



Rechtsanwalt Klaus Siemon

Unabhängigkeit des Verwalters zur Disposition?

von Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter Klaus Siemon, Anwaltskanzlei Siemon

Vor Einführung des ESUG leitete der Verwalter seine Unabhängigkeit aus der Bestellung durch den Insolvenzrichter ab, weil der Richter keinen Interessen verpflichtet ist. Der Insolvenzrichter ist durch gute Arbeit zu überzeugen, die sich an den Vorgaben des Gesetzes zu orientieren hat. Diese Zusammenhänge hat das ESUG durchbrochen, indem nunmehr bindende Vorschläge gerade in großen, lukrativen Verfahren über die Position des Verwalters entscheiden und zu beobachten ist, dass zunehmend auch eine faktische Bindung an Vorschläge entsteht. Das Vorschlagsrecht führte zum Fragebogen. Der Fragebogen dient dem Insolvenzrichter als Instrument zur Erforschung der Unabhängigkeit, insbesondere in den Fällen, in denen ein nicht gelisteter Verwalter dem Gericht bindend vorgeschlagen wird. Dieser Beitrag will die Entwicklung kritisch beleuchten und Anstöße für eine gesetzliche Neuregelung geben.

Notwendig ist es zu hinterfragen, wofür die Unabhängigkeit überhaupt gut ist und was damit erreicht werden soll. Könnte nicht vollständig auf sie verzichtet werden? Die Untersuchung muss bei dem Sinn und Zweck des Verfahrens beginnen, denn die Unabhängigkeit ist ja augenscheinlich ein wichtiges Merkmal, um die Verfahrenszwecke durchzusetzen. Die bestmögliche Gläubigerbefriedigung ist sozusagen der oberste Zweck, aber es gibt auch viele weitere Gesichtspunkte, die Bedeutung erlangen. Sanierung, Arbeitsplatzertret, Unternehmenserhalt, die Ordnungsfunktion des Insolvenzrechts sind einige Aspekte, wobei diese variantenreich mit unterschiedlichen Schwerpunkten verfolgt werden, je nachdem, ob das Verfahren in Eigenverwaltung oder als Regelverfahren geführt wird. In durch das ESUG geschaffenen Zeiten sog. strategischer Insolvenzen wird das Insolvenzverfahren mit dem Ziel geführt, die Gesellschaftsanteile neu zu ordnen oder das Unternehmen zu übernehmen. Das Insolvenzrecht ist damit Mittel zu dem Zweck, Eigentümern ihre Gesell-

schaftsanteile wegzunehmen. Es stellt sich die Überlegung ein, welche Rolle der Verwalter bei all diesen Zielen hat, in welcher Weise er dabei mitwirkt und Garant für den Erfolg ist.

Der Gesetzgeber wollte die Sanierungsfunktion des Insolvenzrechts stärken. Dies ist das zentrale Anliegen gewesen. Warum ist die Unabhängigkeit für die Verbesserung der Sanierungsfunktion relevant? Kann ein nicht unabhängiger Verwalter besser sanieren als ein unabhängiger? Ein Unternehmen kann nur saniert werden, wenn es fortgeführt wird. Zur Unternehmensführung ist es notwendig, dass unternehmerische Risiken eingegangen werden. Juristische Förmerei und das den Juristen eigene Denken in Risikobegrenzung sind dabei nicht unbedingt förderlich und Anlass für Kritik gewesen, weil Insolvenzrichter nahezu immer Juristen bestellt haben. Gefragt sind aber Unternehmer, die auch Jurist sein können, aber kaufmännisch, pragmatisch denken müssen. Auch könnte es nützlich sein, wenn diejenigen, die das Verfahren betreiben und der Verwalter sich kennen und vertrauen. Soll z.B. einem wichtigen Kunden ein Auftrag bestätigt werden, dann ist der Verwalter auf Angaben aus dem Unternehmen angewiesen. Ein zu großes Misstrauen, gerade zu Beginn eines Verfahrens, kann Chancen auf eine Sanierung zunichtemachen. Ist nun der abhängige Verwalter die Lösung für diese Situation? Nein! Aber es muss ein Unternehmer als Verwalter sein, der Jurist sein soll, aber deshalb bestellt wird, weil er bewiesen hat, dass er diese Situationen beherrscht. Hochspezialisierte Erfahrung bei Gericht und auf Verwalterseite ist unerlässlich. Sehr viele erfahrene Insolvenzrichter in Deutschland haben damit kein Problem.

Der Verwalter hat Aufgaben, die als verwaltende bezeichnet werden sollen. Er stimmt die Termine mit dem Gericht ab oder beantragt einen nachträglichen Prüfungstermin. Er hat die Tabelle zu führen und die Forderungsanmeldungen zu bearbeiten.



MASSE TANKEN

Forderungsdurchsetzung mittels Prozessfinanzierung
im Insolvenzverfahren

0221 8277 - 3000
www.roland-prozessfinanz.de



Anzeige

Im Regelfall dürfte es dafür gleichgültig sein, ob der Verwalter unabhängig ist oder sich aufgrund eines Vorschlags dem Vorschlagenden gegenüber zur Loyalität verpflichtet sieht. Die Forderungen werden routinemäßig geprüft und fertig. In Fällen strategischer Insolvenzen oder beim Distressed Debt Investing, die auf eine Übernahme der Gesellschaftsanteile zielen, kumuliert sich aber die Problemlage. Hier prüft dann eine Person als Gutachter die Insolvenzgründe und als Verwalter später die Forderungen, die auf Vorschlag desjenigen ins Amt gekommen ist, der das Verfahren betreibt. Das Gericht entscheidet auf dieser Basis über die Eröffnung. Die Forderungen geben Stimmrechte, die über Annahme und Ablehnung eines Plans mit Debt-Equity-Swap entscheiden können und zu einem Verlust von Gesellschaftsanteilen führen können. Es knirscht. Schon an anderer Stelle hatte der Verfasser vertreten, dass diese Rechtslage verfassungswidrig ist. Der Verwalter hat hier eine Streitentscheidungsfunktion, die in einem Rechtsstaat nun mal unabhängig auszuüben ist. Niemand würde an einem Zivilprozess teilnehmen, wenn sich eine Partei den Richter aussuchen könnte. Diese Streitentscheidungsfunktion hat der Verwalter auch im Bereich der Anfechtung. Er entscheidet klassischerweise, wer verklagt wird oder bei wem die Sach- und Beweislage nicht für eine Anfechtungsklage ausreicht. Die Streitentscheidungsfunktion legt es nahe, dass der Verwalter unantastbar unabhängig sein muss. Das Vorschlagsrecht hat in den Bereichen, in denen der Verwalter die Streitentscheidungsfunktion ausübt, eine zerstörerische Wirkung und zwar in das Vertrauen des gesamten

Insolvenzrechtssystems, weil der Eindruck entsteht, sich einen wohl gesonnenen Verwalter kaufen zu können, um Inanspruchnahmen zu entgehen.

Woraus leitet der Verwalter seine Unabhängigkeit ab, der aufgrund eines Vorschlags ins Amt gekommen ist? Aus der Beantwortung des Fragebogens? Sicher nicht! Das Vorschlagsrecht führt in einer marktwirtschaftlichen Ordnung zu einer Akquise um Vorschläge. Man sieht dann Marktbewegungen, etwa sich aufgrund geänderter Marktverhältnisse auch in der vorinsolvenzlichen Beratung zu betätigen. Welch eine Überlegung mag dahinter stecken? Ist es die Überlegung, in Zeiten des Vorschlagsrechts dürfte es nicht von Nachteil sein, auch einmal selbst Vorschläge machen zu können? Oder ist es die Annahme, im Rahmen der Beratung den Erstkontakt zu haben und dadurch den Vorschlag in eigenem Sinne lenken zu können? Wie auch immer. Die Akquise um Vorschläge trägt den Keim der Abhängigkeit in sich. Der Fragebogen kann das nicht ändern. Aber noch viel bedeutsamer ist die Frage, wie in solch einem System sichergestellt wird, dass die geeignete Person ins Amt kommt. Welche Auswahlkriterien wenden die Vorschlagenden an? Gehen diese Kriterien mit den Verfahrenszwecken konform? Wie wird das geprüft? Kann der Fragebogen das leisten? Nach Meinung des Verfassers beantworten sich alle diese Fragen von selbst, nämlich dahingehend, dass das Vorschlagsrecht so nicht funktioniert. Das Vorschlagsrecht wird zum Instrument der Individualinteressendurchsetzung, woran auch die Prüfungsmöglichkeiten des Insolvenzgerichts im Ergebnis nichts ändern können und werden.



Foto: Weyerach / Fotobla

Welche Rolle spielt in diesem Kontext der Fragebogen? Das Gericht kann aufgrund eines Vorschlags vor der Situation stehen, einen Verwalter bestellen zu müssen, dem es nicht vertraut oder den es nicht kennt. Dies kann problematisch sein, weil das Gericht eine Kontrollpflicht hat und die Entscheidung verantworten muss. Das Gericht muss die »Schicksalsfrage des Verfahrens« verantworten, ohne die Entscheidung bei einem bindenden Vorschlag selbst getroffen zu haben. Die gesetzliche Regelung ist für den Richter fast unzumutbar – hier ist der Fragebogen so wertvoll wie nie. Dennoch löst der Fragebogen nicht die Probleme der Verwalterbestellung. Richtig wäre es, dem Richter solche Entscheidungen gar nicht zuzumuten und das Vorschlagsrecht abzuschaffen. Ist es eventuell sogar möglich, dass der Fragebogen neue Hürden schafft? Wie steht es mit mehrmaliger Zusammenarbeit? Wann ist diese zulässig und gut, wann schlecht? Die Fragen 5 und 7 stehen dadurch im Fokus, und es stellt sich auch die Frage, wer den Inhalt und über die Weiterentwicklung des Fragebogens bestimmen sollte, nachdem er in der Welt ist. Sollte es sein, dass einerseits ein einziger Verwalterverband daran mitwirkt, der sich andererseits nicht gegen das Vorschlagsrecht ausspricht? Die Fragen 5 und 7 erhitzen die Gemüter. Wie oft darf man in einer Szene zusammen arbeiten, die klein ist? Ältere Kollegen werden quasi per System benachteiligt, weil je älter, desto öfter hat man zusammengearbeitet. Für junge Kollegen stellt sich eher die Frage, wie man überhaupt an Vorschläge kommt. Die Frage, wann eine Zusammenarbeit schädlich wird, brennt auf den Nägeln – und wie es mit der Vorbefasstheit ist. Der Fragebogen gibt darauf keine Antworten. Die Verwalterbestellung bedarf einer Abwägung, perfekt wird sie nie gelingen. Immer wird es jemanden geben, der es anders und natürlich besser gemacht hätte. Für einen Richter ist das eine typische Entscheidungssituation, wobei der Richter aber letztendlich aus dem Spiel genommen ist. Die dadurch eingetretene, enorme Veränderung wird noch nicht richtig wahrgenommen. Der Fragebogen führt an dieser Stelle zu dem trügerischen Gefühl, die Dinge doch zum Guten gewendet zu haben.

Ist ein Tandem mit Sanierungserfolg schädlich? Wie steht es mit einem Ping-Pong-Team? Es kommt drauf an. Ein Tandem kann bei der Sanierungsfunktion nützlich sein. Das Problem ist nicht, dass zwei Experten wiederholt zusammen arbeiten. Problematisch ist, dass sie dies über den Kopf eines Gerichts hin-

weg tun können. Früher gab es auch Tandems. Die Richter beobachteten dies und haben das Tandem mal bestätigt und mal nicht. Dies hatte diszipliniert. Heute fällt die Disziplinierungsfunktion weg, weil notfalls der bindende Vorschlag die richterliche Entscheidung ersetzt. Bei einem Tandem entsteht heute der äußere Schein von Absprachen, denn Außenstehende können nicht beurteilen, ob die Bestellung mit oder ohne Vorschlag oder mit oder ohne Fragebogen erfolgte. Das System erleidet einen Vertrauensverlust. Die Situation hat sich gegenüber der früheren Rechtslage deutlich verschlechtert. Das Ping-Pong-Team sieht noch kritischer aus, weil der Schein entsteht, dass man sich dazu verabredet hat, sich im Ping-Pong-Modus wechselseitig vorzuschlagen. Wie anders soll man auch Bemühungen verstehen, jetzt auch vorinsolvenzlich tätig sein zu wollen oder umgekehrt? Zutreffend versucht der Fragebogen, dies zu ermitteln. Es bleibt die Frage, wann eine Vorbefasstheit und mit welchem Grad schädlich ist und eine Zusammenarbeit »zu oft« erfolgt, also das Handling der Fragen 5 und 7. Das lässt sich theoretisch nur sehr schwer beantworten. Notwendig wäre eine Rechtsprechung in Einzelfällen, um die Rechtslage zu entwickeln. Als Verwalter, insbesondere als junger, muss man wissen, was zulässig ist und was nicht. Es reicht nicht, in die BGH-Rechtsprechung zu schauen, weil sich diese mit Abgrenzungsfragen seit dem ESUG nicht befasst.

Die Praxis wird einige Probleme lösen, aber es stellt sich doch die Frage, ob das geltende Recht zukunftsfähig ist? Die Antwort ist nein! Nach Meinung des Verfassers muss das Gericht die abschließende Entscheidungskompetenz zurückerhalten. Anhörungsrechte der Betroffenen sind notwendig und mit modernen Kommunikationsmitteln handhabbar, wobei das Verfahrensrecht Ziel entsprechend darauf abgestellt sein muss. Unerlässlich ist es, dass der Gesetzgeber die Richtlinien der Verwalterbestellung regelt. Eine gewisse Rotation würde Abhängigkeiten entgegenwirken. Eine Anhebung der Anforderungen bei gleichzeitiger Sicherstellung, dass junge Neubewerber immer eine Chance haben müssen, würde Qualität gewährleisten. Ein geschlossenes System, welches im System des Vorschlagsrechts zu entstehen droht, ist keinesfalls richtig. Die Durchsetzung der vom Gesetzgeber zu regelnden Richtlinien der Verwalterbestellung wäre bei den vielen hoch qualifizierten Richtern in Deutschland in ausgezeichneten Händen. «