

# INDAT-REPORT

RESTRUKTURIERUNG\_SANIERUNG\_INSOLVENZ



## 100 Tage in Kraft: Wie läuft es mit der reformierten Verbraucherinsolvenz?

*Titel*

**Erste Bilanz aus vier Perspektiven: Insolvenzverwaltung,  
Insolvenzgericht, Wissenschaft und Schuldnerberatung**

*Berater & Kanzleien*

**RA Dr. Leo Plank (Kirkland & Ellis International LLP)**

*Standpunkt von Burkhard Jung und RA Rüdiger Wienberg*

**Die Unabhängigkeit des Verwalters steht nicht zur Disposition!**

*Schwerpunkt zum BMJV-Eckpunktepapier »Reform des Anfechtungsrechts«*

**Sanierungsfeindliche Fiskus-Super-Vorrechte?**





RA Rüdiger Wienberg



Burkhard Jung

## Auch und gerade in Zeiten des ESUG: Die Unabhängigkeit des Verwalters steht nicht zur Disposition!

von Burkhard Jung und Rechtsanwalt Rüdiger Wienberg, hww wienberg wilhelm

Die in § 56 InsO geregelte Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, die genauso für den Sachwalter gilt, ist im Rahmen der Diskussion über die Einführung des ESUG ausführlich beleuchtet worden. Und gerade diese Diskussion hat auch zu einer Anpassung des DiskE geführt. Der ursprüngliche Gesetzesentwurf sah noch vor, dass der Insolvenzverwalter im Vorfeld der Insolvenzantragstellung sogar einen Insolvenzplan für das schuldnerische Unternehmen erstellen durfte, ohne in seiner Unabhängigkeit gefährdet zu sein. So weit wollte der Gesetzgeber am Ende mit guten Gründen dann aber doch nicht gehen, sodass heute der Insolvenzverwalter aber auch dann als unabhängig gilt, wenn er vom Schuldner oder Gläubiger vorgeschlagen wird oder den Schuldner in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat.

Dennoch: Die Diskussion über die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters wird fortgesetzt, zuletzt auch in der Vorauflage des INDat-Report (Ausgabe 06\_2014, 22), in der Klaus Siemon zu dem Schluss kommt, die Bestellung des Insolvenzverwalters allein wieder in die Hände der Insolvenzrichter legen zu müssen. Allein so könne das erforderliche Mindestmaß an Unabhängigkeit garantiert werden.

Auch der Standpunkt von Klaus Siemon zeigt, dass die Diskussion nach wie vor sehr emotional geführt wird, sodass es aus Sicht der Verfasser an dieser Stelle noch einmal sinnvoll ist, zu untersuchen, wie denn die Auswahl des Verwalters nach Einführung des ESUG und mehr als zweieinhalb Jahren des »Übens« mit den neuen Instrumenten tatsächlich verläuft. Allein auf dieser Basis sollten dann Überlegungen angestellt werden, ob die Unabhängigkeit des Verwalters tatsächlich in Gefahr ist – oder eben nicht.

### Die Verwalterauswahl im Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO)

Es ist DAS Experiment des ESUG: Der Schuldner erhält für den Fall, dass er rechtzeitig, nämlich in der Regel bei drohender Zahlungsunfähigkeit, den Insolvenzantrag stellt, eine »Belohnung«: Er kann einen Vorschlag für die Person des Sachwalters machen, an den das Insolvenzgericht in der Regel auch gebun-

den ist. Es sollte damit das Ziel erreicht werden, dass die Schuldner vor dem Hintergrund der für sie besseren Planbarkeit des Verfahrens frühere Anträge stellen und sich unter dem Schutz des Insolvenzrechts sanieren.

Siemon spricht sich insbesondere dagegen aus, dass Insolvenzverwalter vom Schuldner vorgeschlagen werden. Er spricht damit einen Generalverdacht aus, dass ein solcher Vorschlag automatisch zur Abhängigkeit des Vorgeschlagenen führt. Warum eigentlich? Abhängigkeit kann doch nur dann durch einen Vorschlag entstehen, wenn dieser mit dem Wunsch nach bestimmten Gegenleistungen verbunden ist, z. B. einer weiteren Beauftragung des den Schuldner beratenden und den Verwalter vorschlagenden Beraters oder mit dem Mittragen bestimmter wirtschaftlicher Zielvorstellungen im Rahmen des sanierenden Insolvenzverfahrens.

Um es klar zu sagen: Derartige oder ähnliche Abreden sind völlig indiskutabel und zerstören das Vertrauen der Stakeholder in einen transparenten und für alle Beteiligten nachvollziehbaren Prozess. Gerade die letzten zweieinhalb Jahre seit Einführung des ESUG haben aber gezeigt, dass alle am Verfahren beteiligten Kreise genau diese Transparenz wollen und entsprechend agieren. Wir alle nehmen uns die Wirksamkeit des sanierenden Insolvenzverfahrens, wenn wir es zum Spielball von Vorabsprachen machen. Es wird heute und in Zukunft immer so sein müssen, dass gerade auch im Verfahren ein Wettbewerb der Lösungen stattfindet. Die allgemeine Anerkennung der sog. Dual-Track-Verfahren zeigt dies nur zu deutlich.

Auf der anderen Seite, und das bestätigt sogar Siemon, ist es nicht schädlich, wenn man im Rahmen von Insolvenzverfahren oder anderen Situationen schon einmal zusammengearbeitet hat. Ganz im Gegenteil: Es beschleunigt Prozesse, macht sie wegen geringerer Abstimmungsnotwendigkeiten günstiger und führt dazu, dass kritische Situationen, die in jedem Sanierungsprozess auftreten, besser bearbeitet werden können, da gegenseitiges Vertrauen besteht. Wichtig ist nur, dass solche Strukturen transparent gemacht werden, damit die Gläubiger mitentscheiden können.

Die Praxis zeigt also, dass mit dem Recht, den Verwalter zu bestimmen, nicht willkürlich umgegangen wird, ja sogar nicht

umgegangen werden kann. Denn: Der Schuldner braucht auch im Schutzschirm- und anschließenden Insolvenzverfahren den (vorläufigen) Sachwalter, der seinen Plan unterstützt und durchzusetzen hilft. Die Gläubiger erwarten, dass sich der Sachwalter in ihrem Interesse ein Bild davon macht, wie die Gläubigerrechte bestmöglich gewahrt werden können. Dies kann er allein auf Basis seiner Position als unabhängiger Vertreter der Rechte der Gläubiger leisten.

Und: Es gibt sie tatsächlich, die früheren Anträge, auch wenn die Schutzschirmverfahren in Relation zur Gesamtzahl der Insolvenzverfahren keine entscheidende Rolle spielen: Die Stakeholder befassen sich heute deutlich früher mit Plan B, nämlich dem sanierenden Insolvenzverfahren als Alternative zur außergerichtlichen Sanierung. Genau das war Intention des Gesetzgebers.

### Die Verwalterauswahl bei einem Pflicht-Gläubigerausschuss nach § 22a InsO

Der Gesetzgeber hat den Gläubigern, organisiert in einem Gläubigerausschuss, die Möglichkeit gegeben, einen Verwalter »auszusuchen«. Die Unabhängigkeit des Verwalters leitet sich in diesen Fällen aus der Zusammensetzung des Gremiums, die alle Gläubigerarten (§§ 21 Abs. 2 Nr. 1a, 67 Abs. 2 InsO), nämlich Kleingläubiger, gesicherte Gläubiger, Großgläubiger und Vertreter der Arbeitnehmer, vorsieht und aus dem Erfordernis der Einstimmigkeit des entsprechenden Beschlusses ab. Der Ausgleich der unterschiedlichen Interessen der Gläubiger findet dann eben gerade in diesem Gremium statt.

Zusätzlich muss sich der Verwalter bewusst sein, dass er für den Fall, dass er einseitig zugunsten der einen Gläubigergruppe und genau so einseitig entgegen den Interessen einer anderen Gläubigergruppe agiert, Gefahr läuft, bei einem weiteren Fall nicht wieder ausgewählt zu werden, sondern auf Widerstand der vormals gegebenenfalls benachteiligten Gläubiger zu stoßen. Der Einfluss der Gläubiger hat also Wirkung über das konkrete Verfahren hinaus, es entfaltet gerade in seiner Langfristigkeit seine volle Kraft. Für den ausgesuchten Verwalter bedeutet dies zwingend, dass er im Rahmen des Verfahrens einen Ausgleich aller Interessen herbeiführen muss.

Der Auswahl-Richter wird also durch ein gleichberechtigt zusammengesetztes Gläubigergremium ersetzt, in dem jede Gläubigergruppe quasi ein »Vetorecht« hat, soweit es um die Person des Insolvenzverwalters oder Sachwalters geht. Damit wird die Ausgewogenheit der Auswahlentscheidung sichergestellt, mithin keine Dominanz einer einzelnen Gläubigergruppe zugelassen, von der der Verwalter abhängig sein könnte.

### Die Verwalterauswahl bei einem fakultativen Gläubigerausschuss nach § 22a InsO

In den Fällen, in denen die Größenkriterien des § 22a InsO nicht erreicht werden, können sich die Gläubiger zu einem sogenannten fakultativen Gläubigerausschuss zusammen tun. In diesem Fall ist das Gericht jedoch nicht zur Einsetzung eines Gläubigerausschusses verpflichtet, kann also auf diesem Weg einen etwa nicht sachgerechten Vorschlag eines konkreten Insolvenzverwalters oder Sachwalters vermeiden, wenn dies nicht bereits im Rahmen der vorinsolvenzlichen Kommunikation möglich sein sollte. Dann bleibt es im Ergebnis bei seiner Auswahlkompetenz und der Entscheidung des Gerichts über die Person des Insolvenzverwalters.

#### Fazit:

Im Ergebnis ist der Auswahlprozess für den Insolvenzverwalter oder Sachwalter nur in zwei Varianten wirklich verändert worden: Zum einen im Schutzschirmverfahren mit der klaren und aus heutiger Sicht erfolgreichen gesetzgeberischen Idee dahinter, zu früheren und damit im Sinne einer Sanierung erfolgversprechenden Insolvenzanträgen zu kommen. Zum anderen im Rahmen eines einstimmigen Beschlusses eines Pflicht-Gläubigerausschusses, in dem die Gläubiger selbst kontrollieren können, wer als Verwalter eingesetzt wird. Im Ergebnis ist das gut austariert, sodass diese neuen Möglichkeiten auch nicht zu beanstanden sind. Der Gesetzgeber hat den vor dem Antrag handelnden Personen, also dem Schuldner und den Gläubigern, die Chance gegeben, das Insolvenzverfahren planbarer zu gestalten, um ihm damit einen Teil seines Schreckens zu nehmen. Motivation statt Sanktion. An dieser positiven Gesamtbewertung ändert auch die theoretische Möglichkeit zum Missbrauch der neuen Regeln nichts. Der empirische Nachweis der in diesem Zusammenhang behaupteten Fälle ist bisher nicht erfolgt. Auch Siemon bleibt ihn schuldig.

Für uns alle am Sanierungsprozess Beteiligten bleibt aber zu beachten, dass auch in Zeiten des ESUG jedes noch so gut und planbar vorbereitete Insolvenzverfahren ein Insolvenzverfahren ist. Und in jedem Insolvenzverfahren kommen auch sehr wirksame Instrumente zur Anwendung, die es ermöglichen, ansonsten todkranken Unternehmen wieder eine Überlebenschance zu bieten. Diese Instrumente bedürfen aber eben gerade wegen ihrer hohen Wirksamkeit der unabhängigen Kontrolle. Wenn wir auf diese unabhängige Kontrolle verzichten, begeben wir uns automatisch der Glaubwürdigkeit und damit der Wirksamkeit des Verfahrens. Das ist weder im Interesse der Schuldner, der Insolvenzverwalter noch der Berater oder Gläubiger. «