

Stellungnahme
der Bundesrechtsanwaltskammer
zum
Regierungsentwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)

erarbeitet durch den
Ausschuss Insolvenzrecht
der Bundesrechtsanwaltskammer

Mitglieder:

RA Dr. Lucas F. **Flöther**, Vorsitzender

RA Dr. Frank **Kebekus**

RA Markus M. **Merbecks**

RA Dr. Wilhelm **Wessel**

RA Dr. Thomas **Westphal**

RAin Friederike **Lummel**, Bundesrechtsanwaltskammer

März 2011
BRAK-Stellungnahme-Nr. 20/2011

Im Internet unter www.brak.de

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Bundesministerium der Finanzen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Bundesrat
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages
Finanzausschuss des Deutschen Bundestages
BAKInso – Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e. V.
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Notarverein
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Steuerberaterverband
Deutscher Richterbund
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e. V. (VID)
Redaktion Anwaltsblatt/AnwBl
Redaktion Juristenzeitung/JZ
Redaktion Monatszeitschrift für Deutsches Recht/MDR
Redaktion Neue Juristische Wochenzeitschrift/NJW
Redaktion Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht/ZInsO
Redaktion INDat-Report
Verlag C. H. Beck

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) ist als Dachverband der 27 regionalen deutschen Rechtsanwaltskammern und der Rechtsanwaltskammer beim BGH die gesetzliche Vertretung der ca. 155.000 in Deutschland zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Sie tritt für die wirtschaftlichen und rechtlichen (auch steuerrechtlichen) Belange der Anwaltschaft ein.

Zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen nimmt die BRAK wie folgt Stellung:

Art. 1 Änderung der Insolvenzordnung

Art. 1 Nr. 1 - § 2 Abs. 2 InsO-E

Die BRAK begrüßt die beabsichtigte Professionalisierung der Insolvenzgerichte. Sie weist jedoch drauf hin, dass die Regionalität der Verwalterauswahl gewährleistet bleiben muss.

Darüber hinaus schlägt die BRAK vor, die funktionale Zuständigkeit bei der Bearbeitung von Insolvenzverfahren durch die Insolvenzgerichte zu ändern. Die Zuständigkeit in Verbraucherinsolvenzverfahren, kleinen Regelinsolvenzverfahren und Verfahren, die mit einer Verfahrenskostenstundung eröffnet werden, sollte vollständig (d. h. inkl. des Eröffnungsverfahrens) beim Rechtspfleger liegen. Große und komplexe Unternehmensinsolvenzverfahren sollten in die vollständige funktionale Zuständigkeit des Richters fallen. Die funktionale Zuständigkeit könnte dabei an den Kriterien des § 267 HGB festgemacht werden. Hierdurch würde eine durchgängige Verantwortlichkeit und größtmögliche Kontinuität und vor allem Kenntnis bei Gericht erreicht. Die Verfahren könnten so zügiger, mit größerer Kompetenz und Vertrautheit mit der Sache im Einzelfall abgewickelt werden.

Art. 1 Nr. 2 - § 13 InsO-E

Die BRAK begrüßt, dass § 13 Abs. 1 InsO-E gegenüber dem Diskussionsentwurf ergänzt und konkretisiert worden ist. Ursprünglich hieß es, dass dem Antrag des Schuldners ein Verzeichnis der „wesentlichen Gläubiger“ und ihrer Forderungen beizufügen sei. Die BRAK begrüßt, dass ihrer Forderung, dieser unbestimmte Rechtsbegriff müsse durch den Gesetzgeber definiert werden, gefolgt wurde. Es

wird angeregt, im Rahmen des § 13 Abs. 3 InsO-E ein zwingendes Formular einzuführen, welches durch den Schuldner ausgefüllt werden muss. Diesbezüglich müsste die Rechtsverordnung angepasst werden.

Art. 1 Nr. 4 - § 21 InsO-E

Die BRAK begrüßt, dass ihrem Vorschlag gefolgt wurde, dass die §§ 67 bis 73 InsO wegen der Kontinuität des Gläubigerausschusses entsprechend für den vorläufigen Gläubigerausschuss gelten müssten und dass die Norm dementsprechend ergänzt wurde.

Art. 1 Nr. 5 - § 22a InsO-E

Diese Neuregelung ist die Konsequenz daraus, dass das Kriterium der „wesentlichen Gläubiger“ in § 13 InsO in der Fassung des Referentenentwurfs nun weggefallen ist bzw. konkretisiert wurde.

Die BRAK erachtet die Wertansätze für die Bilanzsumme, den Umsatzerlös und die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer, wie sie jetzt im Regierungsentwurf vorgesehen sind, als viel zu niedrig. Sie plädiert für eine Anhebung der Wertgrenzen. Zur Begründung wird angeführt, dass die Insolvenzgerichte durch die Organisation der Gläubigerausschüsse in einer solchen Vielzahl von Verfahren überfordert, d. h. überlastet, wären. Zudem ist das Interesse der Gläubiger an der Beteiligung an Gläubigerausschüssen sehr stark zurückgegangen. Es ist daher nicht zu erwarten, dass sich problemlos auch bei kleineren Unternehmen ein vorläufiger Gläubigerausschuss bilden lassen wird. Es bestehen darüber hinaus Zweifel daran, dass es markante Fälle in den geringen Grenzen von § 22a Abs. 1 InsO-E gibt, bei denen ein vorläufiger Gläubigerausschuss tatsächlich erforderlich ist. Der vorläufige Gläubigerausschuss ist nur dann sinnvoll, wenn er an Entscheidungsprozessen beteiligt ist. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung in § 22a Abs. 2 InsO-E macht zudem von der Systematik her nur dann Sinn, wenn die Grenzen des Abs. 1 höher angesetzt werden. Schließlich muss beachtet werden, dass ein Gläubigerausschuss grundsätzlich auch freiwillig einberufen werden kann.

Die Gesetzesbegründung bezieht sich auf die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 06.05.2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (203/361/EG, L124/36 v. 20.05.2003). Die BRAK schlägt vor, dass sich die Regelung der Insolvenzordnung an der Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen gem. Art. 2 Abs. 2 des Anhangs zur Empfehlung der Kommission orientieren sollte. Ein kleines Unternehmen wird danach als ein Unternehmen definiert, das weniger als 50 Personen beschäftigt und dessen Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz 10 Mio. Euro nicht übersteigt.

Der vorläufige Gläubigerausschuss nach § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO-E sollte nach Ansicht der BRAK nur dann eingesetzt werden, wenn der Schuldner im vorangegangenen Geschäftsjahr mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale erfüllt hat:

1. mindestens 10 Mio. Euro Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrages i. S. d. § 268 Abs. 3 HGB;
2. mindestens 10 Mio. Euro Umsatzerlös in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag;
3. im Jahresdurchschnitt mind. 50 Arbeitnehmer.

Bei allen darunter liegenden Fällen sollte es im Ermessen des Gerichts stehen, einen vorläufigen Gläubigerausschuss zu bestellen.

Art. 1 Nr. 2 - § 26 Abs. 4 InsO-E

Die BRAK begrüßt die Neuregelung in § 26 Abs. 4 InsO-E, nach der jede Person zur Leistung eines Vorschusses verpflichtet ist, die entgegen den Vorschriften des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts pflichtwidrig und schuldhaft keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hat.

Die BRAK kritisiert jedoch, dass der Gesetzentwurf offen lässt, wie diese Regelung praktisch umgesetzt werden soll. Hinweise hierzu finden sich nicht in der Norm selbst, sondern nur in der Begründung. Der Verwalter wird durch die Neuregelung auf den Prozessweg verwiesen. Es besteht dadurch die Gefahr, dass dieses Vorgehen viel zu lange dauert. Die Neuregelung widerspricht insofern dem

Eilcharakter des Insolvenzeröffnungsverfahrens. Darüber hinaus ist unklar, wie der vorläufige Verwalter die Geltendmachung des Anspruchs vorfinanzieren soll. Ein Prozess würde Geld kosten; unter Umständen müsste der vorläufige Verwalter Prozesskostenhilfe in Anspruch nehmen. Es muss deshalb eine Lösung gesucht werden, die außerhalb des Prozessweges liegt.

Daher ist die BRAK der Ansicht, dass das Insolvenzgericht die Möglichkeit erhalten sollte, die Forderung sofort vollstreckbar festzusetzen. Der Streit über die Rechtmäßigkeit der Forderung würde in das eröffnete Insolvenzverfahren verlagert werden. Rechtsmittel wären zwar möglich, diese hätten jedoch keine aufschiebende Wirkung.

Art. 1 Nr. 7 - § 27 Abs. 2 InsO-E

Die durch den Regierungsentwurf vorgesehene neue Nr. 5 in § 27 Abs. 2 Nr. 5 InsO-E, nach der der Eröffnungsbeschluss die Gründe enthalten muss, aus denen das Gericht von einem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des Verwalters abgewichen ist, wird in dieser Form von der BRAK abgelehnt.

Auch nach Ansicht der BRAK sollte zwar eine Begründung der ablehnenden Entscheidung des Gerichts erfolgen, jedoch nicht im Eröffnungsbeschluss, da dieser dafür nicht die geeignete Plattform darstellt. Dies muss daher an anderer Stelle geregelt werden. Es reicht auch aus, wenn die ablehnende Entscheidung des Gerichts gegenüber dem vorläufigen Gläubigerausschuss begründet wird.

Die BRAK spricht sich dafür aus, die geplante Neuregelung in § 27 Abs. 2 Nr. 5 InsO-E zu streichen. Stattdessen sollte eine Regelung in § 56 Abs. 3 InsO-neu aufgenommen werden.

Ein neuer § 56 Abs. 3 Satz 2 oder 3 InsO-E könnte lauten:

„Die abweichende Entscheidung ist gegenüber dem vorläufigen Gläubigerausschuss zu begründen.“

Art. 1 Nr. 8 - § 56 InsO-E

a) § 56 Abs. 1 InsO-E

Die BRAK begrüßt die im Regierungsentwurf vorgenommene Einschränkung in § 56 Abs. 1 Nr. 2 InsO-E. Dies entspricht einer Forderung der BRAK.

Dagegen lehnt die BRAK den im Entwurf vorgeschlagenen § 56 Abs. 1 Nr. 3 InsO-E ab. Durch diese Regelung würde der Insolvenzverwalter einer Interessenkollision ausgesetzt und die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters würde aufgegeben, zumindest jedoch untergraben werden. Die Verwalter riskieren ihre Unabhängigkeit, wenn sie im Vorfeld einer Insolvenz das Unternehmen gestalterisch entgeltlich beraten. So würde ein späterer Insolvenzverwalter, der im Vorfeld mit den Gläubigern die Quoten für den Insolvenzplan ausgehandelt hat, sich selbst als Verwalter disqualifizieren. Durch den Entwurf würde daher keine Verbesserung der Situation erreicht werden können.

b) § 56 Abs. 2 und 3 InsO-E

§ 56 Abs. 2 InsO-E normiert ein reines Anhörungsrecht des vorläufigen Gläubigerausschusses. Ein Ausschlussgrund („nachteilige Veränderung“) könnte jedoch die Verzögerung des Verfahrens sein.

Die BRAK begrüßt, dass in § 56 Abs. 3 InsO-E von den zuvor vorgesehenen Mehrheitsverhältnissen abgewichen wurde. Die nun vorgesehene Einstimmigkeit ist demgegenüber zwar vorzugswürdig, allerdings sieht die BRAK die Gefahr, dass institutionalisierte Gläubiger den vorläufigen Gläubigerausschuss dominieren und so ihnen genehme Verwalter durchsetzen könnten. Dies stellt insbesondere dann ein Problem dar, wenn die Wertgrenzen in § 22a InsO-neu nicht heraufgesetzt werden.

Zudem könnte die Neuregelung, wie sie der Regierungsentwurf vorsieht, einen Verstoß gegen das Grundrecht des Schuldners aus Art. 14 GG darstellen. Durch die Einsetzung eines Insolvenzverwalters wird wesentlich in die wirtschaftliche Freiheit eines Schuldners eingegriffen. Dieser Eingriff erfolgt nach der geplanten Neuregelung zwar formell noch durch den Richter, faktisch jedoch durch den

Gläubigerausschuss, weil der Richter vom einstimmigen Vorschlag des Gläubigerausschusses nicht abweichen darf.

Nach Ansicht der BRAK müsste in § 56 Abs. 3 Satz 1 InsO-E von der Systematik der Benennung einzelner Personen abgewichen werden. Vielmehr sollte auf objektive Kriterien abgestellt werden.

In § 56 Abs. 3 InsO-E sollte daher Satz 1 ersatzlos gestrichen werden. Vielmehr sollte nur § 56 Abs. 3 Satz 2 InsO-E bestehen bleiben. Nach dem Vorschlag der BRAK reicht es aus, wenn sich das Gericht bei der Verwalterauswahl an den objektiven Kriterienkatalog halten muss, der durch den vorläufigen Gläubigerausschuss aufgestellt wurde. Durch dieses reine Vorschlagsrecht des Gläubigerausschusses wird die Unabhängigkeit der einzelnen Person, insbesondere die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, gewährleistet.

Darüber hinaus sollte, wie bei Art. 1 Nr. 7 erwähnt, in § 56 Abs. 3 InsO-E ergänzt werden, dass die Ablehnung des Vorschlages des Gläubigerausschusses diesem gegenüber begründet werden muss.

Da die Organisation des vorläufigen Gläubigerausschusses beim Richter liegt, stellt sich ein weiteres Problem, wenn die Wertgrenzen in § 22a InsO-E nicht heraufgesetzt werden. Diese grundsätzlich stärkere Belastung der Insolvenzrichter würde insgesamt zu einer stärkeren Belastung der Gerichte führen, was für die Länder Kosten verursachen würde.

Art. 1 Nr. 9 - § 66 Abs. 1 InsO-E

Die Neuregelung von § 66 Abs. 1 InsO-E ist begrüßenswert. Sie schafft eine Verfahrenserleichterung und -beschleunigung.

Art. 1 Nr. 10 - § 67 Abs. 2 Satz 2 InsO-E

Die Neuregelung, nach der grundsätzlich die Beteiligung der Arbeitnehmer vorgesehen ist, wird von der BRAK begrüßt.

Art. 1 Nr. 12 - § 210a InsO-E

Durch den Entwurf soll geregelt werden, was mit dem Insolvenzplan bei Masseunzulänglichkeit passieren soll. Die Regelung hat nach Ansicht der BRAK nur eine geringe praktische Relevanz, die BRAK hat jedoch keine Einwendung gegen die vorgeschlagene Norm.

Bei § 258 Abs. 2 InsO-E müsste jedoch eine Folgeänderung eingefügt werden. Dieser müsste wie folgt ergänzt werden:

„... soweit dem nicht § 210a InsO entgegensteht.“

Art. 1 Nr. 14 - § 217 InsO-E

Nach dem Entwurf können auch Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen in den Plan einbezogen werden, wenn der Schuldner keine natürliche Person ist. Dieser Eingriff in die Gesellschaftsrechte wird von der BRAK als sinnvoll angesehen.

Art. 1 Nr. 18 - § 229 InsO-E

Diese Klarstellung der Ausschlussfristen stellt eine Umsetzung einer Forderung aus der Praxis dar und wird von der BRAK begrüßt.

Art. 1 Nr. 20 - § 231 InsO-E

Die BRAK begrüßt diese Neuregelung. Die Zwei-Wochen-Frist ist i. S. d. Planerfüllung extrem hilfreich. Die Justiz muss jedoch dafür Sorge tragen, dass die ordnungsgemäße personelle und sachliche Ausstattung der Gerichte gewährleistet ist, um die Frist einhalten zu können.

Art. 1 Nr. 37 - § 253 InsO-E

Die Ergänzung in § 253 Abs. 2 Nr. 1 InsO-E, nach der der Beschwerdeführer dem Plan auch zu Protokoll widersprechen kann, wird von der BRAK begrüßt.

Auch die Ergänzung in § 253 Abs. 2 Nr. 2 InsO-E, die vorsieht, dass der Beschwerdeführer gegen den Plan gestimmt haben muss, ist sinnvoll. Die Rechtsmittelastigkeit des Insolvenzplanverfahrens soll durch diese gesetzlichen Änderungen verbessert werden. Die Regelung wird daher als vernünftig angesehen. Das Verfahren wird dadurch kalkulierbarer und die Planungssicherheit steigt.

§ 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO-E sieht vor, dass die sofortige Beschwerde gegen die Bestätigung nur dann zulässig ist, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht, dass er durch den Plan wesentlich schlechter gestellt wird, als er ohne einen Plan stünde. Hierdurch wird eine Erheblichkeitshürde eingeführt.

Die BRAK kritisiert, dass mit dem Wort „wesentlich schlechter“ ein unbestimmter Rechtsbegriff in das Gesetz eingeführt werden soll. Hier wäre eine Definition des Begriffs durch den Gesetzgeber hilfreich. Zumindest in der Begründung müssten Kriterien genannt werden.

Art. 1 Nr. 28 - § 254 InsO-E

Nach Ansicht der BRAK sollte vorgesehen werden, dass die Wirkungen des Insolvenzplans trotz einer sofortigen Beschwerde eintreten können. Durch die Regelung in § 254 Abs. 1 Satz 1 InsO-E hat die Beschwerde faktisch eine aufschiebende Wirkung, denn die Wirkung des Plans tritt erst mit der Rechtskraft ein. Es wäre wünschenswert, wenn hiervon durch eine Anordnung des Gerichts abgewichen werden könnte. Die Anordnung könnte z. B. lauten, dass die Wirkung des Plans bereits mit der Bestätigung durch das Insolvenzgericht eintritt.

Art. 1 Nr. 39 - § 254a und § 254b InsO

§ 254b InsO-E sieht die Wirkung für alle Beteiligten vor. Diese Neuregelung wird von der BRAK begrüßt, weil damit mehr Rechtssicherheit besteht.

Art. 1 Nr. 49 - § 258 Abs. 2 InsO-E

Die Neuregelung ist zu begrüßen. Allerdings müsste dem neu eingeführten § 210a InsO Rechnung getragen werden. Insbesondere § 258 Abs. 2 S. 2 InsO-E wird begrüßt, weil die praktische Durchführbarkeit durch diese Neuregelung gewährleistet wird.

Art. 1 Nr. 42 - § 270 InsO-E

Es ist positiv, dass der Gesetzentwurf nicht länger auf die Summen- und Kopf-Mehrheit abstellt.

§ 270 Abs. 4 InsO-E wird von der BRAK abgelehnt. Die Begründung der Entscheidung muss gegenüber dem vorläufigen Gläubigerausschuss und gegenüber dem Schuldner erfolgen. Dies gehört nicht in den Eröffnungsbeschluss. Insofern wird auf die obigen Anmerkungen zu Art. 1 Nr. 7 verwiesen.

Art. 1 Nr. 43 - § 270b InsO-E

Die BRAK begrüßt, dass in Bezug auf die Expertenbescheinigung in § 270b Abs. 1 InsO a. F. ihrer Anregung gefolgt wurde, dass nicht nur bei Rechtsanwälten der Zusatz „in Insolvenzsachen erfahren“ steht, sondern dass alle Berufsträger über ausgewiesene Expertise im Insolvenzrecht verfügen müssen. Diesem Umstand wird nun Rechnung getragen, indem der Zusatz vorgezogen wurde.

Die BRAK sieht jedoch die Gefahr, dass das Verfahren nach § 270b InsO-E leer läuft. Durch die Beantragung des Verfahrens nach § 270b InsO-E ist zu befürchten, dass dann die Banken ihre Darlehen fällig stellen würden, wodurch sofort die Zahlungsunfähigkeit eintreten würde, und damit das Verfahren beendet wäre. Ein Moratorium sieht der Gesetzentwurf jedoch nicht vor.

Die Frist in § 270b Abs. 1 Satz 2 InsO-E von höchstens drei Monaten ist viel zu kurz für eine nachhaltige Sanierung und die Umsetzung von Restrukturierungsmaßnahmen. Die BRAK plädiert dafür, dass zumindest eine Verlängerungsmöglichkeit gegeben sein muss.

Der Begriff „offensichtlich ... nicht geeignet“ in § 270b Abs. 2 Satz 2 InsO-E muss durch den Gesetzgeber definiert werden. Im Rahmen dieser Definition sollte berücksichtigt werden, dass die bestellten Sachwalter über ausreichende Erfahrung im Bereich der Betriebsfortführung und –sanierung verfügen müssen. Das bedeutet praktische Erfahrung sowie eine ausreichende Bürokapazität und –einrichtung.

Unklar ist, wie das Gericht zu entscheiden hat, wenn die Vorschläge des Schuldners und eines nach § 22a gebildeten vorläufigen Gläubigerausschusses voneinander abweichen.

Nach der derzeitigen Formulierung ist fraglich, ob überhaupt eine andere Person als die des bereits eingesetzten vorläufigen Sachwalters bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit als Verwalter in das Verfahren gebracht werden kann. Es muss daher nach Ansicht der BRAK klargestellt werden, dass mit der Aufhebung des Beschlusses nach § 270b Abs. 1 InsO-E auch die vorläufige Sachwalterbestellung aufgehoben wird. § 270b Abs. 3 InsO-E müsste daher wie folgt lauten:

„(3) Das Gericht hebt die Anordnung nach Abs. 1 und die Bestellung des vorläufigen Sachwalters vor Ablauf der Frist auf, ...“

oder

„(3) Das Gericht hebt den Beschluss nach Abs. 1 und Abs. 2 vor Ablauf der Frist auf, ...“

Art. 1 Nr. 44 - § 271 InsO-E

Das Erfordernis der Summen- und Kopf-Mehrheit für die nachträgliche Anordnung in § 271 InsO-E ist zu begrüßen.

Art. 1 Nr. 46 - § 274 Abs. 1 InsO-E

Es wird auf die Anmerkung der BRAK zu Art. 1 Nr. 7 verwiesen. § 27 Abs. 2 Nr. 5 sollte gestrichen und stattdessen in § 56 Abs. 3 InsO-E geregelt werden.

Art. 4 – Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes

Art. 5 – Änderung des Rechtspflegergesetzes

Die vorgesehene Qualifizierung auf Seiten des Gerichts wird von der BRAK begrüßt. Dies entspricht einer Forderung der BRAK.

Art. 7 – Insolvenzstatistikgesetz

Die Erhebung der Daten wird allein in den Verantwortungsbereich der Insolvenzverwalter gelegt. Wenn die Verwalter diese Daten schon erheben müssten, dann sollten diese auch zeitnah ausgewertet und den Verwaltern zur Verfügung gestellt werden.
