplan und Eigenverwaltung« in ein »Sanierungsgesetz« ausgegliedert werden. Im Übrigen wird ein Mentalitätswandel – Insolvenz ist auch eine Chance – gewisse Zeit benötigen.

2. Die Gerichte sollten eine stärkere Moderatorenrolle einnehmen, wozu erneut über eine Gerichtskonzentration in den sechs Bundesländern ohne Sitz des Insolvenzgerichts am Sitz des Landgerichts ebenso nachgedacht werden sollte wie über Lauf-

bahnreize zugunsten von Richtern. Schulungen in betriebswirtschaftlicher Hinsicht sind unerlässlich. Richter müssen sich stärker zu Fragen von Eigenverwaltung und Insolvenzplan eine eigene Meinung bilden und dürfen nicht nur unreflektiert die Meinung des (vorläufigen) Sachwalters und/oder des Schuldnerberaters übernehmen.

3. Viele Sachwalter kontrollieren den Schuldner nicht aktiv genug. Die Gerichte sollten keine (vorläufigen) Sachwalter einsetzen, die permanent mit demselben Schuldnerberater als »Team« zusammenarbeiten. Auch sollte die Kassenhoheit in der Regel auf den (vorläufigen) Sachwalter übertragen werden. Der Sachwalter sollte eigene Berichtspflichten gegenüber dem Insolvenzgericht haben.

4. Im vorläufigen Gläubigerausschuss müssen sich die Gläubiger frühzeitig durch »Profi«-Ausschussmitglieder repräsentieren lassen. Die Gerichte müssen bei Einsetzung von Ausschussmitgliedern mehr darauf achten, dass es sich nicht um einen »schuldnernahen« (vorläufigen) Gläubigerausschuss mit zudem unerfahrenen Mitgliedern handelt.

5. Vorschau: In der nächsten Ausgabe von INDat Report (VÖ 10.03.2016) werden wir auf inhaltliche Themen wie u. a. die Höhe der Beraterhonorare, Umgangsprobleme mit den Finanzämtern, Anforderungen an die Unternehmensplanung, Standards richtiger Eigenverwaltung, die Vergleichsrechnung (Wie stehen die Gläubiger mit/ohne Insolvenzplan bzw. mit/ohne Eigenverwaltung?), die Dauer der Eigenverwaltung und die Nachhaltigkeit einer Sanierung – Folgeinsolvenz trotz Insolvenzplan – eingehen. «

1 Siehe auch Rendels/Zabel, Insolvenzplan, RWS-Praxisbuch, 2015.

2 Eine andere Frage beim Schutzschirm und beim Insolvenzplanverfahren insgesamt ist die Frage des Schutzes von Mitgesellchaftern gegen das Insolvenzplanverfahren. Mitgesellchafter können den Insolvenzantrag bei einer Insolvenzantragspflicht nicht verhindern. Ist der Insolvenzantrag erst einmal zugelassen, kommt der Insolvenzantragsschuldner – wie das Suhrkamp-Verfahren gezeigt hat – aus der Insolvenz nicht mehr heraus. Insoweit ist deshalb überlegenswert, a) den Eingangsschutz bei Insolvenzanträgen, die sich vielleicht gegen »Mitgesellchafter« richten, zu erhöhen (Beschwerderecht des Mitgesellchafters gegen die Zulassung des Insolvenzantrags?), und b) ist es erwägenswert, in solchen Fällen den (ggf. mitgebrachten oder vorgeschlagenen) vorläufigen Sachwalter zumindest nicht zum Gutachter – zur Prüfung der Insolvenzgründe – durch das Insolvenzgericht zu bestellen.