

# ESUG - ein schlechtes Gesetz!?!

Kritische Anmerkungen aus Sicht  
des Insolvenzrichters

Dr. Andreas Schmidt, Insolvenzgericht Hamburg  
München, 8. Juli 2016

# ESUG 2012 und die Kritik am bisherigen Insolvenzregime

- teilweise Intransparenz des gerichtlichen Verfahrens und der Verwalterauswahl
- teilweise generelles Misstrauen in Vorschläge zur Person des vorläufigen Insolvenzverwalters („wer vorgeschlagen wird, ist verbrannt)“
- kaum Planungssicherheit

# ESUG 2012 und die Kritik am bisherigen Insolvenzregime

- Maßgebliche Entscheidungen, die die Fortführung betreffen (Insolvenzgeld-Vorfinanzierung, Vereinbarungen mit Warenkreditgebern und Kunden, Massekredit etc.) werden ohne Einbindung der Gläubiger bereits in den ersten zwei bis drei Wochen des Eröffnungsverfahrens getroffen.

# Generelles

- Inkrafttreten des ESUG: 01.03.2012
- Schwerpunkte: Kodifizierung der Gläubigermitwirkung (vorläufiger Gläubigerausschuss und bindendes Votum bei Einstimmigkeit); Schutzschirmverfahren, Eigenverwaltung, Insolvenzplan
- Evaluierungsklausel (verantwortlich: Jacoby, Universität Bielefeld)

# Agenda

- Kritikpunkt 1: §§ 13 Abs.1, 22a, 56a InsO
- Kritikpunkt 2: §§ 270a, 270b InsO
- Kritikpunkt 3: Folgen für die Praxis

# Kritikpunkt 1:

---

§§ 13 Abs.1, 22a, 56a InsO

# I. Eigenantrag, § 13 Abs.1 InsO

- Generell: Gläubiger- und Forderungsverzeichnis verpflichtend, § 13 Abs.1 S.2 InsO
- Zusätzlich bei Eigenantrag und laufendem Geschäftsbetrieb: höchste Forderungen, höchste gesicherte Forderungen, Forderungen der SVT und Forderungen aus betrieblicher Altersversorgung sollen besonders kenntlich gemacht werden, § 13 Abs.1 S.3 InsO. **Außerdem sollen Angaben zur Bilanzsumme, zu den Umsatzerlösen sowie zur durchschnittlichen Zahl der Arbeitnehmer des vorangegangenen Geschäftsjahres gemacht werden, § 13 Abs.1 S.4 InsO**

# I. Eigenantrag, § 13 Abs.1 InsO

- **Angaben gemäß § 13 Abs.1 S.4 InsO sind verpflichtend (§ 13 Abs.1 S.5 InsO), wenn...**
- Schuldner Eigenverwaltung beantragt;
- Schuldner Merkmale des § 22a Abs.1 InsO erfüllt (siehe unten);
- oder die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses beantragt wurde.

## II. § 22a InsO

- **Sog. Muss-Ausschuss, § 22a Abs.1 InsO**  
Voraussetzungen für das vorangegangene Geschäftsjahr (zwei von drei Merkmalen):
- mindestens € 6.000.000,- Bilanzsumme nach Abzug des Fehlbetrages gemäß § 268 Abs.3 HGB
- mindestens € 12.000.000,- Umsatzerlöse pro Jahr
- mindestens 50 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt

## II. § 22a InsO

- **Sog. Soll-Ausschuss, § 22a Abs.2 InsO**

Voraussetzungen:

- Antrag des Schuldners, des vorläufigen Insolvenzverwalters oder eines „Gläubigers“.
- Hier (anders als bei §§ 22a Abs.1 InsO): Benennung von Personen erforderlich, die als Mitglieder in Betracht kommen. Vorlage von Einverständnis- und Annahmeerklärungen *im Original oder in beglaubigter Kopie*.

- **Anforderungen an den vorläufigen Gläubiger-**  
**ausschuss, §§ 21 Abs.1 S.1 Nr.1a, 67 Abs.2, 69-73**  
**InsO**
- es gilt § 67 Abs.2 InsO, also regelmäßig mindestens zwei Personen (BGH ZIP 1994, 46), besser: 3-5 (AG Hamburg, Beschluss vom 24.4.2012, 67e IN 123/12; nicht vö).
- § 67 Abs.3 InsO, wonach auch Nichtgläubiger Mitglied sein können, gilt nicht (aA aber Smid ZInsO 2012, 757). Ausreichend ist, wenn Insolvenzgläubigereigenschaft erst mit Eröffnung entsteht, § 21 Abs.1 S.1 Nr.1a InsO (Beispiele gemäß Begr. Rechtsausschuss: Kredit- und Kautionsversicherer, PSVaG).

- **Problem:** Darüber, wie der vorläufige Gläubigerausschuss zu besetzen ist, entscheidet das Insolvenzgericht (so auch LG Kleve ZIP 2013, 992).
- **Aber:** Ermessensreduzierung bei einer am Leitbild des § 67 Abs.2 InsO orientierten Besetzung.
- teilweise: gerichtliche Umgehungstendenzen („das örtliche Finanzamt aus dem Hut gezaubert“).

- **§§ 21 Abs.1 S.1 Nr.1, 56a InsO**
- „Stellungnahme zu den Anforderungen, die an den vorläufigen Insolvenzverwalter zu stellen sind, und zur Person des vorläufigen Insolvenzverwalters“.
- **Problem:** Vorschlag enthält nur Person, kein Anforderungsprofil. Vorschlag zulässig (aA Frind NZI 2012, 650).
- **Problem:** Vorschlag enthält nur Anforderungsprofil. Dann: Bindung an das Anforderungsprofil, §§ 21 Abs.1 Nr.1, 56a Abs.2 S.2 InsO. Auch bei nicht sachdienlichem Profil? Wann ist ein Anforderungsprofil sachdienlich?

- **Rechte des vorläufigen Gläubigerausschusses:**
- Unterbreiten eines einstimmigen Vorschlages zur Person des vorläufigen Insolvenzverwalters, §§ 21 Abs.1 S.1 Nr.1, 56a Abs.2 InsO.
- **Problem:** Person muss „geeignet“ sein iSd § 56 Abs.1 InsO (siehe unten). Bei Abweichung vom Vorschlag: Begründungspflicht (vgl. § 27 Abs.2 InsO), aber kein Rechtsbehelf!

# III. § 22a Abs.3 InsO

- Ausnahmsweise kein vorläufiger Gläubigerausschuss gemäß **§ 22a Abs.3 InsO** (sog. „ESUG-Verhinderungsklausel“), wenn...
- ...der Geschäftsbetrieb eingestellt;
- ...die Einsetzung unverhältnismäßig ist im Hinblick auf die zu erwartende Masse (AG Ludwigshafen ZInsO 2012, 987: Ablehnung der Einsetzung wegen erwarteter Kosten von T € 12,7 bei einer Teilungsmasse von T€ 175 = 7 %)
- **...eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage durch die mit der Einsetzung verbundene Verzögerung droht.** Problem: Insolvenzgericht schafft aufgrund (zu?) strenger Anforderungen an diverse Formalien die Verzögerung quasi selbst.

# III. § 22a Abs.3 InsO

- **Verzögerung durch „Eignungsprüfung“ einer nicht gelisteten Person?**
- Überprüfung der **Geschäftskunde** im Regelfall unproblematisch, wenn Person vom erkennenden Insolvenzgericht als Insolvenzverwalter bestellt wird. Problem: Person ist gedelisted, wird aber von anderen Insolvenzgerichten bestellt.
- Überprüfung der **Unabhängigkeit** bei (behaupteter) „Gläubigernähe“ bzw. „Geschäftsbeziehungen zu Gläubigern“?

# IV. Vorläufiger Insolvenzverwalter / vorläufiger Sachwalter

- **Unabhängigkeit** (§§ 21 Abs.1 Nr.1, 56 Abs.1 InsO)
- vollumfängliche Prüfung durch Insolvenzgericht – „Fragebogen“ (gemeinsame Stellungnahme BAKinsO/VID; dazu polemisch, im Kern aber zutreffend Horstkotte ZInsO 2013, Heft 5)
- Unabhängigkeit disponibel (Schmidt/Hölzle ZIP 2012, 2238; dagegen Bork ZIP 2013, 145; Vallender/Zipperer ZIP 2013, 149; Wimmer ZIP 2013, 2038: „Gläubigeranarchie“; vermittelnd Hölzle ZIP 2013, 447)
- gegen eine „uferlose Auslegung“, insbesondere: keine Einbeziehung der Inhabilität Römermann ZInsO 2013, 218)
- Zum Umfang der Prüfung, insb. bei nicht gelisteter Person vgl. AG Hamburg ZIP 2011, 2372 – Sietas-Werft

# IV. Vorläufiger Insolvenzverwalter / vorläufiger Sachwalter

- **Sinn und Zweck der Prüfung der Unabhängigkeit**
- kein Selbstzweck
- Prüfung soll gewährleisten, dass prognostisch keine Gläubiger bevorzugt werden
- Mittel: erhöhte Anforderungen an das Gutachten eines „ESUG-Verwalters (AG Hamburg ZIP 2012, 339 - Sietas-Werft II); uU: Einsetzung eines Sondersachverständigen bzw. eines Sonderinsolvenzverwalters; ultima ratio: Bestellung einer anderen Person

# Kritikpunkt 2:

---

§§ 270a, 270b InsO

- **(vorläufige) Eigenverwaltung als gesetzlicher Regelfall?** Dafür spricht der Wortlaut des § 270a Abs.1 InsO: „Ist der Antrag des Schuldners nicht offensichtlich aussichtslos...“.
- **Praxis:** teilweise Skepsis bei den Insolvenzgerichten (bekannte Insolvenzverschleppung; ersichtliche Ungeeignetheit der Geschäftsleitung; mangelhafter Eröffnungsantrag). Vgl. etwa *AG Hamburg NZI 2014, 566*; *AG Hamburg NZI 2014, 269*; *AG Mannheim NZI 2014, 412*; *AG Köln ZInsO 2013, 353*; *AG Köln NZI 2013, 796*). Kein Rechtsbehelf gegen Ablehnung (LG Frankfurt ZIP 2014, 742).
- Instruktiv LG Halle ZInsO 2014, 2443: im Zweifel vorläufige Sachverwaltung; bei Übergang zur vorläufigen Insolvenzverwaltung Gesamtschau

# Best of both worlds?

- § 270a Abs.1 InsO lässt dies dem Wortlaut nach ohne weiteres zu. Grenze: allgemeiner Zustimmungsvorbehalt bzw. Übertragung der gesamten Verfügungsbefugnis.
- Dafür AG Düsseldorf ZInsO 2014, 2389:  
Zustimmungsvorbehalt hinsichtlich Zahlungen an SVT und FA; aA aber AG Hannover ZIP 2015, 1893.

- **Öffentliche Bekanntmachung?**
- Verpflichtung des Insolvenzgerichts (Frind ZIP 2012, 1591)
- pflichtgemäßes Ermessen des Insolvenzgerichts (AG Göttingen ZIP 2012, 2360)
- Keine Veröffentlichung (HambKomm-Schröder § 23 Rn.4; Horstkotte ZInsO 2012, 1161)

# Schutzschirmverfahren

**Ziel:** Erhöhung der Planbarkeit eines Insolvenzverfahrens bei lediglich drohender Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung für Schuldner.

Eingehend zum Ablauf aus Sicht des Insolvenzrichters Schmidt/Linker ZIP 2012, 963.

# Schutzschirmverfahren

- **Voraussetzungen (§ 270b Abs.1 S.1 InsO):**
- Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung bei drohender Zahlungsunfähigkeit und /oder Überschuldung
- Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos
- Vorlage einer Bescheinigung iSd § 270b Abs.1 S.3 InsO

# Aussteller / Bescheinigung

- Der Aussteller der Bescheinigung muss ein versierter Insolvenzfachmann sein. Im Idealfall ist er Insolvenzverwalter mit Erfahrung in Betriebsfortführungsverfahren.
- Auf den Umfang der Bescheinigung kommt es nicht an. Ein Standard ist nicht vorgeschrieben. Es reicht Plausibilität (Schmidt/Linker ZIP 2012, 963; Zipperer/Vallender NZI 2012, 729; ähnlich Smid ZInsO 2013, 209; aA LG Erfurt ZInsO 2012, 944: Prüfung im Rahmen des § 5 Abs.1 InsO durch Sachverständigen).

# „mitgebrachter“ vorl. Sachwalter

- Person hat personenverschieden (nicht: kanzleiverschieden) vom Aussteller der Bescheinigung zu sein, § 270b Abs.2 S.1 InsO.

# „mitgebrachter“ vorl. Sachwalter

- Ausschluss nur bei „offensichtlicher Ungeeignetheit“, § 270b Abs.2 S.2 InsO
- Annahme des Gesetzgebers, die Anforderungen an die Geeignetheit seien geringer als bei einem „normalen“ vorläufigen Insolvenzverwalter, schlägt fehl.
- **These:** Der vorläufige Sachwalter muss sogar höhere Anforderungen erfüllen als ein „herkömmlicher“ Insolvenzverwalter (Erfahrung in Betriebsfortführungsverfahren, nachgewiesene juristische und betriebswirtschaftliche Kompetenz; vgl. AG Hamburg ZIP 2012, - Sietas-Werft II). Zu den Anforderungen an einen vorläufigen Sachwalter, der zugleich Sachverständiger ist AG Hamburg ZIP 2014, 237.

# Kritikpunkt 3:

---

## Folgen in der Praxis

# Forum-Shopping

- Berater weichen in mittleren und größeren Verfahren zunehmend aus auf Insolvenzgerichte, die einen verlässlichen Ablauf gewährleisten
- Neigung der Insolvenzgerichte, Verfahren ab einer gewissen Größenordnung gerne an sich zu ziehen
- Vorgehen ist wegen § 3 Abs.2 InsO quasi nicht justiziabel

# Richter-Shopping

- Berater meiden zunehmend bestimmte Richter, die einen ESUG-kritischen Ruf haben.
- Faktisch nur möglich bei Insolvenzgerichten, deren Geschäftsverteilungsplan Buchstabenverteilung vorsieht
- Mittel: Umfirmierung
- Bewertung: legitime Gestaltungsmöglichkeit oder Umgehung des gesetzlichen Richters?

# „ESUG light“

- Seit Inkrafttreten des ESUG wird vermehrt der Versuch unternommen, konkrete Personen als vorläufige Insolvenz-/Sachwalter vorzuschlagen.
- Die Vorschläge erfolgen zumeist unter Hinweis darauf, dass man dann, wenn das Gericht dem Vorschlag folge, nicht zwingend einen vorläufigen Gläubigerausschuss benötige.
- Gerichtliche Handhabung des „ESUG light“ uneinheitlich. Tendenz für mehr Offenheit für Vorschläge ist aber erkennbar.

- Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!