

## **Stellungnahme des Forum 270 – Qualität und Verantwortung in der Eigenverwaltung e.V. zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz „Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungsrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG)“ veröffentlicht am 18. September 2020**

Das „Forum 270 Qualität und Verantwortung in der Eigenverwaltung e.V.“ (nachfolgend „Forum 270“), Frankfurt am Main, ist ein Verein, der es sich zur Aufgabe gemacht hat, die Anforderungen an Eigenverwaltungsverfahren auf wissenschaftlicher Basis rechtsentwickelnd zu konkretisieren. Dem Verein gehören 17 Mitglieder – zumeist Rechtsanwälte – an, die aus zwölf verschiedenen, größtenteils bundesweit tätigen Sozietäten stammen und die federführend nahezu an allen größeren Eigenverwaltungsverfahren im Sinne der §§ 270 ff. InsO in den letzten Jahren beteiligt waren.

Das Forum 270 hat vor allem die „Grundsätze für Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO)“ entwickelt, die von den meisten Gerichten und sonstigen Rechtsanwendern als Standard in Eigenverwaltungsverfahren angewandt werden.

Das Forum 270 begrüßt die schnelle Umsetzung der EU Richtlinie (2019/1023) und die Anwendung der Vorschläge aus dem Forschungsbericht zur Evaluierung des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen aus dem Jahre 2018 („ESUG-Evaluierung“) durch den Referentenentwurf zum SanInsFoG. Die Einführung des ESUG im Jahre 2012 hatte dazu geführt, dass die OECD die Regelungen des deutschen Insolvenzregimes als weltweit führend einschätzt. Das Forum 270 ist davon überzeugt, dass eine weitere Modernisierung der Restrukturierungsbestimmungen den Wirtschaftsstandort Deutschland stärkt.

Das Forum 270 beschränkt sich mit seiner Stellungnahme auf die Vorschläge zu den geänderten Bestimmungen der Regelungen zur Eigenverwaltung in den §§ 270 ff. Insolvenzordnung („InsO“).

Die Stärke des ESUG bestand darin, dass Unternehmen, die drohend zahlungsunfähig waren oder in die Überschuldung gerieten, möglichst frühzeitig einen Insolvenzantrag stellen. Der frühe Zeitpunkt führte dazu, dass die Sanierungserfolge und damit die Gläubigerbefriedigung hoch waren. Es gibt in den vergangenen acht Jahren sehr viele prominente Beispiele dafür, die das eindrucksvoll belegen. Auch die jüngste durch die COVID-19-Pandemie ausgelöste wirtschaftliche Krise zeigt, dass die Bestimmungen der geltenden §§ 270 ff. InsO von vielen Unternehmen umfangreich genutzt werden. Das ESUG hat dies damit erreicht, dass nach dem geltenden § 270 InsO die Eigenverwaltung nur dann nicht angeordnet werden darf, wenn Umstände bekannt sind, die eine Benachteiligung der Gläubiger wahrscheinlich machen. Der Schuldner konnte deshalb nach dem geltenden Recht davon ausgehen, dass im Zweifel die Eigenverwaltung angeordnet wird, so dass der Schuldner große Vorteile darin sah, frühzeitig und damit zum Wohle der Gläubiger, einen Insolvenzantrag zu stellen.

Der Referentenentwurf zum SanInsFoG wartet mit zahlreichen Verbesserungen auf, jedoch schafft er gleichzeitig hohe Hürden für die Anordnung der Eigenverwaltung, die nach den Vorstellungen des Forum 270 dazu führen, dass dieses erfolgreiche Sanierungswerkzeug deutlich weniger genutzt werden wird. Damit werden nicht nur Unternehmen in Schwierigkeiten geschwächt, sondern Gläubigerrechte gemindert und vor allem auch Arbeitsplätze vernichtet. Ein Schuldner, der sich nicht sicher ist, dass die Eigenverwaltung angeordnet wird, wird, so wie dies leider vor Einführung des ESUG regelmäßig der Fall war, mit dem Insolvenzantrag warten und damit die Sanierungsaussichten deutlich verschlechtern.

Nach der Einschätzung des Forum 270 sollte der Referentenentwurf des SanInsFoG einen Anspruch auf die Anordnung der Eigenverwaltung formulieren, sofern die formellen Erfordernisse einer Eigenverwaltung vorliegen. Diese Prüfung kann das Gericht ohne eine zeitaufwendige Prüfung durch einen Sachverständigen Dritten vornehmen. Ohne eine Beschränkung auf das Vorliegen formeller Eingangsvoraussetzungen steht zu befürchten, dass es zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen bei der Anordnung einer vorläufigen Eigenverwaltung kommt, die letztlich den Erfolg einer angestrebten Eigenverwaltung und damit einer bestmöglichen Gläubigerbefriedigung gefährden.

Es ist offensichtlich, dass die Möglichkeiten, die das Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz („StaRUG“) bietet, nicht für jedes Unternehmen in Schwierigkeiten anwendbar ist. So kann ein Schuldner dessen Regelungen nicht mehr anwenden, wenn er, beispielweise dadurch, dass wichtige Kunden oder ganze Märkte wegbrechen, kurzfristig in die Überschuldung gerät und damit nur noch die Sanierung über ein Insolvenzverfahren versuchen kann. Gleiches gilt, wenn ein Unternehmen Arbeitsplätze abbauen muss oder nicht mehr in der Lage ist, Betriebsrentenzahlungen aufzubringen, da das StaRUG Eingriffe in die Rechte der Arbeitnehmer von vorneherein ausschließt. Alle diese Schuldner müssen, und dies ist der richtige Ansatz, in ein Insolvenzverfahren.

Einer der wesentlichen Vorteile des ESUG bestand aber darin, dass die Entscheidungen des Insolvenzgerichts vorhersehbar waren und zudem schnell fielen. Diese beiden entscheidenden Elemente werden mit den beabsichtigten Änderungen der InsO nicht mehr erreicht. Die ESUG-Evaluierung hat zwar Missbrauchsfälle beschrieben, aber überwiegend die großen Vorteile einer Sanierung über die Eigenverwaltung in den Vordergrund gestellt. In der ESUG-Evaluierung (S. 55) heißt es daher auch, dass es einen Korrektur- und Ergänzungsbedarf in Bezug auf einzelne Weichenstellungen oder in Einzelfragen gäbe, aber nicht der Wunsch nach einer Rückkehr zum früheren Recht bestehe. Die neuen Regelungen des Referentenentwurfs zum SanInsFoG zielen aber deutlich über die Empfehlungen der ESUG-Evaluierung hinaus und erschweren damit übermäßig den Zugang zu diesen wichtigen Sanierungswerkzeugen. Das Forum 270 wendet sich nicht gegen die zurecht erfolgende Eindämmung möglicher Missbräuche, aber es wendet sich gegen die Einschränkung der Effizienz dieser Sanierungsmöglichkeiten.

Dies vorausgeschickt, möchten wir an einigen wenigen Stellen in den die Eigenverwaltung betreffenden Vorschriften gemäß Artikel 5 Ziffer 39 und Ziffer 43 Änderungen der Insolvenzordnung anregen:

**§ 270a Abs. 1 Ziff. 2 1. Halbsatz InsO** sollte lauten:

*Ein Konzept für die Durchführung des Insolvenzverfahrens, ...*

Die in der Entwurfsfassung gewählte Formulierung „Konzept für die Bewältigung der Insolvenz“ lässt sich dahingehend interpretieren, dass einzig die Vorlage eines Insolvenzplans in Betracht kommt, weil nur dieser eine Insolvenz überwindet oder bewältigt. In der Eigenverwaltung kann aber, ebenso wie in einer Fremdverwaltung, die Übertragende Sanierung oder in Ausnahmefällen gar eine Liquidation das beste Ergebnis für die Gläubiger erzielen, was grundsätzlich das Ziel eines Insolvenzverfahrens ist. Die Wortgruppe „Bewältigung der Insolvenz“ sollte daher als unbestimmter Rechtsbegriff an dieser Stelle nicht verwendet werden. Das Forum 270 schlägt vor, auf ein Konzept für die „Durchführung des Insolvenzverfahrens“ abzustellen.

**§ 270a Abs.1. Ziff. 3 InsO** sollte lauten:

*Einen Überblick über den Stand von Verhandlungen mit Gläubigern, den am Schuldner beteiligten Personen und Dritten zu den in Aussicht genommenen Maßnahmen; Angaben zu Einzelheiten sind nicht erforderlich.*

Der Insolvenzantrag wird Bestandteil der Insolvenzakte und damit allen Beteiligten zugänglich. Sollte der Schuldner bei Antragstellung verpflichtet werden, Details über den Verhandlungsstand mit namentlich zu erwähnenden einzelnen Gläubigern darzulegen, gefährdet dies die Verhandlungsbereitschaft der Beteiligten im Vorfeld, da sie unter Umständen in sich ändernden Verfahrenssituationen nicht von Dritter Seite an im Vorfeld zugesagten oder in Aussicht gestellten Beiträgen festgehalten werden wollen.

**§ 270a Abs. 1 Ziff. 5 InsO**

Die Regelung in § 270a Abs. 1 Ziff. 5 InsO sollte aus zwei Gründen auf eine abstrakte Darstellung der Verfahrenskosten und der Kosten des Eigenverwalters beschränkt werden. Es gibt nicht „das“ Eigenverwaltungsverfahren und nicht „das“ Fremdverwaltungsverfahren (im Referentenentwurf unzutreffend als „Regelverfahren“ bezeichnet). Beratungskosten fallen auch in Fremdverwaltungen je nach Verwalter und Verfahren unterschiedlich an. Auch in einer (vorläufigen) Fremdverwaltung werden, in der Regel mit Zustimmung des vorläufigen Gläubigerausschusses, Berater mandatiert für M&A-Prozesse, die Bewertung der Vermögensgegenstände, die Liquiditätsplanung, die Steuerberatung, die Insolvenzgeldvorfinanzierung, die rechtliche Beratung oder auch für das Erstellen von Insolvenzplänen und Unternehmenskaufverträgen. Deshalb sind solche Beratungskosten grundsätzlich vergleichbar hoch und sollten in der Betrachtung außen vor bleiben.

Zum anderen erfolgt die Beauftragung idR aufgrund von jeweils mehreren Angeboten erst nach Zustimmung und teilweise intensiver Diskussion durch den (vorläufigen) Gläubigerausschuss, also regelmäßig nach dem Insolvenzantrag.

Abstrakt darstellbar ist aber das Vergütungssystem, etwa entsprechend den Empfehlungen des Forum 270, nämlich dass die Vergütung von Sachwalter und eigenverwaltender Ge-

schäftsführung oder Generalbevollmächtigten zusammen nicht über der Vergütung eines fiktiven vorläufigen und endgültigen Insolvenzverwalters liegen wird. Die Höhe steht aber mangels feststehender Berechnungsgrundlage zum Zeitpunkt der Antragsstellung noch nicht fest und potenzielle Zuschläge zur Vergütung eines Eigenverwalters werden nach den Grundsätzen des Forum 270 mit dem Sachwalter und dem Gläubigerausschuss abgestimmt.

### **§ 270a Abs. 2 Ziff. 3 InsO**

Viele Unternehmen, die unterjährig in ein Eigenverwaltungsverfahren gehen müssen, kommen ihren Veröffentlichungspflichten für die Jahresabschlüsse des Vorjahres nicht vor Antragsstellung nach, weil gerade diese Jahresabschlüsse mit dem Wirtschaftsprüfer diskutiert werden bzw. dieser einen uneingeschränkten Prüfungsvermerk in Frage stellt. Aus diesem Grund sollte es genügen, wenn die Geschäftsführer versichern, dass die Jahresabschlüsse aufgestellt sind und damit nicht gegen § 283 b StGB verstoßen wurde.

### **§ 270b Abs. 1 InsO**

Das Insolvenzverfahren und insbesondere das Antragsverfahren ist ein Eilverfahren. Eine Schlüssigkeitsprüfung kann zu erheblichen Verzögerungen führen. Gerichte bestellen zudem für Schlüssigkeitsprüfungen regelmäßig sachverständige Gutachter. Die Einsetzung eines Sachverständigen zur Prüfung dieser Fragen würde eine weitere schädliche Verzögerung der Entscheidung nach sich ziehen. Die Prüfung sollte daher zudem, ähnlich wie bei der Zurückweisung eines Insolvenzplans durch das Insolvenzgericht nach § 231 Abs.1 InsO, auf formale und offensichtliche Mängel beschränkt werden.

Weist der Antrag keine formalen oder offensichtlichen Mängel auf, soll das Gericht einen vorläufigen Sachwalter bestellen und kann diesen mit der tieferen Prüfung dieser Fragen wie in § 270c Abs. 1 InsO vorgesehen beauftragen.

### **§ 274a InsO:**

Das Forum 270 spricht sich gegen die Möglichkeit aus, pauschal und ohne Vorliegen von Gründen oder Indizien, einen Sondersachwalter mit der Aufgabe, alle in Frage kommenden Haftungs- und Anfechtungsansprüche zu ermitteln und durchzusetzen, zu bestellen (§ 274a InsO).

Das Forum 270 erkennt die Intention des Gesetzgebers, für eine möglichst hohe Transparenz und die Vermeidung von Missbräuchen in Eigenverwaltungsverfahren zu sorgen und befürwortet dieses Ziel. Das Forum 270 befürchtet jedoch, dass mit dem nun vorliegenden Entwurf an diesem Punkt „über das Ziel hinausgeschossen“ wird.

Festzustellen ist zunächst, dass die von den Gerichten bestellten Sachwalter – unabhängig davon, welche Tatbestände zu Bestellungen führen – der Aufsicht des Insolvenzgerichtes (§ 58 InsO) und auch der Kontrolle der Gläubigergremien unterliegen (§§ 69,79 InsO). Zudem haften Sachwalter nach § 60 InsO, wenn sie die nach § 280 InsO übertragenen Pflichten verletzen. Die Insolvenzgerichte haben jederzeit während des Insolvenzverfahrens die Möglichkeit, von Amts wegen (auch gegen den Sachwalter) zu ermitteln und bei Bedarf, einen Sachverständigen mit der Prüfung zu beauftragen, wobei der Prüfungsumfang im Ermessen des Gerichtes liegt. Das Forum 270 sieht grundsätzlich keinen zusätzlichen Bedarf, über dieses ausgewogene Kontrollsystem hinaus, generell durch die (wohl meist) zu Beginn eines

Verfahrens erfolgende Bestellung eines Sondersachwalters, einen zusätzlichen Beteiligten „ins Spiel zu bringen“. Das Forum 270 hat dagegen folgende Bedenken:

- Die Position des Sachwalters wird tatsächlich und in der Wahrnehmung gegenüber Gläubigern und dem Schuldner geschwächt.
- Ohne Anlass wird mit der Bestellung eines Sondersachwalters gegenüber dem Sachwalter Misstrauen ausgesprochen. Im Falle des § 56 a Absatz 2 Satz 1 InsO träge dieser Ausspruch auch die vom Insolvenzgericht selbst benannten Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses.
- Bei Fortführungs-, Verwertungs- und Finanzierungsvereinbarungen während des Antragsverfahrens werden die involvierten Vertragspartner aus Gründen der Rechtssicherheit darauf drängen, dass neben dem Sachwalter auch der Sondersachwalter wegen des weiten Anwendungsbereiches des § 274 a InsO, inklusive aller Anfechtungssachverhalte, beteiligt wird und ggf. sein Votum abgibt (z. B. zum Bargeschäftscharakter von Rechtshandlungen).
- Die Planbarkeit des Verfahrens, die in § 270 a InsO nun zurecht normiert werden soll, wird hierdurch noch schwieriger. Zudem leidet die Geschwindigkeit der Entscheidungsprozesse.

§ 274a Abs. 1 Ziffer 2 InsO sollte wie folgt geändert bzw. ergänzt werden:

*... geltend zu machen hat, soweit mindestens ein Mitglied des (vorläufigen) Gläubigerausschusses oder der (vorläufige) Sachwalter dies beantragen. Rechte des Gerichts nach § 58 InsO i.V.m. § 5 InsO bleiben im Übrigen unberührt.*

Außerdem weist das Forum 270 auf folgende Punkte hin, die in der Praxis in Bezug auf den Sondersachwalter zu Schwierigkeiten führen können und der Klarstellung bedürfen:

Die vorgeschlagene Vergütungssystematik ist unklar und kann zu Differenzen und zu Auseinandersetzungen zwischen Sachwalter und Sondersachwalter führen. Der Sondersachwalter soll offenbar zusätzlich (§ 274a Absatz 4 InsO spricht von „zudem“) zu einer Grundvergütung nach Stundensätzen einen Teil der Sachwaltervergütung erhalten. Die Staffelsätze der Vergütung des Sachwalters sind degressiv gestaltet. Die Frage, an welcher Stelle sich die vom Sondersachwalter realisierte Haftungsmasse einreicht, liegt auf der Hand. Realisiert der Sondersachwalter bei einer Insolvenzmasse von über 35 Mio. Euro weitere 2 Mio. Euro, erhielte er bei einer angenommenen Regelvergütung von 60 % nach den vorgeschlagenen Änderungen des § 2 InsVV eine Vergütung von 50.000 Euro, falls sich seine realisierte Haftungsmasse an erster Stelle der Staffelsätze einreicht. Sein Anspruch betrüge 26.400 Euro, falls es die letzte Stelle wäre. Es kann nicht richtig sein, sowohl die Vergütung des Sondersachwalters als auch die Vergütung des Sachwalters (durch die Abzugsverpflichtung) hiervon abhängig zu machen. Im Übrigen ist der Regelsatz des Sondersachwalters in Abhängigkeit von der Regelvergütung eines Insolvenzverwalters noch nicht im Entwurf aufgenommen.

Zudem klärt der Gesetzentwurf die Frage nicht, was mit dem Amt des Sondersachwalters geschieht, sollte die Eigenverwaltung aufgehoben werden. Bleibt er im Amt – ggf. als Sonderinsolvenzverwalter – oder endet sein Amt, was angesichts der Tatsache, dass die Sondersachwaltung nur in Eigenverwaltungsverfahren angeordnet werden kann, auch konsequent wäre.

Abschließend ist zu dieser Norm zu bemerken, dass die gerichtliche Aufsicht sich auch auf die Tätigkeiten des Sondersachwalters erstreckt, siehe § 274a Absatz 2 InsO, der wiederum ausdrücklich hierauf verweist. Der Kontrolle des Gläubigerausschusses unterläge die Tätigkeit des Sondersachwalters im Umkehrschluss nicht, denn § 69 InsO ist nicht genannt. Neben den zusätzlichen Voraussetzungen, die zu einer Entlassung des Sondersachwalters führen können, wird auch § 57 InsO nicht erwähnt.

Es sollte daher klargestellt werden, dass auch der Sondersachwalter der Überwachung und der Kontrolle des Gläubigerausschusses unterliegt und für die Wahl eines anderen Sondersachwalters § 57 InsO Anwendung findet. Denn anderenfalls griffen die Vorschläge unangemessen in die Autonomie der Gläubiger ein, sowohl Gläubigerausschuss als auch die Gläubigerversammlung wären insoweit entmachtet.

#### **Art. 14 Änderung des HGB, Art. 15 Änderung des AktG, Art. 16 Änderung des GmbHG, Art. 17 Änderung des GenG**

Durch die für § 130a HGB, § 92 AktG, § 64 GmbHG sowie § 99 GenG vorgesehenen Änderungen soll der bisher bestehende Konflikt zwischen der Steuerzahlungspflicht und der Massesicherungspflicht und die daraus für die Geschäftsführer resultierende Pflichtenkollision gelöst werden. Hierzu gab es regelmäßig divergierende Entscheidung der Zivil- und Finanzgerichte. Forum 270 begrüßt es nachdrücklich, dass der Referentenentwurf den Konflikt aufgreift und zugunsten der Massesicherungspflicht löst.

Es fehlt jedoch eine entsprechende Regelung für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge, so dass hier der Konflikt nach wie vor bestehen würde. Das sich daraus ergebende Risiko trifft im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren auch die eigenverwaltende Geschäftsführung. Bisher behilft sich die Praxis damit, dass die Geschäftsführer die Sozialversicherungsbeiträge überweisen und damit dem Unternehmen in der kritischen Fortführungsphase Liquidität entziehen. Auf eine Anfechtung des Sachwalters hin haben die Zahlungsempfänger die Mittel zwar wieder in die Masse zu erstatten. Dies ändert aber nichts daran, dass der Liquiditätsentzug eine nicht gerechtfertigte Benachteiligung der vorläufigen Eigenverwaltung gegenüber der vorläufigen Fremdverwaltung darstellt, die der Gesetzgeber so weder mit dem ESUG noch mit dem SanInsFoG verfolgen dürfte. Bisher kann in der Praxis die Gleichstellung nur dann erreicht werden, wenn es gelingt, die gerichtliche Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts des Sachwalters für Zahlungen an die Sozialversicherungsträger zu erhalten.

Nach Auffassung des Forum 270 kann es keine Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung der Steuerverbindlichkeiten und der Sozialversicherungsbeiträge geben. Daher sollte der Entwurf um Regelungen für Sozialversicherungsbeiträge ergänzt werden, die den für Steuerverbindlichkeiten in den Art. 15 bis Art. 17 enthaltenen Regelungen entsprechen.

Frankfurt am Main, den 2. Oktober 2020

Für das Forum 270 – Qualität und Verantwortung in der Eigenverwaltung e.V.

Dr. Georg Bernsau  
Silvio Höfer  
Thomas Oberle  
Alexander Reus  
Dr. Stefan Weniger