

soweit institutionelle Gläubiger betroffen sind, auch aktuell täglich pflegen. Abgesehen davon, dass der gesetzliche Wortlaut des § 13 Abs. 1 Satz 3 die E-Mail-Adressangabe für eine „Gläubigerliste“ nicht vorsieht, wird der Insolvenzrichter auch kaum Zeit haben, ggf. Dutzende von „Stellungnahmen“ zu lesen und auszuwerten und das in einer Betriebsfortführungseilsituation, die *Siemon* großzügig mit 24 Std. bis zum Sicherungsbeschluss bemisst. Innerhalb von 24 Std. sind in der Praxis aber bereits zuweilen dolose Masseabflüsse oder Wegnahmen von Sicherungsgut erfolgt.

Einbezogen in diese Art „Vergabeausschreibung“ sollen nach *Siemon* auch die potenziellen Konkurrenten des Vorgeschlagenen werden, was einerseits dessen Datenschutz tangiert und andererseits sicher zu hochinteressanten Stellungnahmen führen wird (die laut *Siemon* in der Gerichtsakte abgeheftet werden sollen!). Wer solche Vorschläge macht, verkennt den auf einem Insolvenzrichter lastenden hohen Erledigungsdruck (und bei vielen Kollegen die „Zerrissenheit“ bei verschiedenen Pensen in verschiedenen Rechtsgebieten). Im richterlichen Alltagsgeschäft ist weder die Zeit zu ausführlicher E-Mail-Korrespondenz mit „den Verfahrensbeteiligten“ noch zur Eruiierung der E-Mail-Adressen von Haupt- oder Nebengläubigern und deren interner Hierarchie.²⁵ Im Eröffnungsverfahren gibt es zudem außer Schuldner und ggf. Fremdantragsteller (Gläubiger) dogma-

tisch keine „Verfahrensbeteiligten“. Neben der technischen Umsetzung stellen sich aber auch Probleme des rechtlichen Gehörs: Sofern der/die Insolvenzrichter(in) die Stellungnahme(n) der weiteren Verfahrensbeteiligten und der Konkurrenten bei der Entscheidung verwertet, muss der Vorgeschlagene dazu rechtliches Gehör vor der Entscheidung erhalten. Damit dauert das „Zwischenverfahren“ dann doch länger als die von *Siemon* veranschlagten 24 Std. ...

VI. Fazit

Der gemeinsame Fragebogen von BAKInso e.V. und VID e.V. kann die Probleme der Verwalterbestellung nicht lösen (dazu ist er auch nicht gedacht, denn sie sind dem Verfahren zwischen Eilnotwendigkeit und multipolaren Interessen immanent und schlicht nicht zufriedenstellend lösbar), er kann nur zu einer transparenteren Kontrolle von Bestimmungsvorschlägen und zu einer „Verschweigenshürde“ von Inhabilitäten beitragen. Das ist in Zeiten des „ESUG“ und seiner Versuchungen für „die Verfahrensbeteiligten“ nicht wenig, sondern war nie so wertvoll wie heute.

25 Der Verfasser hat kürzlich versucht, den verantwortlichen Ansprechpartner für ein größeres Verfahren bei einer bundesdeutschen Großbank herauszufinden (gemeint ist nicht: zu erreichen, soweit kam es nicht). Er ist nach fünf Anrufen, drei vergeblichen Rückrufbitten und dem Kontakt mit mehreren – unwilligen – Sekretärinnen schließlich nach 3 Std. gescheitert.

Plädoyer zur Gründung einer überparteilichen und verbandsunabhängigen Expertenkommission zur Fortentwicklung des deutschen Insolvenz- und Konzerninsolvenzrechts

von Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter/Fachanwalt für Insolvenzrecht Klaus Siemon, Düsseldorf/Köln/Berlin/Erfurt/Essen

Die Fortentwicklung des deutschen und europäischen Insolvenzrechts bedarf einer pluralistischen Plattform, die hier vorgeschlagen wird. Die Baustellen sind zu vielfältig und die Herausforderungen zu groß und zu komplex, als dass auf eine umfassende, öffentliche Analyse verzichtet werden könnte und die Einbringung der notwendigen Sachkunde in die Gesetzgebung allein Verbandsinteressen überlassen werden sollte. Der Beitrag ist keine Antwort auf den Beitrag des geschäftsführenden Vorstands des BAKInso e.V. zum Fragebogen zur Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters. Allerdings hat er den Impuls dazu ausgelöst, die Strukturen zu überdenken.

I. Einleitung

Unter *Kritik* versteht man die Beurteilung eines Gegenstands oder einer Handlung anhand von Maßstäben. Wie die Philosophin *Anne-Barb Hertkorn* ausgeführt hat, ist Kritik damit „eine Grundfunktion der denkenden Vernunft und wird, sofern sie auf das eigene Denken angewandt wird, ein Wesensmerkmal der auf Gültigkeit Anspruch erhebenden Urteilsbildung“.¹ Als Kommunikation über Probleme bildet Kritik eine unverzichtbare Voraussetzung dafür, dass Probleme behoben werden können. Da niemand seine Handlungen gern infrage gestellt sieht, wird sie vom Empfänger meist als unangenehm empfunden. Umgekehrt erteilen Menschen auch ungern Kritik, weil sie wissen, dass diese kaum willkommen ist.² In diesem Sinne ist es aber von zentraler Bedeutung, Argumente äußern zu können, um not-

wendige Veränderungen anzustoßen. Gleichsam ist diesem Vorgang dabei das Risiko immanent, Argumente zu äußern, die nicht aus den Augen eines jeden Betrachters richtig und zutreffend sind oder sich sogar im Nachhinein als falsch erweisen.

1 *Anne-Barb Hertkorn*, Kritik und System. Vergleichende Untersuchungen zu Programm und Durchführung von Kants Konzeption der Philosophie als Wissenschaft, 2009.

2 Wikipedia: Kritik – umgangssprachliche Bedeutung von Kritik – im Internet abrufbar: Die erlernte Fähigkeit, Kritik nicht als Angriff gegen die eigene Person, sondern als nützlichen Hinweis für Handlungsverbesserungen aufzunehmen, und die erlernte Fähigkeit, Kritik so zu üben und zu formulieren, dass sie anstatt zu kränken im Gegenteil motiviert, wird als Kritikkompetenz bezeichnet.

Der Verfasser veröffentlichte einen Beitrag zur (Neu-)Einordnung des Fragebogens zur Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters,³ dessen Ziel es war, einen Beitrag zur Weiterentwicklung der Verwalterbestellung zu leisten. Im Kern verwies der Verfasser darauf, dass der Fragebogen die Probleme bei der Verwalterbestellung nicht lösen kann⁴ und es wurden verfahrensrechtliche Vorschläge zur Verbesserung der geltenden Rechtslage unterbreitet. Insbesondere wurde gefordert, dass die Verwalterbestellung in die alleinige Entscheidungsgewalt des Insolvenzgerichts gehört,⁵ wobei die rechtliche oder faktische Bindung an Vorschläge abgelehnt wurde. Die Reaktion darauf ist eine Erwiderung mit heftiger Kritik des geschäftsführenden Vorstands von BAKInso e.V.,⁶ der gemeinsam mit dem Verband der Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. – VID – diesen Fragebogen an alle Insolvenzgerichte in Deutschland mit begleitenden Anwendungsempfehlungen versandt hatte. Mit diesem Beitrag soll der Erwiderung des BAKInso e.V. keine Replik entgegengesetzt werden. Es erscheint vielmehr ausreichend, dass der Leser sich selbst ein Bild macht und den jeweiligen Vortrag bewertet. Der dargestellte Vorgang soll aber zum Anlass genommen werden, zu untersuchen, ob die vorhandenen Strukturen in Deutschland ausreichen, um das deutsche Insolvenzrecht hin zu einem sanierungsfreundlichen Recht zu entwickeln. Denn die Kommunikation über die im deutschen Insolvenzrecht bestehenden Probleme findet in einer Weise statt, die eine sachgerechte und unabhängige Problemlösung nicht hinreichend sicher erwarten lässt.

Der Dialog zwischen Praxis und Rechtspolitik ist die zentrale Forderung des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz *Heiko Maas* auf dem 11. Deutschen Insolvenzrechtstag in Berlin gewesen.⁷ Zutreffend kommt darin zum Ausdruck, dass in einem so hoch spezialisierten Rechtsgebiet, wie es das Insolvenzrecht darstellt, eine sachgerechte Gesetzgebung nur gelingen kann, wenn die Praxis ihre Erfahrungen und Sachkunde in den Entstehungsprozess einer neuen Gesetzgebung und in den Umsetzungsprozess einbringt. Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) den Willen der politischen Instanzen zum Ausdruck gebracht, das Insolvenzrecht hin zu einem sanierungsfreundlichen Recht fortzuentwickeln. Gewissermaßen geschah dies vor dem Hintergrund der in 2008 aufgetretenen Finanz- und Wirtschaftskrise⁸ als durch diese Notsituation angestoßen. Gleichwohl ist der Auftrag in diesem Sinne zu handeln, dadurch nicht weniger deutlich vom Gesetzgebungsorgan der Bundesrepublik Deutschland erteilt worden. In der Pflicht steht dabei natürlich insbesondere die Praxis, die die Sachkunde zur Fortentwicklung des Rechts hat.

Aufgrund der sehr unterschiedlichen Interessenssituationen, die in der Praxis vorherrschen, ist es aber nicht einfach, die notwendige, kontroverse Diskussion zu führen und innerhalb angemessener Zeit zu einem sachgerechten Ergebnis zu kommen. Deshalb wird die Forderung zur Gründung einer Kommission erhoben, die jenseits der Partikularinteressen die Aufgabe hat, dem Gesetzgeber eine Grundlage

zur Aus-, Neu- und Weitergestaltung des Insolvenzrechts zu erarbeiten.

II. Aufgabe

Die Schaffung eines sanierungsfreundlichen Insolvenzrechts ist eine nationale deutsche, europäische Aufgabe. Notwendig ist ein Insolvenzrecht, dessen Lösungen über die Wahrung von Partikularinteressen hinausgehen und die im Dienste der Rechts- und Wirtschaftsordnung Deutschlands und Europas stehen.

Das Insolvenzrecht ist ein (sehr) wichtiger Bestandteil des Wirtschaftsrechts⁹ und es wird zutreffend darauf verwiesen, dass sich das Insolvenzrecht eines Staats in das Gesamtgefüge einer Rechts- und Wirtschaftsordnung einfügen soll.¹⁰ Dabei hat sich die Soziale Marktwirtschaft als Bezeichnung für die Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik Deutschland durchgesetzt¹¹ und sie wurde im Staatsvertrag von 1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR als gemeinsame Wirtschaftsordnung vereinbart.¹² Die EU strebt laut Lissaboner Vertrag eine „wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“ mit Vollbeschäftigung und sozialem Fortschritt an.¹³ Dies bedeutet, dass die Regelungen des Insolvenzrechts, aber auch des Konzerninsolvenzrechts solchen Strukturelementen folgen müssen, die in das Gesamtgefüge der Sozialen Marktwirtschaft passen.¹⁴ Die Sanierung und ein fairer Interessenausgleich sind vor diesem Hintergrund zentrale Strukturelemente.¹⁵

3 *Siemon*, ZInsO 2014, 938.

4 *Siemon*, ZInsO 2014, 938, 940.

5 *Siemon*, ZInsO 2014, 938, 939.

6 ZInsO 2014, 1315 (in diesem Heft).

7 Rede des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz *Heiko Maas* auf dem 11. Deutschen Insolvenzrechtstag in Berlin, abgdr. ZInsO 2014, 819.

8 Umfassend zur Finanz- und Wirtschaftskrise ab 2007 Wikipedia – im Internet abrufbar.

9 *Heiko Maas*, Rede des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz auf dem 11. Deutschen Insolvenzrechtstag in Berlin, ZInsO 2014, 819.

10 *Westbrook/Booth/Paulus/Rajak*, A Global View of Business Insolvency Systems, 2010, S. 2; ähnlich *Warren/Westbrook*, The Law of Debtors and Creditors, 2009, S. 881, mit ausführlicher Darstellung der Debatte in den USA über die Funktionen des Insolvenzrechts für Unternehmen, S. 882 ff.

11 Wikipedia, Soziale Marktwirtschaft – im Internet abrufbar.

12 Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR (Staatsvertrag) v. 18.5.1990, Kap. 1, Art. 1 Abs. 3; *O. Schlecht*, Grundlagen und Perspektiven der sozialen Marktwirtschaft, 1990, S. 182 ff.

13 „Grundlegendes Ziel der Union ist es künftig, den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern. Diese allgemeinen Ziele werden ergänzt durch eine Reihe besonderer Ziele: [...] die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität“ EU-Verfassungsvertrag, Art. I-3.

14 Ausführlich *Siemon*, NZI 2014, 55; vgl. BFH, Beschl. v. 19.3.2014 – V B 14/14, ZInsO 2014, 955 Rn. 25.

15 Zur Herleitung des fairen Interessenausgleichs als zentralem Strukturelement *Siemon*, ZInsO 2013, 1549, 1561.

III. Baustellen

Die schwerste Finanz- und Wirtschaftskrise seit Bestehen der Bundesrepublik im Jahr 2008 hatte die Bundesregierung in einer Notsituation veranlasst, das Insolvenzrecht in den Fokus der Betrachtungen zu nehmen.¹⁶ Deshalb wurde im Koalitionsvertrag 2009 vereinbart, die rechtlichen Rahmenbedingungen für außergerichtliche Sanierungsverfahren für Unternehmen im Vorfeld einer drohenden Insolvenz zu verbessern und das Insolvenzplanverfahren zu stärken. Rechtsstaatliche Standards sollten gewahrt bleiben.¹⁷ Das Ergebnis war das ESUG, wobei sich die dort geregelte Stärkung der Eigenverwaltung und des Debt-Equity-Swap das US-Eigenverwaltungsverfahren des Chapter 11 zum Vorbild nahm.¹⁸ Fast zeitgleich zur Einführung des ESUG am 1.3.2012 wurde in den USA die ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11 zum 1.4.2012 einberufen.¹⁹

Vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte ist es nahezu zwangsläufig, dass Baustellen zurückgeblieben sind, die der Aus-, Neu- und Weitergestaltung bedürfen. Das Verdienst der politischen Instanzen ist es aber ohne Zweifel, die Zeichen der Zeit richtig erkannt zu haben und den Umgestaltungsprozess mutig begonnen zu haben. Die Einberufung der ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11 zum 1.4.2012 und die dafür in den USA gegebenen Begründungen, aber auch die dort behandelten Untersuchungsgegenstände (topics) zeigen auf, dass nicht nur die Krisensituation 2008 die Weiterentwicklung des Insolvenzrechts nahelegt, sondern die Entwicklung der Finanz- und Kapitalmärkte²⁰ und die Veränderung der Geschäftsmodelle sowie weitere Aspekte eine Fortentwicklung erfordern.²¹ Vor diesem Hintergrund wird in den USA der Zweck²² der ABI Commission dahin gehend beschrieben, dass aufgrund der Zunahme gesicherter Kredite, des Wachstums des Distressed-Anleihemarktes und anderer externer Faktoren, wie z.B. der Veränderung der Geschäftsmodelle,²³ die die Effektivität des Insolvenzrechts beeinträchtigt haben, es die Aufgabe der Commission ist, eine Reform des Bankruptcy Code zu prüfen und Reformvorschläge den Gesetzgebungsorganen der USA zu unterbreiten, die effektive Regelungen zur Reorganisation von Unternehmen und zum Werterhalt für Kreditoren und Stakeholder vorsehen, wobei begleitend die Erhaltung und Schaffung von Arbeitsplätzen das Ziel ist.

Für die Zwecke der Begründung der hier erhobenen Forderung sollen die Baustellen nachfolgend zusammenfassend skizziert werden, wobei eine Vollständigkeit und wissenschaftlich umfassende Aufarbeitung nicht das Ziel dieses Beitrags ist. Die Baustellen werden unter Berücksichtigung der Erkenntnisse aus den USA²⁴ und der mit dem ESUG gewonnenen Erfahrungen skizziert:

1. Fragen der Führung und der Kontrolle des Verfahrens

Die Fragen der Führung und der Kontrolle des Verfahrens sind die zentralen Fragen. Insolvenzverwaltung oder Eigenverwaltung stehen nicht nur in den USA auf der Agenda.²⁵ Wann macht eine Eigenverwaltung Sinn und reicht es als Abgren-

zungskriterium wirklich aus, zu prüfen, ob die Steuerklärungen abgegeben und weitere öffentlichen Pflichten erfüllt wurden?²⁶ Die Insolvenzgründe und die Insolvenzantragspflicht sind nicht ohne Weiteres mit einem System der Eigenverwaltung kompatibel, wie Fälle herbeigeführter Insolvenzen gezeigt haben, die unter der Bezeichnung strategische Insolvenzen diskutiert werden.²⁷

2. Bewertungsfragen

In einem System von Eigenverwaltung mit Debt-Equity-Swap erlangen Bewertungsfragen eine zentrale Bedeutung, welche in der insolvenzrechtlichen Diskussion in Deutschland noch nicht ausreichend wahrgenommen worden sind. Fälle herbeigeführter Insolvenzen bringen Strukturängel ans Licht, die dringend der Diskussion bedürfen. Die Diskussion in den USA dazu wird sehr intensiv geführt, z.B. im öffentlichen Hearing der ABI Commission v. 21.2.2013.²⁸ Aber es gibt im deutschen Recht Besonderheiten, nämlich die Insolvenzgrün-

16 Koalitionsvertrag 2009, Präambel und S. 18.

17 Koalitionsvertrag 2009, S. 18.

18 Deutscher BT-Drucks. 17/5712, S. 17. Wahlperiode, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen – im Internet abrufbar.

19 ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11 – im Internet abrufbar.

20 Zu den enormen Kräften, die an den Kapital- und Finanzmärkten agieren und den sich daraus ergebenden Regelungsnotwendigkeiten und Wirkungsmechanismen äußerst instruktiv *Admati/Hellwig*, Des Bankers neue Kleider, 2013, S. 299 ff., 1 ff.

21 ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11 – im Internet abrufbar.

22 ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11 – Purpose: „In light of the expansion of the use of secured credit, the growth of distressed-debt markets and other externalities that have affected the effectiveness of the current Bankruptcy Code, the Commission will study and propose reforms to Chapter 11 and related statutory provisions that will better balance the goals of effectuating the effective reorganization of business debtors – with the attendant preservation and expansion of jobs – and the maximization and realization of asset values for all creditors and stakeholders“ – im Internet abrufbar.

23 ABI Commission – Purpose – *Keach/Togut*, Commission to Study the Reform of Chapter 11 – im Internet abrufbar.

24 Einen zusammenfassenden Überblick über die bisher geführten Diskussionen und abgehaltenen Hearings stellt Prof. *Michelle Harner*, Berichterstatterin der ABI Commission und Co-Director, Business Law Program, University of Maryland, Francis King Carey School of Law, dar, Harner Testimony – House Committee on Judiciary Hearing v. 26.3.2014, unter Appendix C, Summary of Field Hearings and Topics of Discussion mit begleitendem Video, welches die Ausführungen *Harners* darstellt.

25 Die Zusammenfassung des Diskussionsstands in den USA zu diesem Aspekt bei *Siemon*, ZInsO 2013, 1861, 1866.

26 Thesenpapier des Gravenbrucher Kreises, Stand Juni 2014, ZInsO 2014, 1267; Pressemitteilung des VID v. 31.10.2013: Zugang zur Eigenverwaltung beschränken.

27 Instruktion *Möhlenkamp*, BB 2013, 2828 f.; *Madaus*, ZIP 2014, 500; *Brinkmann*, ZIP 2014, 197; *Thole*, ZIP 2013, 1937; *Brünkmans/Uebele*, ZInsO 2014, 265 f.

28 Hierzu etwa die Stellungnahme ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11, Field Hearing on Thursday, February 21, 2013, Written Submission of *Peter S. Kaufman*, President and Head of Restructuring and Distressed M&A Gordian Group, LLC; A Proposal to Help the Bankruptcy Court in Resolving Valuation Problems, Testimony on Valuation by Hon. *James M. Peck*, ABI Field Hearing, February 21, 2013; Testimony before the ABI Chapter 11 Reform Commission, *David C. Smith*, Associate Professor of Commerce, University of Virginia; Testimony before the ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11, Role of Valuations, February 21, 2013, *Sandra E. Horwitz*, Managing Director, CSC Trust Company of Delaware.

de, welche zur Eröffnung vorliegen müssen. Dadurch stellen sich bereits im Antragsverfahren Bewertungsfragen von elementarer Bedeutung.

3. Verwalterbestellung

Die Verwalterbestellung gehört in die Hände hoch qualifizierter Insolvenzrichter.²⁹ Die rechtliche oder faktische Bindung an Vorschläge macht den Verwalter abhängig.³⁰ Die Beteiligten im Verfahren haben ein Recht zur Anhörung vor Bestellung³¹ und es ist die Aufgabe des Gesetzgebers, die Richtlinien der Verwalterbestellung dezidiert zu regeln.³² In vielen Gesprächen mit Insolvenzverwalterkollegen und Insolvenzrichtern wird das Vorschlagsrecht sehr kritisch gesehen. Es fällt auf, dass die größten und angesehensten Verbände der Insolvenzverwalter die Forderung nach Abschaffung des Vorschlagsrechts nicht unterstützen. In einem Thesenpapier des Gravenbrucher Kreises zu Änderungsnotwendigkeiten beim ESUG v. Juni 2014 wird zum Vorschlagsrecht nicht ausgeführt.³³ Auch der Verband der Insolvenzverwalter Deutschlands – VID – erhebt eine solche Forderung nach Abschaffung des Vorschlagsrechts nicht.³⁴ Die Verwalterbestellung ist eng mit der Unabhängigkeit verknüpft. Die Verwalterbestellung und die Unabhängigkeit auszugestalten, macht einen Dialog mit den Gläubigern und allen Berufsgruppen notwendig. In diesem Sinne fällt einem Richter- und Rechtspflegerverband die Aufgabe zu, ein neutraler, von anderen Verbandsinteressen freier Moderator des notwendigen Dialogs zwischen allen Berufsgruppen zu sein. Gerade auch die Führung eines so wichtigen Verbands, wie es BAKinso e.V. ist, wünschen sich viele in einer Rolle als neutraler Moderator des Dialogs hin zu einem sanierungsfreundlichen Insolvenzrecht in Deutschland.

Sehr instruktiv sind die Diskussionen in den USA im Rahmen der ABI Commission zur Bestellung eines Trustees,³⁵ welche am 1.11.2013 anlässlich eines öffentlichen Hearings durchgeführt wurden. *McDow* verweist darauf, dass im US-Recht das Insolvenzgericht bestimmt, ob ein Trustee (Insolvenzverwalter) bestimmt wird und die Auswahl, wer dieses Amt im Verfahren übernimmt, durch den United State Trustee, eine der GStA zugeordnete Behörde, erfolgt.³⁶ *McDow* arbeitet sehr dezidiert die Probleme heraus, die sich ergeben, wenn das Kontrollorgan im Insolvenzverfahren (in den USA ist dies das Insolvenzgericht) einerseits verfahrenlenkende Aufgaben und andererseits Aufgaben hat, die zur Streitentscheidung über beteiligte Interessen führen.³⁷ Erörtert wird auch, wie die Verfahrensbeteiligten vor der Bestellung eines Trustee angehört werden und welche Überlegungen dabei maßgeblich sind, wobei die Unabhängigkeit auch in den USA ein wichtiger Aspekt ist und die faire Ausbalancierung der verschiedenen Interessen durch den Trustee als ganz wesentlich angesehen wird. Ein perfektes System ist aber auch in den USA noch nicht erfunden worden, worauf *McDow* verweist. Ein bindendes Vorschlagsrecht erscheint in den USA aber undenkbar.

4. Fragebogen zur Unabhängigkeit

Der Fragebogen ist ein Hilfsmittel, aber keine Lösung der Probleme bei der Verwalterbestellung.³⁸

5. Restrukturierungsgeschäftsführer

Der Restrukturierungsgeschäftsführer bedarf einer gesetzlichen Regelung und zwar zum Pflichtenkreis und zur Honorierung. Genau zu diesen Fragen wird in den USA die Diskussion geführt. *Snyder* arbeitet im Rahmen des öffentlichen Hearings v. 1.11.2013 diese Gesichtspunkte heraus.³⁹ In Bezug auf das ESUG ist festzustellen, dass sich die Funktion des Restrukturierungsgeschäftsführers für die Sanierung als förderlich erwiesen hat. In Bezug auf die Honorierung sollen die Extreme aufgezeigt werden, zwischen denen die Sachlage schwankt. Einerseits ist die Anwendung der Anfechtungsrechtsprechung sehr restriktiv. *Thole/Schmidberger* arbeiten die (unbefriedigende) Rechtslage heraus, die eine hohe Fülle von Fallstricken aufweist.⁴⁰ Gute Arbeit in diesem Bereich muss anfechtungssicher bezahlt werden können, auch unter dem Blickwinkel des Art. 12 GG. Andererseits ist es kein befriedigender Zustand, dass heute die Vergütungsvereinbarung zwischen Unternehmen und Restrukturierungsgeschäftsführer mit Verfügungsmacht nach außen nicht unterbunden werden kann. Der Sachwalter hat nur Innenkompetenz.

6. Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren

Prüfungswert ist, ob insbesondere für den Sanierungsfall Leveraged Buyout ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren notwendig ist, um den Eintritt von Insolvenzgründen zu vermeiden.⁴¹

7. Schutz des operativen Geschäfts

Die rechtlichen Regeln sind so zu gestalten, dass das operative Geschäft geschützt wird, denn dieses ist der Wertkern eines Unternehmens.⁴² Sanieren heißt das operative Geschäft schützen.

29 Ausführlich *Siemon*, ZInsO 2013, 1861, 1869.

30 *Siemon*, ZInsO 2011, 381 f. mit Beispielsfall aus der Praxis, S. 386: Nach Meinung des Verfassers bestehen auch erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken; ZInsO 2014, 938, 939.

31 *Siemon*, ZInsO 2014, 938.

32 *Siemon*, ZInsO 2013, 1861, 1869.

33 Thesenpapier des Gravenbrucher Kreises, Stand Juni 2014, ZInsO 2014, 1267.

34 Z.B. Pressemitteilung des VID v. 31.10.2013: Zugang zur Eigenverwaltung beschränken.

35 Statement to ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11, Re-Corporate Governance in Chapter 11 by Clarkson McDow, former U.S. Trustee for Region Four, November 1, 2013 – im Internet abrufbar.

36 Zur Rechtslage *Warren*, Chapter 11. Reorganizing American Businesses, 2008, S. 58.

37 Statement to ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11, Re-Corporate Governance in Chapter 11 by Clarkson McDow, former U.S. Trustee for Region Four, November 1, 2013, S. 2 – im Internet abrufbar.

38 *Siemon*, ZInsO 2014, 938.

39 Testimony before the American Bankruptcy Institute Commission to Study the Reform of Chapter 11, William K. Snyder, Deloitte Financial Advisory Services LLP, Field Hearing November 1, 2013.

40 *Thole/Schmidberger*, BB 2014, 3 f.

41 Zum Sanierungsfall LBO *Siemon*, ZInsO 2013, 1549; zur Funktion eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens *Siemon*, ZInsO 2014, 625, 635.

42 Ausführlich *Siemon*, ZInsO 2014, 625 ff.

8. Konzerninsolvenzrecht

Das Konzerninsolvenzrecht und das ESUG müssen als Einheit begriffen werden.⁴³ In den USA werden diese Materien zusammen verhandelt. Auch im Konzerninsolvenzrecht ist der Schutz des operativen Geschäfts insbesondere von abhängigen Tochtergesellschaften ein Kernelement.⁴⁴

IV. Die Verbände und das Vorbild

Die Erarbeitung der gesetzlichen Grundlagen zur Reform der InsO machen einen enormen Sachverstand erforderlich, den einzubringen, eine nicht einfache Aufgabe ist. Bisher geschah dies dadurch, dass die verschiedenen Verbände und Interessengruppen zur Stellungnahme aufgefordert wurden oder ihrerseits Stellungnahmen vorlegten und angehört wurden. Optimal erscheint dies nicht, weil jeder Interessenverband seine Interessen einbringt, aber diese Einbringung nicht in erster Linie im Gemeinwohlinteresse oder im Interesse einer optimalen Gestaltung erfolgt. Es lohnt sich, einmal die wichtigsten im Insolvenzrecht vertretenen Verbände zu beleuchten. Da gibt es den Verband der Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. – VID –, dem hochrangige Experten angehören.⁴⁵ Auf der anderen Seite besteht die Gesellschaft für Restrukturierung – TMA Deutschland e.V., die ebenso hochrangig besetzt, mehr die Sanierungsexperten aus dem vorinsolvenzlichen Bereich beheimatet.⁴⁶ Nicht unerwähnt bleiben soll der Gravenbrucher Kreis, eine aus den renommiertesten Insolvenzverwaltern bestehende Vereinigung.⁴⁷ Viele weitere Vereinigungen könnten benannt werden.⁴⁸ Es fällt auf, dass es bei den drei erstgenannten nicht ohne Weiteres möglich ist, Mitglied zu werden. Auf jeweils unterschiedliche Art und Weise ist der Zutritt zur Mitgliedschaft beschränkt. Die Regelung des Zugangs zur Mitgliedschaft ist sicher das gute Recht einer jeden Vereinigung, die durch Art. 9 GG geschützt ist. Auch kann es für die Beschränkung gute Gründe geben. Die Beschränkung des Zugangs zur Mitgliedschaft legt aber nahe, dass die Vertretung der Interessen der Mitglieder im Vordergrund der Aktivitäten steht. Es stellt sich deshalb die Frage, ob auf dieser Basis der Sachverstand der Insolvenz- und Restrukturierungsexperten in geeigneter Form in die Gesetzgebung eingebracht wird.

Nach Meinung des Verfassers ist dies nicht in optimaler Weise der Fall. Notwendig erscheint die Gründung einer Kommis-

sion zur Erarbeitung einer Reform des Insolvenzrechts, wobei die Mitglieder der Kommission dazu verpflichtet sein sollten, ihren Sachverstand über die Partikularinteressen hinaus im Gemeinwohlinteresse zur Verfügung zu stellen. Es werden Lösungen benötigt, die über die Verfolgung von Partikularinteressen hinausgehen.

Die ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11 ist dabei ein Vorbild an pluralistischer Beteiligung aller Professionals. Die Argumentationstiefe in öffentlichen Hearings, die Beteiligung der Öffentlichkeit und die organisatorischen Grundlagen sind beeindruckend. Die Basis bildet das American Bankruptcy Institute, die größte multidisziplinäre, unabhängige Organisation im Insolvenzbereich, die 1982 gegründet wurde, um den US-Gesetzgeber und die Öffentlichkeit mit unvoreingenommenen Informationen zum Insolvenzbereich zu versehen. Mitglieder sind mehr als 13.000 „bankruptcy professionals“ aus allen Disziplinen⁴⁹ und Ausländer haben unbeschränkten Zugang zur Mitgliedschaft. Einerseits hat die ABI Commission Vorbildcharakter. Andererseits ist es nicht klug, den Entwicklungen in den USA zuzusehen und das Feld der pluralistischen Meinungsbildung allein den US-Institutionen zu überlassen.

V. Fazit

Das Insolvenzrecht und das Konzerninsolvenzrecht bedürfen einer Aus-, Neu- und Weitergestaltung. Notwendig ist eine pluralistische Meinungsbildung, die zum Ziel hat, Regelungen zu finden, die über die Wahrung von Partikularinteressen hinausgehen und sich in die auf der Sozialen Marktwirtschaft basierenden Wirtschaftsordnung Deutschlands und Europas einfügen.

43 Erläuternd *Siemon*, NZI 2014, 55 f.

44 Hierzu ausführlich *Siemon/Frind*, NZI 2013, 1 ff.

45 <http://www.vid.de>.

46 <http://www.tma-deutschland.org>.

47 <http://www.gravenbrucher-kreis.de>.

48 S. den Überblick bei Verlag INDat GmbH unter Veranstalter – im Internet abrufbar.

49 www.abiworld.org/ – about ABI.