

Wohin geht die Reise? – Das „ESUG“ zwischen Auslegung, Missachtung und Missbrauch

Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln
9.4.2013

Frank Frind

(RIAG Insolvenzgericht Hamburg, BAKInso e.V.)

Agenda

- **I. Ausgangslage nach einem Jahr „ESUG-Erfahrungen“**
- **II. Praxisrelevante Problemnormen u. Untersuchung der derzeitigen Auslegungstendenzen**
 1. § 13 I InsO Neufassung
 2. Der vorläufige Gläubigerausschuss
 3. § 56a Abs.2: Vorschlag Berater oder Planersteller
 4. EVA als Regelverfahren
 5. Brauchen wir (ungeschriebene oder neue) Rechtsmittel in der InsO ?
- **III. Statistik**
- **IV. Wohin geht die Reise ?**
- **V. Vorschläge**

Auslegungsnotwendige ESUG-Regelungen versus „Motivationsschelte“- „Glaubenskrieg“ ?

- Befund: Viele Neuregelungen unklar und direkte Normbegründung teilweise nicht ausreichend zur Auslegung
- Gerade praxisrelevanteste Normen in der Formulierung und Verbindung zueinander unklar, u.a. §§ 9, 13 I, 22a, 26a, 56a, 270a, 270b, 276a InsO
- Bei neuen Gesetzen nicht ungewöhnlich, in der Häufung aber besorgniserregend
- Berichte über bisherige Verfahrensverläufe vollkommen unterschiedlich

BT-Drs. 17/7511: Evaluation !

- **Rechtsausschuss v. 26.10.2011 „sieht dies voraus“ ?**
 - In der Beschlussempfehlung unter II.: Erfahrungen mit der Anwendung des Gesetzes sind **zu evaluieren und Bericht darüber nach fünf Jahren vorzulegen**
 - *Insbesondere*
 - Erfahrungen mit Unabhängigkeit d. Verwalters;
 - Plan-Nutzung,
 - debt-to-equity-swap,
 - Schutzschirmverfahren und
 - Aufgabenverteilung zwischen Richter u. Rechtspfleger

4

Entwicklung :„ESUG“-Auslegung versus „Motivationsschelte“; gar „Glaubenskrieg“ ?

- Fachwissenschaftliche Diskussion leidet:
- Blersch (BK-InsO, § 22a Rn.19): Gerichte geben rechtspolitischen Erwägungen zum Nachteil der Verfahrensbeteiligten Vorzug
- Hunkemöller (INDAT-Report 7/2012, 24): „Richterlicher Hochmut“
- Haarmeyer (ZInsO 2012, 1204): Teilung der Gerichte in diejenigen, die „gesetzgeberischen Willen“ unterstützen und solche mit Unterlaufen per „formalistischer Handlungsweise“
- Römermann/Praß, ZInsO 2012, 1923, 1926: „Die Gläubiger wären der Willkür des Insolvenzrichters ausgesetzt.“
- Dagegen Beth, ZInsO 2012, 1974: unterschiedliche Anwendungsweise Folge der erheblichen Unklarheiten
- Flöther, ZIP 2012, 1833, 1839: „landläufige Verblendung durch das ESUG“
- Nicht mehr einlassungsfähig: Seidl, ZInsO 2012, 2285; Horstkotte, ZInsO 2013, 160 mit einer Vielzahl von Verbalinjurien

„ESUG-Verfahren“ kein Selbstzweck: Kernziel bleibt bestmögliche Gläubigerbefriedigung !

- Vallender, DB 2012, 1609; Thole, JZ 2011, 772 unter Verweis auf
- RegE 17/5712, S.17:
Vorrangiges Ziel des Insolvenzverfahrens ist die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger. Daran wird festgehalten. (...).Die Erhaltung eines insolventen Unternehmens kann in einer marktwirtschaftlichen Ordnung kein Selbstzweck sein. Sie ist im Grundsatz nur dann erstrebenswert, wenn der Fortführungswert des Unternehmens den Zerschlagungswert übersteigt, also durch die Sanierung Werte erhalten oder geschaffen und nicht vernichtet werden. In diesem Fall liegt eine Fortführung auch im Interesse der Gläubiger. Sie tragen das wirtschaftliche Risiko des Gelingens oder Scheiterns einer Sanierung und sollen daher stärker darüber entscheiden können, ob und wenn ja, mit wem eine Sanierung versucht wird

6

Entscheidende Fragestellung

- Nicht: werden mit Nutzung der „ESUG“-Möglichkeiten genügend „ESUG“-Anträge gestellt, sondern:
- Erfolgt in „ESUG“ nutzenden Verfahren mindestens eine ebenso gute, gar bessere, Gläubigerbefriedigung, wie in einem vergleichbaren Verfahren nach bisheriger Regelung ? – und dies wird sich erst bei Abschluss der Verfahren zeigen

II. Praxisrelevante Problemnormen : 1. § 13 InsO Neufassung

- **Zweck: Versuch der „Verlinkung“ der Schuldnerangaben zur gerichtlichen Erkenntnisbasis betr. Einsetzung vorl.GA**
- Keine Lösung für Gläubigerantrag → Das ESUG erfordert den „wohl vorbereiteten“ Eigenantrag
- **→ Konkretisierung § 15 a Abs.4 InsO !**

8

Was tun, wenn das
Gläubigerverzeichnis unvollständig/fehlt
?

- → **Jeder Schuldnerantrag ohne Gläubiger – und Forderungsverzeichnis ist nach § 13 I S.3 unzulässig** (oder wenn die Richtigkeitsversicherung nach Satz 7 fehlt) !
- → „in der Regel“ bei vollständigem Fehlen, Bt-Drs.17/5712, S.23 (**AG Hamburg v. 1.6.2012, ZInsO 2012, 1482**)

9

Erste statistische Erhebung beim AG
Berlin-Charlottenburg durch RiAG
Horstkotte (ZInsO 34/2012, III)

- Eigenanträge gesamt: 237
- Davon unzulässig
gesamt: 216 = 91,4%
- Eigenanträge bei lfd. Geschäftsbetrieb: 82
- Hiervon unzulässig: 72 = 87,8%
- Gründe für die Unzulässigkeit:
(nur absolute Zahlen, extrapoliert)
- Gläubigerverzeichnis fehlt: 177
- Versicherung der Richtigkeit pp. fehlt: 209
- Angaben zu Größenklassen fehlen: 125
- Sonstige Gründe: 47
- **Letztendlich verblieben nach Nachbesserung als unzulässig: < 5%.**

10

→ Praxis rettet – auf Kosten der Erkenntnisbasis !

- Bei „gebührender Anstrengung“ d. Schuldners auch unvollständig zulässig ? Ja: Bt.Drs. 17/5712, S.23:
- *Jedoch beeinträchtigt es die Zulässigkeit eines Eröffnungsantrags nicht, wenn trotz gebührender Anstrengung des Schuldners bei der Zusammenstellung des Verzeichnisses vereinzelt Gläubiger oder einzelne Forderungen im Verzeichnis fehlen.*
- sogar „Schätzungen“ bei Forderungshöhen und Zahlen gem. S.5 zulässig
- → Nachbesserungsfrist möglich

Nachbesserungsfrist

- **Was „gebührende Anstrengung“ ist, völlig unklar:**
- → Unvollständigkeit akzeptabel, aber Schuldner muss „gebührende Anstrengung“ substantiieren, sonst Abweisung (**AG Hamburg v. 1.6.2012**, ZInsO 2012, 1482=ZIP 2013, 134; **AG Mönchengladbach v. 4.10.2012**, ZInsO 2012, 2299=ZIP 2013, 536)
- fraglich, ob bis dahin Sicherungsmaßnahmen möglich (zweifelnd: Zipperer, NZI 2012, 385, 388); m.E: ja, analog Zuständigkeitsprüfung

Befund

- Gerichte versuchen Anträge mittels Auflagen zu „retten“
- Es verbleiben Manipulationsgefahren (H.Huber, ZInsO 2013, 1,2; Vallender, DB 2012, 1609, 1611) ! Versicherung an Eides statt fehlt !
- Die Basis für die schnelle Einsetzung des vorl. GA ist nicht gesichert

2. Der vorläufige Gläubigerausschuss

- § 21 II Nr.1a, 22a InsO als „Manövriermasse“ ?

- Streitig** sind hierzu mindestens acht Fragekomplexe
- Einsetzungszeitpunkt
 - Geltungsbereich bei eingestelltem Geschäftsbetrieb
 - Gruppenrepräsentativität
 - gerichtl. Ermessen: Personenauswahl bei den Gruppen
 - Stellung des Antragsausschusses zur „Einsetzungsbremse“
 - Versicherungsnotwendigkeit
 - Kostenverhältnismäßigkeit
 - Aufgabenumfang
 - Rechtsmittel bei Verzögerung oder Nicht-Einsetzung

Analyse der derzeitigen „Umsetzungslage“

- Einerseits Versuche des Zurückdrängens des gerichtlichen Ermessensbereiches zugunsten „präsumptiver“ oder mitgebrachter Ausschüsse
- Verkürzung der Ausschussfunktion/-aufgabe auf „Verwaltervorschlag“ (dazu bereits Empfehlungen auf Fortbildungsseminaren)
- Informationserteilung an Ausschuss teilweise selektiv, insbes. § 274 III InsO, siehe AG Kleve v. 30.11.2012, Az.34 IN 38/12 (vorl.SW); AG Potsdam v. 13.12.2012, ZIP 2012, 181 (Schuldner an vorl.GA/SW)

Analyse der derzeitigen „Umsetzungslage“ II

- **Praxisbefund: Mangelnde Bereitschaft bei Gläubigern zur Teilnahme an vorl. GA** durch Einzelpersonen/ selbst Institutionen, teilweise Banken, nicht bereit (DB)
- Wohin geht die Reise?: Vakuum mangels Mitarbeit von „kundigen“ Gläubigern – noch repräsentative Vertretung? **Gesetzgeberisches Ziel „Kontrollorgan“ erreichbar?**
- „Normale“ Gläubiger nicht organisierbar: Der Gläubigerschutzvereinigung gelang es mit einem Gesamtaufwand von 4 Mill. EUR in 2 Jahren nur knapp 400 Mitglieder zu gewinnen (Vors. Haarmeyer, lt. INDAT-Rep. 1/2012, S.10)

Denn: Aufgaben vorl. GA (s.

Frind, ZIP 2012, 1380 ff.; Ehlers, BB 2013, 259) –

dazu verbreitete Unkenntnis

- Anhörungsrecht vor Bestimmung „Verwalter“ (§ 56a Abs.1)-Anforderungsprofil
- Möglichkeit einstimmiger Vorschlag „Verwalter“ (§ 56 a Abs.2)
- Möglichkeit einstimmige Ersetzung „Verwalter“ (§ 56 a Abs.3)
- § 270 Abs.3: Stellungnahme zum Antrag auf Eigenverwaltung → Bindung des Gerichtes !
- → **Alle gesetzlichen Aufgaben des § 69 InsO qua Verweisung in § 21 Abs.2 Ziffer 1a**
- Insbesondere **§ 160 InsO** im Eröffnungsverfahren !!!
- Problem: Informationsbeschaffung ! (Siemon, ZInsO 2012, 2009, 2016)

17

Beispiele für Aufgaben vorl.GA

- Zustimmung zur Massekreditaufnahme (Wuschek, ZInsO 2012, 1294, 1301)
- Zustimmung zu Sicherheitenbestellungen
- Zustimmung zu der Entscheidung zur Insolvenzgeldfinanzierung;
- **Weichenstellungsentscheidungen zur Betriebsfortführung** (z.B. Filialschließungen (§ 158 Abs.1 InsO), Umorganisation des Geschäftsbetriebes, Wechsel wichtiger Lieferanten) und vorgezogenen Verwertungen (z.B. Räumungsverkauf , Notverkauf)

18

Beispiele für Aufgaben vorl.GA

- Verhandlungen mit ernsthaften **Betriebsübernahmeinteressenten**
- Ständige Prüfung im Schutzschirmverfahren, ob Aufhebungsantrag (§ 270 b Abs. 4 S.1 Nr.2)
- Planvorbereitung (§§ 218 III, 232 I Nr.1 InsO)

Benötigen wir „kundige“ vorl.GA-Mitglieder ?

- In Ansehung der Aufgaben: ja
- Soll/muss das Gericht darauf achten ?
- über die Haftungsnorm des § 71 implementiert (Heeseler/Neu, NZI 2012, 440, 443)
- Das Insolvenzgericht sollte deswegen auf insolvenzrechtliche oder betriebswirtschaftliche Kenntnisse Wert legen (Frind, BB 2013, 265, 270; Lind in A/G/R, § 67 Rn.6; Haarmeyer, ZInsO-NL 6/2012, 10 „wie in Italien“; a.A. Ehlers, BB 2013, 259, 260; Haarmeyer, ZInsO 2012, 2109)
- Qualifikation sollte bei Antrag dargelegt werden

Gerichtliches Ermessen bei der Zusammensetzung ?

- Bt.Drs. 17/7511, S.46 : „die unter Beachtung der Voraussetzungen des § 67 II in Betracht kommen“
- d.h. : **die vorgeschlagenen Pers. müssen nicht bestellt werden, es ist nur eine Antragsvoraussetzung** (Bt.Drs. 17/5712, S.25; Bt.Drs. 17/7511, S.46; Ehlers, BB 2013, 259; Marotzke, DB 2012, 560, 561; Neubert, GmbHR 2012, 439, 442; a.A. Haarmeyer, ZInsO 2012, 2109)
- zu § 67 Abs.2 (eröffn.Verf.) bisher absolut h.M.
- *Wohin geht die Reise ? – In Richtung „schuldnerbestimmter“ Gläubigerausschuss*

21

Ermessenseinschränkung durch „Reiseplan“ des Schuldners ?

- Es bestehen „multipolare Interessen“ der Gläubigerschaft (Haarmeyer, ZInsO 2012, 2109, 2112)
- Aber: Es sollen **nur „schuldnerkonzept-affine“ Gläubiger** bestellt werden (so Haarmeyer ZInsO 2012, 2109, 2114 re.Sp.; Haarmeyer/Horstkotte, aaO) ?→ ungeprüfte Akzeptanz des Schuldnervorschlages
- Oder im Gegenteil: Insbes. „konzeptneutrale“ Gläubiger (Frind, ZInsO 2013, 279, 282; Ehlers, BB 2013, 259, 260 Fn.17),
- jedenfalls kein Zwang für „Durchwinken“ des Zusammensetzungsvorschlages
- → Der „Reiseplan“ des Schuldners ist –zumal am Anfang des Verfahrens– nur eine mögliche Route, siehe auch die Frist zur Planvorlage in § 270b I InsO

Die Nachteiligkeitsprüfung (§ 22a III) -
3 Alternativen → („Einsetzungsbremse“)

- 1.) **Betrieb läuft nicht bei Antragstellung:**
Die Regelung gilt offenbar für Pflicht- und Antragsvorl.GA: da **eingestellter Geschäftsbetrieb** sonst nicht als Negativmerkmal genannt werden müsste, denn bei § 22a I ist dies sinngemäß ohnehin vorauszusetzen, fehlt aber als Voraussetzung im Wortlaut des in Abs.1
- 2.) **unverhältnismäßig zur progn. Masse**
Gericht muss Kosten vorl. GA ins Verhältnis zur voraussichtl. TM bei Beendigung setzen: absurd, da kaum prognostizierbar
- 3.) **oder Verzögerung führt zu nachteiliger Veränderung der Vermögenslage**

23

Dogmatisch ist § 22a Abs.3
eine Verbotsnorm

- „ist nicht einzusetzen“
- Die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses entgegen dem gesetzlichen Verbot des Abs.3 kann zur Haftung des Insolvenzrichters wegen dadurch entstehenden Kosten führen → §§ 73 InsO, § 17 InsVV (N.M. Schmidt, ZInsO 2012, 1107)
- *Wohin geht die Reise ? – In Richtung Einschränkung der Anwendung*

24

Geltungsbereich § 22a Abs.3 reduziert ?

- Nach dem Wortlaut handelt es sich **nicht lediglich um eine "Soll-Bestimmung"** (so aber Haarmeyer/Horstkotte, ZInsO 2012, 1441),
- Teleologische Reduktion ? : **§ 22a Abs.3 gilt nicht für den Antragsausschuss** (so Haarmeyer/Horstkotte, ZInsO 2012, 1441, 1445 wg. primärem Ziel Gläubigerautonomie → gerichtl. Prüfung daher ausgeschaltet)
- Aber eine Antragsbefugnis besteht für jeden Gläubiger und d. Schuldner ; ist das = Interesse „der Gläubiger“ ?

Geltungsbereich nicht reduziert

- historisch-systematische Auslegung: Rechtsausschuss fügte bewusst die Möglichkeit des Antragssausschusses als Abs.2 ein und änderte den Anfangssatz v. Ex-Abs.2 , jetzt Abs.3
- der Gesetzgeber hat im Rahmen des "ESUG" die übrigen Normen durchaus fein nach "kann", "soll" und „muss" abgestuft; ein „soll" fehlt hier
- Und: In § 22a Abs.2 und § 22a Abs.4 hat Gesetzgeber den vorl.IV (Antragsteller und/oder Auskunftgeber) durchaus auch als „vor dem vorl.GA eingesetzt" geregelt

Kosten-Abwägung des Gerichtes - § 22a III, 2.Alt.

- **Haftpflichtversicherung für jedes Mitglied ?**
- Auch dies ist streitig ! S. den Geltungsumfang v. § 18 InsVV nicht würdigend: Versicherung unnötig, Hirte, ZInsO 2012,820, wonach die GA-Mitglieder Masseverbindlichkeiten mit Haftung begründen können)
- Verzichtserklärung der Mitglieder oder Vorgeschlagenen (Haarmeyer, Musterantrag ZInsO 2012, 370; Cranshaw, ZInsO 2012, 1151, 1156, 1157) ?
- Anzahl der Mitglieder: meist 5 notwendig, auch dies bereits str.
- *Wohin geht die Reise ? - § 22a III „stört“ den schuldnerebestimmten vorl.GA*

27

Kostengrenze ?

- Prakt. Relevanz nur bei Antragsausschuss
- Maßstab: Teilungsmasse
- M.A. : Grenze: 1 % der freien Masse, danach unverhältnismäßig → jedenfalls darf kein §§ 26, 207, 208 InsO entstehen
- Befund Kennzahlenuntersuchung AG Hamburg zum Vergleich: In Verfahren > 250.000 EUR zeigen empirische Untersuchungen Verwaltungs- und Verwertungskosten bei insgesamt 20 % der freien Masse

Beispielsfall

■ **AG Ludwigshafen, Beschl. 4.5.2012, 3 f IN 103/12, ZInsO 2012, 987** (krit. Haarmeyer, ZInsO 2012, 1204: „Zahlenspiele“)

- Sachverständige Prüfung der voraussichtlichen Kosten
- Notwendige Anzahl der Ausschussmitglieder: 5
- Haftpflichtversicherung mit einzuberechnen
- 2 – 3 Tagungen mit Themen: Einführung in den komplexen Sachverhalt; Betriebsfortführungsentscheidungen; Verhandlungen mit Übernahmeinteressenten
- Vergütungshöhe: max. 95,-- EUR/Stunde
- Auch Interimsausschuss bis zum Berichtstermin notwendig
- TM : voraussichtlich 175.000,-- /Kosten: 12.500,-- = 7 %
= jedenfalls unverhältnismäßig

29

Lösungsvorschlag

- Gesetzl. Klarstellung: Antragsteller bei § 22a II oder bei § 22a I das Schuldnerunternehmen muss substantiierte Schätzung der Kosten mit vorlegen
- Praxisberichte: i.d.Regel keine Verzicht auf Vergütung oder Versicherung

3. § 56a Abs.2 InsO – kann der „Berater“ oder Planersteller als vorl.IV/SW vorgeschlagen werden ?

- Es gilt § 56 Abs.1 InsO, auch für den vorl.SW (siehe §§ 270a I 2, 274 I InsO)
- § 56 I Nr.2 (neu) regelt den Fall nur insoweit, als ein Ausschluss der Unabhängigkeit jedenfalls nicht gilt bei nur „allgemeiner Beratung“ zu „Ablauf“ und „Folgen“ eines Insolvenzverfahrens
- Ob darüber hinausgehende „Tätigkeiten“ die Unabhängigkeit „bemakeln“ ist vom Gericht zu prüfen

Probleme bei § 56 Abs.1 Nr.2- „Berater“

- „ **allgemeine Beratung**“ ? Beratung kaum möglich ohne Stellungnahme zu Zeitpunkt der Insolvenzantragspflicht → Gericht muss eruieren, wie die „Beratung“ verlief
- „Die Norm führt zu schwer erträglichen Situationen“ (Römermann, ZInsO 2013, 218, 224), s. aber: Körner/Rendels, IN DAT-Rep. 1/2013, 42,45: Gespräch kann abgebrochen werden
- Jede **konkrete Beratung bemakelt**, da insbes. auch Beraterhonorar anfechtbar sein kann (Frings/Bernsen, NJW-Spezial 2012, 405)

32

Probleme bei § 56 Abs.1 Nr.2

- Kollision mit § 45 II Ziff.2 BRAO und § 43 a Abs.1 BRAO (Stellungnahme VID; Aufsatz Römermann/Praß, ZInsO 2011,1576)
- Gericht muss jeden Anhaltspunkt genau prüfen, eine generelle, länger andauernde Tätigkeit für Gläubiger der Schuldnerin genügt zum Ausschluss (a.A. wohl AG Hamburg v. 18.11.2011, ZInsO 2011, 2337)
- → **Prüfungsfragebogen** in ZInsO Heft 9/2012, S.368 und gemeinsamer Fragebogen BAKInso/VID in ZInsO 2012, 2240 → Gericht muss wissen ,um zu entscheiden

Streichung RefE § 56 I Nr. 3 - Planersteller trotzdem bestellbar ?

- Darf Planersteller im Wege einstimmigen GA-Vorschlag zum (vorl.) IV werden ?
nein: Siemon, ZInsO 2012, 364,367; Rendels, INDAT-Report 6/2011, 30; Körner/Rendels, INDAT-Rep. 1/2013, 42,44
- **Bestellung schwer vorstellbar** (Römermann, ZInsO 2013, 218, 224)
- **Intensive gerichtliche Prüfung erforderlich**, kein Automatismus (HambKomm-Frind, § 56 Rn.26b; Bork, ZIP 2013, 145, 147)
- **a.A.** Willemsen/Rechel, BB 2012, 204 ; A.Schmidt/Hölzle, ZIP 2012, 2238; Horstkotte, ZInsO 2013, 160 „wirtschaftlicher Unfug“ (es nicht zu tun)
- *Wohin geht die Reise ? – Gericht stört, unabhängiger Verwalter stört, Schuldner stellt nur Eigenantrag wenn möglichst wenig „Kontrollverlust“*

Auslegungshilfen aus Begründung Rechtsausschuss (17/7511): Unabhängigkeit ist grundlegend !

- S.54: Planersteller kann gem. § 56a II einstimmig vorgeschlagen werden, aber: gerichtliche Prüfung folge ja ! →
- S.35: Notwendigkeit für Gericht „besonders eingehend dessen Unabhängigkeit zu prüfen“ einschließlich, ob Mitglied der Sozietät beraten hat oder Großkanzlei, die „begleitet“ hat
- Zur Interpret. s. auch: Interv. mit den maßgeb. Berichterstattern in INDAT-Rep. 7/2011, 8-11; Bork, ZIP 2013, 145, 147 gibt diese „**Kurvenfahrt**“ ironisch wieder

35

Unabhängigkeitsprüfungsfrage bogen - Fragebereiche I

- Es geht u.a. darum, „**Tandems**“ kennenzulernen
- in welchen bisherigen **Geschäftsbeziehungen der vorgeschlagene Verwalter zum Schuldnerunternehmen** und vorschlagenden Gläubigern, sowie zu dem Berater des Schuldnerunternehmens stand,
- mit Ausweitung der Frage auf beiderseits „nahestehende Personen und Unternehmen“ i.S. v. § 138 InsO und § 45 Abs.3 BRAO und,
- ob der Vorgeschlagene von einzelnen vorschlagenden Gläubigern zum wiederholten Male (gfs. wo, wann, wie oft) vorgeschlagen worden sei

36

Fragebereiche II

- **ob der Vorgeschlagene auf Vorschlag von einzelnen Gläubigern z.B. Sanierungs- und Prüfaufträge mit Schuldner dieser Gläubiger abschließt** (Berater-Empfehlung v. Banken – ständige Geschäftsbeziehung)
- vermögensrechtliche Absprachen; Absprachen für künftige andere Insolvenzverfahren, etc.

37

Exkurs: **Suspendierung der gerichtl. Unabhängigkeitsprüfung** durch einstimmigen Beschluss des vorl. GA ?

- So Schmidt/Hölzle, ZIP 2012, 2238
 - einstimmiges Votum des vorl. GA mit „**Doppelbeschluss**“, dass auch in Kenntnis v. Inhabilitätsgründen der Personalvorschlag erfolgt
 - vorl. GA repräsentiert „die“ Gläubigerschaft
 - Unabhängigkeit nur „subjektives“ Merkmal zum Vertrauensschutz der Gläubiger
 - „wirtschaftlicher Unfug“, den Konzeptersteller auszuschließen
- So Horstkotte, ZInsO 2013, 160 (Lösungsweg unklar) für den Schuldnervorschlag beim Vorschlag der Person mit „im Vorfeld planenden Kontakt zu Schuldner und zumindest den wichtigsten Gläubigern“

Position Schmidt/Hölzle, ZIP 2013, 2242

- *Der Rechtsausschuss geht also offenbar davon aus, dass erstens der Verzicht auf das Erfordernis der Unabhängigkeit zur Disposition der Gläubiger steht und zweitens die Unabhängigkeit gerade kein Merkmal der (objektiven) Eignung des vorgeschlagenen Kandidaten ist.*
- **Dem Gericht fehlt mithin die Berechtigung, einen entsprechenden Vorschlag allein unter Hinweis auf die fehlende Unabhängigkeit des Verwalters abzulehnen oder sogar einen Verwalter oder Sachwalter seines Amtes zu entheben.**

Position Schmidt/Hölzle, ZIP 2013, 2243

- *...ist ein Verzicht auf das Merkmal der Unabhängigkeit nur durch einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses möglich.*
- *Es ist daher ein zweigliedriger Beschluss zu fassen, in dem zunächst der Verwalter benannt und sodann konkret festgestellt wird, dass auf das Merkmal der Unabhängigkeit verzichtet werde.*
- Gfs. konkludent bei Diskussion darüber lt. Sitzungsprotokoll
- Nachvollziehbare Erläuterung gegenüber Gericht → kein Anlass *die Gläubiger* vor sich selbst zu schützen

Position Schmidt/Hölzle, ZIP 2013, 2243

- *Dasselbe gilt, wenn mögliche Verstrickungen des Insolvenzverwalters durch dessen Anzeige zur Gerichtsakte oder auf andere Weise bekannt werden, die Gläubigerversammlung/-ausschuss den Insolvenzverwalter aber dennoch im Amt bestätigt bzw. von ihrem Recht zur Wahl eines anderen Insolvenzverwalters (einstimmig) absieht.*
- **Wird auf diese Weise Vertrauen ausgesprochen, hat das Gericht weder das Recht noch die Pflicht ... einzuschreiten und sich über die autonome Entscheidung der Gläubiger hinwegzusetzen.**
- **Ausnahme : ... sämtlichen (!) Mitgliedern des Gläubigerausschusses wurden vom Kandidaten Sondervorteile versprochen, ... nicht bindet**

Umsetzung so ...?

- „den für das eröffnete Verfahren vorbereiteten Insolvenzplan selbst erstellt hat. Der vorl. GA ist sich bewusst, dass damit eine unabhängige Prüfung dieses Planes und eine Prüfung der Angemessenheit des hierfür bezahlten Honorars nicht stattfinden wird.“

Gegenargument: Gesetzesbegründung

- **der Vorschlag darf nicht im Widerspruch zu den Geeignetheitskriterien nach § 56 Abs.1 S.1 InsO stehen → Unabhängigkeit ist gerichtlich zu prüfen** (→ Begründung RegE u. Rechtsausschuss:
BT-Drs. 17/5712, S.18, S.26
BT-Drs. 17/7511 S. 34,35, 37 („stets“) und S.4

Konstruktion des § 56 a Abs.2 zwingt zur Unabhängigkeitsprüfung

- Gruber, NJW 2013, 584 „Neue Korrumpierungsgefahr“: durch das Vorschlagswesen entstehen fast unvermeidbare Loyalitätsbindungen zu einzelnen Gläubigern
- weil in der Regel Großgläubiger den Ausschuss faktisch dominieren
- Im Ergebnis *klassischer Loyalitätskonflikt* des Verwalters, da er deren Interessen nicht bevorzugen darf und deren Rechte prüfen muss

Bedeutung des Merkmales „Unabhängigkeit“ - § 56 Abs.1 S.1 InsO

- Insolvenzverwalter als Beruf → BVerfG v. 3.8.2004, ZInsO 2004, 913
- Beruf erfordert Konturierung maßgeblicher **Berufsgrundsätze** → VID e.V. seit 2002 (Neuf.2006) → Unabhängigkeit : § 4
- *Der Insolvenzverwalter ist eine von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige Person. Er hat daher alles zu vermeiden, was berechtigte Zweifel an seiner Unabhängigkeit hervorrufen könnte*

Suspendierung gerichtliche Unabhängigkeitsprüfung durch „**personengebundenes Massedarlehen**“?

- Massekredit mit Personenbindung birgt unabsehbare Kündigungsgefahr, da Personenbindung an Gf.er und vorl.SW an Entscheidung Dritter (Gericht) anknüpft, die unabhängig ergehen
- Beharren der Bank auf einem best. vorl.Sachwalter bei Ersatz durch adäquate Person bestärkt Vermutung auf sachlich unbegründete Vorteile (Ganter, ZIP 2013, 597, 604)
- Der vorl.SW wird durch diese Vertragsgestaltung inhabil wg. Interessenkollision und event. haftpflichtig gem. § 60 InsO (Ganter, ZIP 2013, 597)
- Nein: Fölsing, ZInsO 2012, 2272, 2275; Haarmeyer, ZInsO 2212, 2210

Gegenargument Gesetzesbegründung

- Selbst beim Schutzschirmverfahren ist die Unabhängigkeit des „mitgebrachten“ vorl. SW zu prüfen (s. auch Bork, ZIP 2013, 145, 147)
- **Der Gesetzgeber erwartet auch dort den „stets“ unabhängigen vorläufigen Sachwalter, siehe BT.Drs. 17/7511, S.37**

Gegenargument: vorl.GA = „die“ Gläubigerschaft ?

- **BT-Drs. 17/7511, S. 5: „naturgemäß nur ein unvollkommenes Abbild der Gesamtgläubigerschaft darstellen kann“**
- Begründung zu § 13 I S. 3 – 7 : Mitteilung der Gläubiger bei „gebührender Anstrengung“ unvollständig
- → **Der vorl.GA repräsentiert nicht „die Gläubiger“** (Frind, ZInsO 2013, 59; Bork, ZIP 2013, 145, 148): z.B noch entstehende Insolvenzgläubiger, Aussonderungs- und Massegläubiger (abl. Hölzle, ZIP 2013, 447, 450) fehlen

4. „EVA“ als Regelverfahren

- §§ 270, 270a InsO regeln **EVA als regelhafte Form des Eigenantragsverfahrens**
- Wohin geht die Reise ?- Wegen der Kompliziertheit des § 270b-Verfahrens und den Unwägbarkeiten mit der „Bescheinigung“ **wird das „normale EVA-Verfahren“ mit „eingenordetem vorl.GA als vorzugswürdig betrachtet** (s. Desch, BB 2011, 841, 844; Schelo, ZIP 2012, 714; Leithaus, Editorial NZI 3/203, V)
- EVA im Eröffnungsverfahren ohne Warnfunktion für Lieferanten: Auch bei der „Veröffentlichungsfrage“ werden einige „Gläubigerlobbyisten“ zu Schuldnerschützern

Eckpunkte d. Diskussionentwicklung zu EVA im Eröffnungsverfahren →

„Zangenbewegung“

- **Keine gerichtliche Prüfung der Frage der „Aussichtslosigkeit“ oder der Fähigkeit des Schuldners (Gf.ers) zur Eigenverwaltung**
- **Aufweichen der Prüfung des vorgeschlagenen vorl. SW**
- **Zugleich: Schutz des Schuldners im Eröffnungsverfahren durch Einschränkung der Masseverbindlichkeitsbegründung** – Eigenverwaltung wird nicht „ernst genommen“ (dazu Frind, ZInsO 2012, 1099; AG Montabaur v. 27.12.2012, ZInsO 2013, 397)
- Internkontrolle durch Verweis v. § 270a I S.2 auf § 275 InsO wird in externe gerichtliche Kontrolle uminterpretiert
- **Keine Veröffentlichung der vorläufigen Sachwaltung**

„Schutzschirmverfahren“ in
öffentlicher Wahrnehmung
umgedeutet

- **„Sie sprachen nicht von Insolvenz, sondern von einem Schutzschirmverfahren“**
- So die Märkische Allgemeine v. 2.3.2013 über die Pressekonferenz der Geschäftsführer des insolventen Hafendorf-Hotels in Rheinsberg

Masseverbindlichkeitsbegründung
beim **EVA -Eröffnungsverfahren**

- Gem. sich herausbildender „h.M.“ ist die Begründung v. Masseverbindlichkeiten von Schuldner via Einzelermächtigung selektiv steuerbar → AG Köln, Beschluss vom 26.03.2012 - 73 IN 125/12, ZInsO 2012, 790; AG München v. 27.6.2012, ZIP 2012, 1470; LG Duisburg v. 29.11.2012, ZInsO 2012, 2346; M.Hofmann, Kübler -HRI, § 6 Rn.100- 109; Graf-Schlicker, § 270b Rn.19) – „Gleichlauf“ so H.Huber, ZInsO 2013, 1, 10
- Vorl.SW nur Kontrollbefugnisse, keine zu starke Einbindung in Fortführung AG München v. 27.6.2012, ZIP 2012, 1470

Schutz der Gläubiger im vorl. EVA-Verfahren ?

- **Nur über § 274 III !** Eine Aufhebung a la § 272 ist im Eröffnungsverfahren nicht vorgesehen
- (Neu-) und Weiter-Lieferanten sind im „Geheim-Verfahren“= Eröffnungsverfahren nicht als „automatische“ Massegläubiger geschützt u. erhalten keine gesicherte Information über Insolvenzverf. !
- Notwendig daher „Eingangskontrolle“ zur sinnhaften Eigenverwaltung, s. **AG Köln v. 1.6.2012**, ZInsO 2013, 353; **AG Potsdam v. 13.12.2012**, ZIP 2012, 181; Gegendarstellung des SchuldnerV.ers in ZIP 10/2013

Veröffentlichung vorl.Sachwaltung streitig, (+)

- **Geboten:** oder **zumindest sinnvoll**
- **Gerichtl. Ermessen:** AG Göttingen v. 12.11.2012, ZInsO 2012, 2297: Veröffentlichung steht im Ermessen des Gerichtes.
- **AG Göttingen v. 28.11.2012, ZInsO 2012, 2413=ZIP 2013, 36** mit Ausführungen in III. 2 zur Entstehungsgeschichte : In Beschlussempfehlung des RA keinen Niederschlag gefunden. Geregelt ist lediglich, in welchen Fällen eine Eröffnung erfolgen muss.

54

Veröffentlichung (-)

- **Keine Veröffentlichung** mangels gesetzlicher Grundlage u. informationelles Selbstbestimmungsrecht: Horstkotte, ZInsO 2012, 1161; Hirte, ZInsO 2011, 401, 404
- Die erst im Eröffnungsverfahren beteiligten Gläubiger seien nicht schützenswert: Keller, ZIP 2012, 1895)
- Ausnahmefall: Sanierung im Eröffnungsverfahren ? (zu so einem Fall: AG Göttingen v. 28.11.2012, ZInsO 2012, 2413)

5. Brauchen wir (ungeschriebene oder neue) Rechtsmittel in der InsO ?

- **Zwischenstand unserer bisherigen Argumentationsverfolgung:**
- Gläubigerverzeichnis „unsicher“
- Gericht soll Zusammensetzungsvorschlag bzgl. vorl.GA folgen
- Vorl.GA kann auf „Unabhängigkeit“ des vorl.IV/SW verzichten
- EVA ist die „Lösung“ zur Eigenantragsmotivation und zudem 3 Monate nicht öffentlich
- → **Die Reise geht in Richtung eines nahezu vollständig schuldnerbestimmten Verfahrens**
- Was ist nun, wenn das Gericht nicht „funktioniert“ ?

Rechtsmittel ?

- Unterlassen Einsetzung vorl.GA: die „Entscheidung“ sei Justizverwaltungsakt –bei Unterlassung der Einsetzung eines Antragsausschusses (Frist: 1 Woche !) könne **eine einstweilige Anordnung gem. §§ 23 Abs.2 , 27 EGGVG beantragt werden**, ebenso bei Ablehnung der Einsetzung eines Pflichtausschusses (da es hier am „Gesuch“ fehle)
- Horstkotte, ZInsO 2012,1930 empfiehlt **sofortige Beschwerde nach § 567 Abs.1 ZPO** und vorher ein „Gesuch“ um Bescheidung

Frage: wo endet der Ruf nach „ungeschriebenen“ Rechtsmitteln ?

- § 22a InsO : Rechtsmittel auch bei Nicht-Einsetzung der vorgeschlagenen Ausschussmitglieder: a.) Gläubiger b.) Personen ?
- **§ 56a Abs.2 InsO: Rechtsmittel auch bei Nicht-Einsetzung des vorgeschlagenen IV/SW ?**

Ungeschriebene Rechtsmittel ?

- § 6 InsO wird lt. BGH restriktiv ausgelegt:
- S. zum „ESUG“ (§ 270a) vgl. jüngst BGH v. 7.2.2013, ZInsO 2013, 460 zu §§ 270a, 270b
- → Kein Rechtsmittel bei Unterlassen v. Anordnungen nach § 21 I InsO

Brauchen wir neue kodifizierte Rechtsmittel ?

- **„die Richter entscheiden sonst in vielen Fragen uneinheitlich“**
(ungeheuerlich ! – vergessen wurde die Streichung v. Art.97 GG zu fordern)
- Änderung § 6 InsO: **Eigentlich muss gegen alle insolvenzgerichtlichen Entscheidungen Rechtsmittel möglich sein**

Konkrete Maßnahmen eilbedürftig ?

- Entscheidung über Masseverbindlichkeitsbegründung: ja
- Eilbedürftig sind alle Masse fördernden und Schaden abwendenden Entscheidungen → **der rechtsmittelbewehrte Streit darüber würde regelmäßig durch die Eröffnung überholt**, da § 6 III S.2 InsO die Geltung der Endentscheidung erst mit Rechtskraft anordnet
- Ein Streit über die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde würde allein länger dauern
- Die „Organisation“ der Gerichte kann nicht so gestaltet sein, dass Entscheidungen binnen weniger Tage ergehen – auf allen gerichtlichen Ebenen ?

Fazit zu Teil II.

- Der „Gläubigermitbestimmungsansatz“ war richtig – in der Theorie
- Da das Gläubigerkontrollelement mangels ausreichend bereiter, geschulter, kundiger, unabhängiger GA-Mitglieder leer läuft, tritt an seine Stelle
- das schuldnernerbestimmte Verfahren, das eigentlich ein **schuldnerberaterbestimmtes Verfahren** ist; zu dessen Umsetzung werden die notwendigen Mittel herbeigerufen

III. Statistik (erste 6 Monate) (ZInsO 40/2012, III)

- Unternehmen mit über 20 Mill.Umsatz und mind. 100 AN :
- 22 von 60 Anträgen vorl. Eigenverwaltung angeordnet (37 %)
- Davon wiederum 45% Schutzschirmverfahren (10)
- **In 35 % aller Eigenverwaltungsfälle keine Bestätigung des vorl. SW mit Eröffnung, teilweise Aufhebung bereits nach kurzer Zeit im Eröffnungsverfahren**
- **S.auch INDAT-Report 7/2012, Sonderdruck**

Eigene Recherche mittels Indat-Rep. 1/2013 Beilage

- Basis: Konzerne: zählen „1“ –
Zeitraum: **1.3.12 -31.1.13**
- 270a : 70
- 270b: 36
- Eröffnung als Regelinsolvenz oder
Aufhebung: 51 = **48 %**

IV. Wohin geht die Reise ? – nationales forum shopping ?

- Konzerninsolvenz: **Diske v. 3.1.2012 des BMJ**, ZInsO 2013, 130=Beil. zu ZIP 2/2013
- **§ 3a Abs.1 Diske** → **Erstantrag** des nicht „offensichtlich untergeordneten“ Tochterunternehmens **bestimmt Zuständigkeit für gesamte „Unternehmensgruppe“**
- sofern Konzentration „im gemeinsamen Interesse der Gläubiger“ liegt (Auslegungssache)

Wohin geht die Reise ? – nationales forum shopping ?

- **LoPucki**, ZInsO 2013, 420 in Analyse der Verhältnisse in USA (Delaware./New York) : Folgen eines „Wettbewerbes der Insolvenzgerichte“ um „interessante Verfahren“
- → **„case placer“ übernehmen Kontrolle über Gerichte**
- Schädliche Veränderungen mit Destabilisierungswirkung für die nationale Insolvenzordnung
- Ähnlich: **Office for fair trading**, Juni 2010, ZInsO 2010, 1791 bzgl. England

Effekte der Zulassung v. nationalem forum shopping

- Gerichte ändern ihre lokalen Regeln und Verfahrensweisen in Richtung „geringster Widerstand“ und größtmögliche Anpassung an die Verlangen der „case placer“
- Lockerungen der Standards für Interessenkonflikte und Haftungsfreistellungen (z.B. rügt Hölzle, ZIP 2013, 447, 451 ausdrücklich die unterschiedliche Praxis von Insolvenzgerichten und innerhalb der Insolvenzgerichte mit der Unabhängigkeitsprüfung und verlangt „Leitlinien“)

Effekte der Zulassung v. nationalem forum shopping

- Jobs von insolvenzverschuldenden Geschäftsführern werden „sicherer“
- Regeln zum Schutz von Kleininvestoren wurden aufgegeben
- Transparenz vernachlässigt
- Gerichte beginnen mit „rubber-stamping“ von pre-packed-Plans
- **Gefahr von nicht nachhaltiger Reorganisation steigt**- statistisch erwiesen (Nachfolgeinsolvenzen) (in Deutschland siehe z.B. erste gescheiterte Eigenverwaltungsverfahren mit Nachfolgeinsolvenz, z.B. dapd)

Wohin geht die Reise ?

- LoPucki, ZInsO 2013, 420, 426: gefährlicher Verzicht auf Auslosungsverfahren, **so dass Richter von vornherein für „case placer“ feststeht** → in Deutschland bei Buchstabenzuständigkeit schon Wirklichkeit !
- → **Gefahr des Ausspielens der Richter innerhalb v. Gerichten gegeneinander**
- → Lösung: Zuständigkeit von Insolvenzgerichten unmanipulierbar gesetzlich manifestieren
- **Keine Gerichtsstandswahl durch Tochterantrag**

V. Vorschläge

- „Bündnis für bestmögliche Gläubigerbefriedigung“ = „ESUG“-Regelungsanwendung für geeignete Verfahren !
- Wir brauchen eine Klarstellung gerichtlicher Ermittlungskompetenzen zur Zusammensetzung der Gläubigerschaft
- § 270a muss eine Nachteilsdefinition erhalten, z.B. Fähigkeit des Schuldners (bzw. s. Organe) zur Eigenverwaltung
- § 56a Abs.2 ist zu streichen; damit gewinnt die Vorschrift des § 270b II S.2 (zu Recht) Ausnahmecharakter; das EVA-Verfahren wird für ungeeignete Schuldner unattraktiv
- Forum shopping ist in einer Ergänzung zu § 3 InsO zu verhindern



Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit und viel Glück
mit dem „ESUG“ in Zukunft !