Berlin, 22. September 2011
Nr. 55/11
abrufbar unter www.anwaltverein.de

Ergänzende Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins

durch den Insolvenzrechtsausschuss

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

für ein Gesetz zur weiteren Sanierung von Unternehmen (ESUG)

(BT-Drs. 17/5712 vom 4. Mai 2011)

- in Ergänzung der DAV-Stellungnahmen Nr. 64/10 vom 13. Oktober 2010, 16/11 vom 29. März 2011 und 32/11 vom 31. Mai 2011 -

Mitglieder des Insolvenzrechtsausschusses:
Herr RA Dr. Klaus Pannen, Hamburg (Vorsitzender)
Herr RA Kolja von Bismarck, Frankfurt (Berichterstatter)
Frau RAin Claudia Diem, Stuttgart
Herr RA Wolfgang Hauser, Stuttgart
Herr RA Kai Henning, Dortmund
Herr RA Wilhelm Klaas, Krefeld
Herr RA Dr. Manfred Obermüller, Bad Camberg (Berichterstatter)
Herr RA Dr. Klaus Olbing, Berlin
Herr RA Horst Piepenburg, Düsseldorf
Herr RA Prof. Rolf Rattunde, Berlin
Herr RA Dr. Andreas Ringstmeier, Köln
Herr RA Dr. Jobst Wellensiek, Heidelberg

zuständiger DAV-Geschäftsführer:
RA Udo Henke, Berlin

Verteiler:
siehe Deckblatt-Rückseite

Verteiler:
Bundesministerium der Justiz, Berlin
Deutscher Bundestag, Rechtsausschuss, Berlin
Deutscher Bundestag, Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen, Berlin
Bundesrat, Berlin
Justizministerien/Justizsenatoren und Justizsenatorinnen der Bundesländer
Bundesverband der Freien Berufe, Berlin
Bundesrechtsanwaltkammer, Berlin
Bundesnotarkammer, Berlin
Deutscher Notarverein e. V., Berlin
Deutscher Richterbund e. V., Berlin
Gravenbrucher Kreis, München/Neu-Ulm
Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V., Berlin
Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e.V./BAKinso
Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende des Forum Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein
Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung des Deutschen Anwaltvereins, Berlin
Insolvenzrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins

Presseverteiler:
Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl, Berlin
Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen
Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln
Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.
Redaktion Zeitschrift für Wirtschaftsrecht / ZIP, Köln
Redaktion InDat-Report, Köln
Redaktion Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht / DZWIR, Berlin
Redaktion Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung / NZI, München
Redaktion Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht / ZInsO, Recklinghausen
Redaktion (Print) Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht / ZVI, Köln
Redaktion (Internet) Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht / ZVI, Köln

Diese Stellungnahme finden Sie auch auf der Internetseite des Deutschen Anwaltvereins unter: http://www.anwaltverein.de/03/05/index.html.

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 68.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der DAV möchte angesichts zahlreicher mehr oder weniger kritischer Äußerungen von Verbänden, Vereinen, Interessenvertretern und in der insolvenzrechtlichen Literatur zum Regierungsentwurf für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 4.5.2011 seine eigene Position nochmals verdeutlichen und insbesondere Lösungsmöglichkeiten für die angesprochenen Probleme bei der Verwalterbestellung (§§ 22a, 56 InsO) aufzeigen.

1) Verwalterbestellung

Der DAV hat das Vorhaben des Regierungsentwurfs, die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses auf Verfahren von einer gewissen Bedeutung zu beschränken und für die Auswahl der Mitglieder des Ausschusses von der reinen Summenmehrheit abzugehen, begrüßt. Der inzwischen von dritter Seite geäußerten Kritik an den jetzt vorgeschlagenen Regelungen zur Auswahl des Insolvenzverwalters kann nach Ansicht des DAV jedoch nicht schon damit Rechnung getragen werden, dass die Grenzen für die Pflicht zur Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses angehoben werden. Damit wird zwar die Zahl der Anwendungsfälle vermindert, die Probleme bleiben jedoch erhalten. Dies trifft vor allem die Gerichte, denen unverändert zu viele Aufgaben aufgebürdet werden, die sie nur schwer und mit zu großem Zeitverlust erfüllen können. Die Schwierigkeiten zeigen sich erst bei einer Betrachtung im Detail:

- Die Pflicht zur Prüfung, ob die Merkmale des § 22a Abs. 1 InsO-E erfüllt sind, überfordert viele Gerichte angesichts der oft dürftigen Informationen, die der Schuldner liefert. Einen vorläufigen Verwalter, dem sonst die Aufgabe übertragen werden könnte, die Vermögenslage des Schuldners im Hinblick auf die Eröffnungsfähigkeit des Verfahrens zu überprüfen, kann es noch nicht bestellen. So hat es bereits Schwierigkeiten festzustellen, ob die Relation zwischen der zu erwartenden Insolvenzmasse und der Zeit und den Kosten eines Gläubigerausschusses zu gering ist.

- Für die Erfüllung der Merkmale des § 22a Abs. 1 InsO-E wird auf das vorangegangene Geschäftsjahr abgestellt. Im Zeitpunkt des Insolvenzantrags können sich die Verhältnisse aber gravierend geändert haben, sei es, dass das Unternehmen wegen zwischenzeitlicher Rationalisierungsmaßnahmen oder starken Geschäftsrückgangs die

Kriterien nicht mehr erfüllt, sei es, dass die Grenzen durch ruinöse Geschäftsausweitung erstmals erreicht werden. Es macht keinen Sinn, an veraltete Daten anzuknüpfen, denn das Interesse der Gläubiger an der Mitwirkung orientiert sich an der aktuellen Lage.

- § 22a Abs. 1 InsO-E verlangt einen laufenden Geschäftsbetrieb. Auch wenn der Geschäftsbetrieb bereits eingestellt, aber viel Masse vorhanden ist, macht die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses noch Sinn.

- Die Zusammenstellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses ist für das Insolvenzgericht aufwendig, insbesondere wenn sich die Gläubiger vorher nicht koordiniert haben.

- Für die Masse der kleineren Unternehmen bleibt alles beim Alten, hier können die Gerichte nach wie vor frei und ohne Rücksicht auf den Willen der Gläubiger agieren, auch wenn Gläubiger Interesse an der Mitwirkung haben.

Alle diese Probleme werden vermieden, wenn ein Regelung eingeführt wird, derzufolge ein vorläufiger Gläubigerausschuss stets einzusetzen ist, wenn

- der Schuldner einen Insolvenzantrag einreicht, der den Anforderungen des § 13 Abs. 1 Satz 3 InsO-E genügt,
- der Antrag begründete Vorschläge zur Bestellung von Personen zur Besetzung eines aus mindestens 3 Mitgliedern bestehenden vorläufigen Gläubigerausschusses enthält oder dem Gericht bei Antragstellung entsprechende Vorschläge aus dem Kreis der Gläubiger vorliegen,
- die vorgeschlagenen Mitglieder zur Übernahme des Amtes nicht offensichtlich ungeeignet sind, und sich vorab für den Fall Ihrer Bestellung durch das Gericht zur Übernahme des Amtes bereit erklärt haben.

Nur ein Schuldner, der wenigstens diese Vorbereitungsarbeiten sorgfältig erledigt hat, kann erwarten, bei Sanierungsversuchen die Unterstützung seiner Gläubiger zu erhalten. Die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses wäre möglich, aber nicht zwingend. Zwingend wäre nur die Einbindung von aktiven Gläubigern in den Entscheidungsprozeß des Gerichts. Den Gläubigern bleibt es aber selbst überlassen, ob sie tätig werden wollen und der Schuldner muss überlegen, ob er sie einbinden will. Ein Schuldner, der ernsthaft eine Sanierung anstrebt, wird bereits im Vorfeld des Antrags mit seinen wesentlichen Gläubigern Kontakt aufnehmen. Dagegen ist das Gericht nicht gezwungen, stets nach Gläubigern zu

forschen und diese zu befragen. Solche Regelungen hätten den Vorzug einer größeren Flexibilität und einer Entlastung der Gerichte von Entscheidungen, die sie oft nur mit Mühe treffen können. Sie bringen auch keine Nachteile für die Gläubiger und den Schuldner, denn eine Sanierung kann nur dann Erfolg haben, wenn sie von den wesentlichen Gläubigern begleitet wird. Dies übt einen Zwang auf alle Beteiligten aus, sich möglichst schon im Vorfeld zu verständigen.

2) Eignung des vorgeschlagenen Insolvenzverwalters

Einem Kandidaten darf nach § 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO-E nicht schon dann die Eignung zum Amt des Insolvenzverwalters abgesprochen werden, wenn er den Schuldner vor dem Eröffnungsantrag in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat. Im Laufe der Diskussionen hat sich diese Vorschrift zunehmend als kritisch herausgestellt. Diese Vorschrift wendet sich nur an das Gericht und entbindet einen Rechtsanwalt, der als Insolvenzverwalter vorgeschlagen wird, nicht von der Pflicht, in eigener Verantwortung zu prüfen, ob er an einer Übernahme des Amtes durch §§ 43a Abs. 1, 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO gehindert ist. Insolvenzverwalter, die als Anwälte zugelassen sind, geraten insbesondere mit § 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO-E in Abgrenzungsprobleme, wie weit eine Schuldnerberatung noch in allgemeiner Form stattgefunden hat und wann sie konkret geworden ist. Die Vorschrift sollte gestrichen werden.

Die Eignung zum Verwalter soll nach § 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 InsO-E unberührt bleiben, wenn der Kandidat unter Einbindung von Schuldner und Gläubigern einen Insolvenzplan erstellt hat (§ 56 Abs. 1 Satz 3 InsO). Dies wäre nur dann vertretbar, wenn der Insolvenzverwalter hier als neutraler Mittler zwischen den Interessen des Schuldners und zumindest einer großen Mehrheit von Gläubigern agiert hätte. In allen anderen Fällen kommt er zwingend in erhebliche Interessenkollisionen nicht nur zwischen Schuldner und Gläubigern, sondern vor allem zwischen den unterschiedlichen Gläubigergruppen. Die Vorschrift sollte deshalb enger gefasst werden.

3) Vorrechte

Der DAV tritt allen Bestrebungen entgegen, Insolvenzvorrechte auszubauen oder neu zu einzuführen.

In einem schon historisch zu nennenden Kompromiss hat der Gesetzgeber es vermocht, mit der InsO das Fiskusprivileg und die allgemeinen Insolvenzvorrechte abzuschaffen, die

Sicherungsgläubiger zu Beiträgen zu zwingen und die Arbeitnehmervorrechte einzugrenzen. Inzwischen hat sich der Fiskus seine Vorrechte wieder zurückgeholt. Der Gesetzgeber sollte darauf achten, dass die guten Ansätze für eine Verbesserung der Sanierungschancen nicht durch Begehrlichkeiten des Fiskus zunichte gemacht werden. Die sich jetzt schon abzeichnenden katastrophalen Auswirkungen des neuen § 55 Abs. 4 InsO[1] und der überraschenden Entscheidung des BFH vom 9.12.2010[2] sollten eine Lehre sein. Hier sieht der DAV erheblichen Handlungsbedarf.

Erst recht verwundern muss das Vorhaben, den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom 12.10.2007 wiederzubeleben. Dies wäre eine weitere Durchbrechung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung, die im Verhältnis zu anderen Gläubigergruppen nicht gerechtfertigt ist.

*****

[1] S. dazu Beck ZIP 2011, 551; Heinze ZInsO 2011, 603; Kahlert ZIP 2011, 401; ders. 2010, 1887; Nawroth ZInsO 2011, 107; Onusseit ZInsO 2011, 641; Schacht ZInsO 2011, 1048; Schmittmann ZInsO 2011, 105; ders. ZIP 2011, 1125; Welte/Friedrich-Vache ZIP 2011, 782.

[2] Danach entsteht nicht nur bei der Ist-, sondern auch bei der Sollbesteuerung eine Masseverbindlichkeit i.S. von § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, wenn der Insolvenzverwalter eines Unternehmers nach Verfahrenseröffnung das Entgelt für eine vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeführte Leistung vereinnahmt (BFH vom 9.12.2010 – V R 22/10 – ZInsO 2011, 823 mit Anm. de Weerth ZInsO 2011, 853; DAV ZInsO 2011, 1449; Dobler ZInsO 2011, 1098; Kahlert DStR 2011, 921; Klusmeier ZInsO 2011, 1340; Rattunde InsVZ 2010, 321; Welte/Friedrich-Vache ZIP 2011,1595).