

FOKUS Sanierung

• ZInsO FOKUS – Außergerichtliche Sanierung und Restrukturierung

Systemische Strukturen der Rettung von Krisenunternehmen – Teil 2 (S. 2353)
von Rechtsanwalt Dr. iur. Friedrich L. Cranshaw, Mannheim/Mutterstadt und Professor Dr. Wolfgang Portisch, Emden/Leer

• ZInsO FOKUS – Präventiver Restrukturierungsrahmen

Der (neue) Sondersachwalter nach dem SanInsFoG (S. 364)
von Rechtsanwalt Henning Sämisch und Rechtsanwalt Dr. Sebastian Deichgräber, Hamburg

• ZInsO FOKUS – Statistiken, Berichte

Stellungnahme des Deutschen Instituts für angewandtes Insolvenzrecht (DIAI) e.V. zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Sanierungsrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG (S. 2368)

Auswirkungen der COVID-19-Krise auf den Rechtsmarkt (S. 2373)
von Wolters Kluwer

• ZInsO FOKUS – Rechtsprechungsreport

Notarkosten: (Keine) Werterhöhende Berücksichtigung von Gesellschafterdarlehen bei GmbH-Anteilen als Sacheinlage (S. 2375)
KG, Beschl. v. 11. 9. 2020 – 9 W 113/19

Anteilstreckung und Voraussetzung der Gläubigeranfechtung (S. 2377)
OLG Düsseldorf, Urt. v. 23. 4. 2020 – I-12 U 42/19

Wirksamkeit einer vergleichswisen Einigung mit dem Insolvenzverwalter (S. 2383)
OLG Düsseldorf, Urt. v. 27. 2. 2020 – I-12 U 36/19

Verrechnungsvereinbarung wechselseitiger Ansprüche und Auswirkungen der Insolvenzeröffnung (S. 2387)
OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19. 2. 2020 – 12 U 52/19

Voraussetzung der Insolvenzanfechtung von Zahlungen an Sanierungsberater (S. 2389)
OLG Düsseldorf, Urt. v. 9. 7. 2020 – I-12 U 55/19

Pflichtverteidigerbestellung bei Insolvenzverschleppung (S. 2396)
LG Regensburg, Beschl. v. 15. 7. 2020 – 6 Qs 5/20

Kurzarbeitergeld für inländische Mitarbeiter von maltesischer Airline (R-Gruppe) (S. 2397)
LSG NRW, Beschl. v. 17. 9. 2020 – L 20 AL 109/20 B ER

Schriftleitung: Andreas Ziegenhagen

massiver Schuldenaufnahme hinterfragen und wohl an Fonds der Union als Dauerinstrumenten denken, die Refinanzierung der Staatschulden mit avisierten Steuererhöhungen in die Debatte einbringen und die unmittelbare Rekapitalisierung der notleidenden Unternehmen durch unionsrechtliche Instrumente ins Gespräch bringen.^{68,69} Letzteres hat aus dem Blick der betroffenen Unternehmen freilich den Charme, dass Subventionen an Unternehmen unmittelbar durch die Union auch historisch keineswegs selten sind,⁷⁰ die Überwachung der Einhaltung der Zweckbindung hingegen in der Vergangenheit aber jedenfalls nicht immer ideal war⁷¹ und eine Beihilfekontrolle nach den Art. 107 ff. AEUV für Beihilfen der Union nicht stattfindet, da diese Normen des Wettbewerbsrechts sich nur auf die Mitgliedstaaten beziehen. Die Problematik der Mittelauszahlung mit nachgelagerter Verwendungskontrolle ist wohl unverändert, fördert Fehlverwendungen der Subvention und verzerrt letztlich den Wettbewerb.⁷² Die offenbare Schnelllebigkeit mancher Projekte

und Erwägungen gestattet auch hier keine Prognose zur weiteren Entwicklung.

- 68 S. *Mussler*, Scholz sorgt für Verwirrung – zur unmittelbaren Rekapitalisierung von Unternehmen durch die Union im Rahmen von „solvency instruments“, FAZ v. 3.9.2020, 9.
- 69 S. den Beitrag „Empörung über Scholz' Steuererhöhungspläne“, FAZ v. 31.8.2020, 15.
- 70 Die Landwirtschaft lebt z.T. immer noch von Subventionen der Union im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik (GAP), wenn auch das Volumen stark abgeschmolzen ist und es gute ökonomische und wirtschaftspolitische Gründe für Subventionen dafür gab und gibt.
- 71 S. *Cranshaw*, Einflüsse des Europäischen Rechts auf das Insolvenzverfahren, 2007, S. 1555 – 1586 mit Fällen aus der Judikatur des EuGH seit den neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts.
- 72 S. nur EuGH, Urt. v. 28.2.2019 – Rs. C-14/18 P, ECLI:EU:C:2019:159 – *Alfamicro Sistemas de computadores* – Förderung eines „Save Energy“-Projekts. EuG/EuGH-Urteile entscheiden in dergleichen Fällen nach dem heutigen Art. 272 AEUV („Schiedsklausel“, richtiger: Gerichtsstandsklausel) über vertragliche Ansprüche zwischen Unternehmen und Unionsorganen, i.d.R. über Verträge Privater mit der EU-Kommission.

ZInsO FOKUS – Präventiver Restrukturierungsrahmen

Der (neue) Sondersachwalter nach dem SanInsFoG

Ein Beitrag zur Neutralität

von Rechtsanwalt Henning Sämisch und Rechtsanwalt Dr. Sebastian Deichgräber, Hamburg*

Am 19.9.2020 hat das BMJ einen ersten RefE¹ des Sanierungsrechtsfortentwicklungsgesetzes (SanInsFoG) veröffentlicht. Dieses dient hauptsächlich der Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie.² Der Entwurf sieht neben der Einführung eines Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetzes (StaRUG) ebenfalls umfangreiche Änderungen in bereits bestehenden Gesetzen, so auch der InsO, vor. Im Zuge dieser Änderungen sollen auch die §§ 270 ff. InsO um weitere Vorschriften ergänzt werden. Bemerkenswert ist hierbei u.a. die Einführung einer gesetzlichen Regelung zum Sondersachwalter in § 274a InsO-E. Da das Gesetz bereits zum 1.1.2021 in Kraft treten soll, sind kurze Fristen zur Stellungnahme gesetzt worden. Diese Stellungnahmen³ liegen mittlerweile vor. In diesen wird auch Kritik an den Regelungen zum Sondersachwalter im Eigenverwaltungsverfahren geübt. Diese Kritik soll in Form dieses Beitrags analysiert und hinterfragt werden. Vor dem Hintergrund des Aspekts der Neutralität des Insolvenzverfahrens wird abschließend differenzierter zur Rolle des Sondersachwalters im RefE Stellung genommen.

I. Neuerungen in der Eigenverwaltung durch § 274a InsO-E

Im Eigenverwaltungsverfahren bestellt das Gericht anstelle des Insolvenzverwalters einen Sachwalter. Sowohl nach bisheriger als auch nach zukünftiger Rechtslage stehen dem vorläufigen Gläubigerausschuss (§ 274 Abs. 1 InsO i.V.m. 56a Abs. 2 Satz 1 InsO) sowie in Bezug auf den vorläufigen Sachwalter dem Schuldner (bisher § 270b Abs. 2 Satz 2 InsO, künftig § 270d Abs. 2 Satz 2 InsO-E) Vorschlagsrechte zu. Insofern handelt es sich um den „mitgebrachten“ vorläufigen Sachwalter. Von dem Vorschlag kann das Gericht nur ausnahmsweise abweichen. Zum Ausgleich dieser Bindungswirkung sieht der neue § 274a InsO-E vor, dass das Gericht bei Anordnung der Eigenverwaltung einen Sondersachwalter zusätzlich zum Sachwalter bestellen kann, wenn es bei der Auswahl des (vorläufigen) Sachwalters einem Votum des vorläufigen Gläubigerausschusses oder einem Vor-

schlag des Schuldners folgt. Dies dient nach der Begründung des Gesetzesentwurfs der Vorbeugung des „Anschein[s] von

* Unter Mitarbeit von Wiss. Mitarb. *Theresa Haug* und Wiss. Mitarb. *Dominik Noffz*.

1 Abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_SanInsFoG.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt besucht am 7.10.2020); im Folgenden: RefE.

2 RL (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlamentes und des Rats über präventive Restrukturierungsmaßnahmen, über Entschuldung sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 (RL über Restrukturierung und Insolvenz); im Folgenden: RestRL oder Richtlinie.

3 S. z.B. Gravenbrucher Kreis, Stellungnahme v. 2.10.2020, S. 20 f., herunterzuladen unter <https://www.gravenbrucher-kreis.de/2020/10/02/gravenbrucher-kreis-nimmt-stellung-zum-referentenentwurf-eines-gesetzes-zur-entwicklung-des-sanierungs-und-insolvenzrechts/> (zuletzt besucht am 7.10.2020); NIVD e.V., Stellungnahme v. 1.10.2020, S. 5 f., abrufbar unter https://museercontent.com/2a14f20edae05bbe3af3108a/files/57f063e2-bb4f-461d-b6be-2d5255301de8/Stellungnahme_NIVD_SanInsFoG_final.pdf (zuletzt besucht am 7.10.2020); VID e.V.,



etwaigen Interessenkonflikten“.⁴ Diesem Sondersachwalter kommt die Aufgabe zu, zum einen Haftungsansprüche des Schuldners gegen amtierende oder ehemalige Mitglieder der Organe zu prüfen (§§ 274a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 270c Abs. 1 Nr. 3 InsO-E) sowie zum anderen Haftungsansprüche nach § 280 InsO i.V.m. §§ 92, 93 InsO und Anfechtungsansprüche nach § 280 InsO i.V.m. §§ 129 ff. InsO zu prüfen und im eröffneten Verfahren geltend zu machen (§ 274a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO-E). Auf den Sondersachwalter ist nach § 274a Abs. 2 InsO-E der § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO entsprechend anzuwenden, sodass seine Unabhängigkeit gewährleistet sein muss. Ferner sind der Schuldner, der Sachwalter sowie der vorläufige Sachwalter dem Sondersachwalter gegenüber auskunftspflichtig, um eine Prüfung und Geltendmachung von Haftungs- und Anfechtungsansprüchen durch diesen zu gewährleisten (§ 274a Abs. 3 InsO-E). Dem Sondersachwalter kommt damit eine erhebliche Kontrollfunktion gegenüber dem (vorläufigen) Sachwalter zu, sodass sich in diesem Rahmen in Zukunft Haftungsfragen gegenüber dem Sachwalter an Bedeutung gewinnen dürften. Ähnliche Regelungen sind im RefE auch für den Restrukturierungsbeauftragten in Bezug auf Vorschlagsrechte (§ 78 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 StaRUG-E)⁵ und der Möglichkeit, in Fällen eines grds. bindenden Vorschlags einen „Sonderbeauftragten“⁶ zur Wahrnehmung von Überwachungsaufgaben zu bestellen (§ 78 Abs. 3 StaRUG-E), vorgesehen. Die Figur des „Sonderbeauftragten“ wurde hierbei nach der Begründung des RefE bewusst parallel zum Sondersachwalter gestaltet.⁷

II. Auseinandersetzung mit der geäußerten Kritik an § 274a InsO-E

Zu der Regelung des § 274a InsO-E wurden bereits verschiedentlich Stellungnahmen abgegeben. Das Meinungsbild ist hier bislang überwiegend kritisch. Im Folgenden soll erörtert werden, ob diese Kritik auch verhängt.

1. Pauschale Unterstellung mangelnder Neutralität des Sachwalters

Zunächst wird kritisiert, dass die Regelung „mitgebrachte“ Sachwalter pauschal unter den Verdacht mangelnder Unabhängigkeit stelle.⁸ Ein solcher Gedanke mag in der Regelung zwar durchaus zum Ausdruck kommen, jedoch ist dabei auch zu fragen, ob ein solches Misstrauen nicht im Grundsatz gerechtfertigt ist. Einen Sachwalter einsetzen zu lassen, der vorrangig die eigenen Interessen vertritt, kann einen starken Anreiz für den Gebrauch des Vorschlagsrechts darstellen. Eine solche Befürchtung besteht umso mehr, sollte es schon früheren regelmäßigen geschäftlichen Kontakt zwischen dem Schuldner bzw. den Gläubigern und dem vorgeschlagenen Sachwalter gegeben haben. Zudem wurde auch bereits in der ESUG-Evaluation (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen – ESUG) festgestellt, dass „sich der Einfluss einzelner Gläubiger über § 56a InsO in der Eigenverwaltung zumindest tendenziell als geeignet [erscheint], ein vollständiges unabhängiges Handeln des Sachwalters in Frage zu stellen.“⁹ Die Annahme der mangelnden Neutralität wird insbesondere dadurch begünstigt, dass die Zusammensetzung

des vorläufigen Gläubigerausschusses durch den Schuldner bzw. dessen Berater nach § 22a InsO erheblich beeinflusst werden kann.¹⁰ Insofern ist auch das Vorschlagsrecht des vorläufigen Gläubigerausschusses nicht ganz unproblematisch.

Zudem ist zu bedenken, dass § 274a InsO-E nicht nur der tatsächlichen Voreingenommenheit des Sachwalters entgegenwirken soll, sondern bereits den Anschein von Interessenkonflikten verhindern soll.¹¹ Dass ein tatsächlicher Interessenkonflikt in jedem Fall besteht, wird gerade nicht ausgesagt. Sollte die Annahme der mangelnden Unabhängigkeit im Einzelfall nicht gerechtfertigt sein, kann das Gericht noch immer von der Bestellung eines Sondersachwalters absehen, da die Vorschrift dem Gericht grds. ein Ermessen einräumt („kann“).

Auch wenn ein tatsächlicher Missbrauch von Vorschlagsrechten nur selten stattfindet, so rechtfertigen schon diese wenigen Fälle die Regelung des § 274a InsO-E. Einen Missbrauch von Vorschlagsrechten vollständig zu unterbinden sollte bei einer Beibehaltung von solchen Rechten oberstes Ziel des Gesetzgebers sein. Darüber hinaus kommt die Regelung des § 274a InsO-E in Fällen ordnungsgemäßer Sachwaltung, die den Großteil der Verfahren ausmachen, ohnehin nicht zum Tragen. Die Regelung reagiert damit lediglich auf eine abstrakt erhöhte Wahrscheinlichkeit eines Mangels an Neutralität und eröffnet im konkreten Fall passgenaue Lösungen. Sie ist somit geeignet, die geringe Anzahl von Missbrauchsfällen weiter zu reduzieren, entfaltet in den sonstigen Fällen aber keinerlei Störwirkung.

Zur weiteren Erhöhung der Neutralität des Verfahrens sollte erwogen werden, dass auch jegliche Beratung des Schuldners durch den vorgeschlagenen Sachwalter entgegen § 274 Abs. 1 InsO i.V.m. § 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 InsO in Bezug auf die Unabhängigkeit des Sachwalters kritisch zu sehen ist.¹² Da regelmäßig die Grenze zwischen einer allgemeinen und einer auf den konkreten Fall bezogenen Beratung fließend sein dürfte,

Stellungnahme v. 2.10.2020, S. 106 f., abrufbar unter <https://www.vid.de/wp-content/uploads/2020/10/VID-Stellungnahme-zum-RefE-SanInsFoG.pdf> (zuletzt besucht am 7.10.2020).

4 RefE (Fn. 1), S. 227.

5 Für Vorschlagsrechte eintretend bereits *Smid*, ZInsO FOKUS 2020, 2092, 2093.

6 RefE (Fn. 1), S. 190.

7 RefE (Fn. 1), S. 190.

8 NIVD e.V., Stellungnahme v. 1.10.2020, S. 5; VID e.V., Stellungnahme v. 2.10.2020, S. 106; vgl. auch Gravenbrucher Kreis Stellungnahme v. 2.10.2020, S. 20.

9 *Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole*, Evaluierung – Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011, S. 299, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/101018_Gesamtbericht_Evaluierung_ESUG.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt besucht am 7.10.2020).

10 DAV e.V., Stellungnahme zum ESUG, Nr. 6/17 aus Januar 2017, S. 5, abrufbar unter https://arge-insolvenzrecht.de/files/downloads/Startseite/kachel%20aktuelles/DAV-SN_6-2017.pdf (zuletzt besucht am 8.10.2020).

11 RefE (Fn. 1), S. 227.

12 VID e.V., Eckpunktepapier zur ESUG-Evaluation v. 14.10.2019, S. 5, abrufbar unter <https://www.vid.de/wp-content/uploads/2019/10/vid-eckpunktepapier-zur-esug-evaluation-langfassung.pdf> (zuletzt besucht am 8.10.2020).

ist davon auszugehen, dass in jedem Fall ein problematisches Näheverhältnis zwischen Schuldner und zukünftigem Sachwalter erzeugt wird.

Auf jeden Fall wird die Vorschrift eine Disziplinierungswirkung entfalten.

2. Schwächung des Vertrauens der Gläubiger in das Verfahren

Weiter wird angenommen, dass die Bestellung eines Sondersachwalters geeignet sei, das Vertrauen der Gläubiger in das Verfahren zu schwächen.¹³ Bei einer Beibehaltung der Vorschlagsrechte ist indes das Gegenteil der Fall. So wirkt es sich gerade vertrauensmindernd aus, wenn ein mitgebrachter Sachwalter, bei dem konkret der Verdacht mangelnder Unabhängigkeit besteht, ohne jede Kontrolle durch einen Dritten agieren darf. Die Einsetzung eines Sondersachwalters vermag in solchen Fällen vielmehr, die Integrität des Verfahrens wiederherzustellen und das Vertrauen der Gläubiger in die Ordnungsmäßigkeit der Sachwaltung zu erhalten. Auch ohne konkretes Verdachtsmoment ist nicht einzusehen, aus welchem Grund die zusätzliche Kontrolle durch einen Sondersachwalter zu einer Reduzierung des Vertrauens der Gläubigerschaft führen sollte.

3. Unübersichtlichkeit des Verfahrens und Kompetenzkonflikte

Ferner wird am § 274a InsO-E kritisiert, dass mit der Bestellung eines Sondersachwalters das Verfahren durch das Hinzutreten eines weiteren Akteurs unübersichtlich werde und Kompetenzkonflikte zwischen dem Sachwalter und dem Sondersachwalter unausweichlich seien.¹⁴ Hier erscheint es zunächst fraglich, ob das Verfahren durch das Hinzutreten einer weiteren Person tatsächlich in einem solchen Umfang an Übersichtlichkeit verliert, dass ein Verzicht auf den Sondersachwalter zweckmäßig erscheint. Dies gilt insbesondere in Anbetracht des bereits zuvor dargelegten Nutzens der Hinzuziehung eines Sondersachwalters in bestimmten Fällen. Außerdem steht allen Beteiligten die Expertise des Sachwalters sowie des Sondersachwalters zur Verfügung, sodass mit keiner übermäßigen Belastung der Verfahrensbeteiligten zu rechnen ist. Darüber hinaus werden die Kompetenzen des Sondersachwalters in § 274 InsO-E – wie bereits in der ESUG-Evaluation bereits mehrheitlich in Bezug auf den (vorläufigen) Sachwalter gewünscht –¹⁵ klar umrissen, sodass offenbleibt, inwieweit Kompetenzkonflikte in größerem Umfang überhaupt auftreten sollten. Außerdem kommen dem Sondersachwalter – ähnlich einem Gläubigerausschuss gem. § 69 Abs. 1 Satz 1 InsO gegenüber dem Insolvenzverwalter – Überwachungsaufgaben gegenüber dem Sachwalter zu, so dass dessen Funktion in der Sache keine Neuerung darstellt, sondern im Grundsatz bereits etabliert ist. I.Ü. konnte das Gericht auch vorher schon einen Sonderinsolvenzverwalter einsetzen, ohne auf diese neue Norm zurückgreifen zu müssen.

4. Erhöhung der Verfahrenskosten

Nach § 274a Abs. 4 InsO-E erhält der Sondersachwalter zunächst ein Honorar auf der Grundlage angemessener Stunden-

sätze. Diese werden durch § 12b InVV-E näher geregelt (150 – 350 €) und sind vom Tätigkeitsumfang sowie der beruflichen Qualifikation des Sondersachwalters abhängig. Darüber hinaus soll der Sondersachwalter bei erfolgreicher Generierung von Haftungsmasse den eigentlich auf den Sachwalter entfallenden Vergütungsanteil erhalten. Dieser Anteil wird von der Vergütung des Sachwalters in Abzug gebracht.

Diese Regelung nährt teilweise die Annahme, dass der Sondersachwalter eine überflüssige Masseschmälerung zur Folge hat.¹⁶ Dabei wird jedoch übersehen, dass es grds. gute Gründe für die Hinzuziehung des Sondersachwalters gibt. Der Sondersachwalter wird im Regelfall diejenigen Anfechtungs- und Geschäftsführerhaftungsansprüche geltend machen, die dem Schuldner selbst oder dem Sachwalter entgehen oder über die diese sogar aus welchem Grunde auch immer hinwegsehen. Der Einsatz des Sonderverwalters geht daher regelmäßig mit einem Massezuwachs einher, der die Vergütung des Sondersachwalters in den allermeisten Fällen übersteigen dürfte. Zudem fallen für den Sondersachwalter abgesehen von der Grundvergütung keine Kosten an, die nicht auch für den Sachwalter angefallen wären. Auch nach der Ansicht des Gesetzgebers wird „die Gesamtbelastung der Masse nicht über Gebühr“¹⁷ erhöht.

Die durch den Sachwalter entstehenden Kosten sind somit gesetzlich klar geregelt,¹⁸ dürften i.d.R. nicht über die Kosten für den Sachwalter hinausgehen und vielmehr in den meisten Fällen noch zu einer höheren Quote zugunsten der Gläubiger führen, sodass die pauschale Annahme einer Mehrbelastung nicht gegen die Neuregelung angeführt werden sollte.

5. Ausreichende Sicherheit durch andere Regelungen

Ferner wird angenommen, dass die Regelung des § 274a InsO-E überflüssig sei, da bereits durch andere Regelungen ausreichender Missbrauchsschutz bestehe.¹⁹ Ein solcher Schutz werde durch die Berichtspflichten des vorläufigen Sachwalters nach § 270c Abs. 1 Nr. 3 InsO-E, der Aufhebung der vorläufigen Eigenverwaltung von Amts wegen bei in der Eigenverwaltung nur schwerlich durchsetzbaren Haftungsansprüchen nach § 270e Abs. 1 Nr. 1 lit. c InsO-E, der Haftung des Sachwalters nach § 274 InsO i.V.m. § 60 InsO für die Nichtgeltendmachung von Haftungsansprüchen sowie durch das Vorgespräch nach § 10a InsO-E ausreichend gewährleistet.²⁰ Zweifellos bieten diese Vorschriften bereits ein gewisses Maß an Sicherheit in Bezug auf die Unabhängigkeit des Sachwalters. Jedoch stellt dies keinen Grund dar, auf eine weitere Absicherung durch den § 274a InsO-E zu verzichten. Dieser ist

13 VID e.V., Stellungnahme v. 2.10.2020, S. 106.

14 NIVD e.V., Stellungnahme v. 1.10.2020, S. 5 f.

15 Vgl. *Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole* (Fn. 9), S. 80.

16 VID e.V., Stellungnahme v. 2.10.2020, S. 106.

17 RefE (Fn. 1), S. 227.

18 Unzutreffend insoweit die Kritik der NIVD e.V., Stellungnahme v. 1.10.2020, S. 20.

19 Gravenbrucher Kreis, Stellungnahme v. 2.10.2020, S. 20.

20 Gravenbrucher Kreis, Stellungnahme v. 2.10.2020, S. 20.

vielmehr eine sinnvolle Ergänzung zu den genannten Vorschriften, die eingreift, wenn die bisherigen Kontroll- und Schutzmechanismen versagt haben. Eine Überflüssigkeit des § 274a InsO-E aufgrund bereits bestehender Schutzvorschriften ist somit nicht nachvollziehbar, da durch die Regelung das bestehende Schutzniveau nur erhöht wird.

6. Entbehrlichkeit einer Kodifizierung

Außerdem wird teilweise angeführt, dass der § 274a InsO-E aufgrund der bereits bestehenden praktischen Möglichkeit Sondersachwalter zu bestellen, entbehrlich sei.²¹ Dies überzeugt wiederum nicht. Richtig ist, dass es bereits bisher die Möglichkeit gab, einen Sondersachwalter zu bestellen.²² Von dieser Möglichkeit kann z.B. Gebrauch gemacht werden, wenn der Verdacht auf erhebliche, aber nicht konkret feststellbare Pflichtverletzungen des Sachwalters besteht.²³ Auch wenn Interessenkonflikte zu befürchten sind, kann nach bisheriger Rechtslage ein Sondersachwalter bestellt werden;²⁴ als Musterbeispiel eines Interessenkonflikts wird dabei immer wieder auf den Fall verwiesen, dass Schadensersatzansprüche gegen den Sachwalter selbst bestehen.²⁵ Der neue Gesetzentwurf schreibt mithin nur das fest, was auch bisher möglich ist.

Eine gesetzliche Kodifizierung durch § 274a InsO-E ist dennoch bzw. gerade deshalb zu begrüßen. Eine gesetzliche Regelung liegt im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit, denn die Funktion des Sondersachwalters kann dann nicht mehr durch einen Wandel der Rechtsprechung abgeschafft werden. In jedem Fall dürfte eine gesetzliche Regelung bereits akzeptierter Rechtsinstitute keine nachteiligen Auswirkungen auf das Verfahren haben. Darüber hinaus handelt es sich bei der Bestellung eines Sondersachwalters um eine so wesentliche Beeinflussung des Verfahrens, dass eine gesetzliche Regelung ohnehin geboten ist. Eine entsprechende Regelung für den Sonderinsolvenzverwalter wäre hier der nächste logische Schritt.

7. Entwertung von Vorschlagsrechten

Zudem wurde vorgebracht, § 274a InsO-E entwerte die für den Schuldner bzw. die Gläubiger gesetzlich vorgesehenen Vorschlagsrechte, da sie die betreffenden Beteiligten davon abhalte, von ihren Vorschlagsrechten Gebrauch zu machen.²⁶ Wie bereits dargestellt erhöht die Funktion des Sondersachwalters die Transparenz und Neutralität des Verfahrens. Dass aus diesem Grund nicht von den Vorschlagsrechten Gebrauch gemacht wird, dürfte nicht zu erwarten sein, da weder redliche Gläubiger noch Schuldner ein transparentes Verfahren fürchten dürften.

III. Anmerkungen zur Handhabung des § 274a InsO-E

§ 274a InsO-E eröffnet dem Gericht bei der Bestellung eines Sondersachwalters einen Ermessensspielraum („kann“). Das Insolvenzgericht wird hierbei nicht in seiner judikativen Funktion tätig, sondern übernimmt Aufgaben exekutiver Natur,²⁷ sodass die Ermessensfehlerlehre²⁸ in vollem Umfang Anwendung findet.²⁹ Die bereits herausgebildeten Fallgruppen (u.a.

Ermessensüberschreitung oder Ermessensnichtgebrauch)³⁰ bieten hier eine ausreichende Entscheidungsgrundlage. Auch hier ist demnach eine Ermessensreduktion auf Null denkbar. Diese sollte vorliegen, wenn deutliche Anhaltspunkte für nicht geltend gemachte Anfechtungs- oder Haftungsansprüche ersichtlich sind. Das kann bspw. der Fall sein, wenn sich schon aus der dem Gericht vorliegenden Insolvenztabelle Forderungen vorliegen, die einen deutlich früheren Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit indizieren, als derjenige der im Gutachten benannt wird. Die ordnungsgemäße Ausübung des Ermessens liegt auch im Eigeninteresse des Gerichts, um Amtshaftungsansprüche zu vermeiden. Das Richterprivileg nach § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB gilt nur für Urteile sowie „urteilsvertretende Erkenntnisse“,³¹ also solche gerichtlichen Entscheidungen, die in Rechtskraft erwachsen können.³² Dies ist bei der Bestellung eines Sondersachwalters wie bei der Bestellung eines Insolvenzverwalters³³ gerade nicht der Fall, sodass Amtshaftungsansprüche aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG bei fehlerhafter Ermessensausübung – wie bei der Insolvenzverwalterbestellung –³⁴ grds. auch hier möglich sind.

IV. Fazit

Abschließend zeigt sich, dass die geäußerte Kritik am neuen § 274a InsO-E im Wesentlichen unberechtigt ist. Der Sondersachwalter wirkt sich positiv auf die Neutralität und Transparenz des Eigenverwaltungsverfahrens aus und ist geeignet, den im Einzelfall auftretenden Missbrauch der Vorschlagsrechte weiter zu reduzieren. Dies ermöglicht die Neuregelung, ohne dass im Regelfall negative Auswirkungen auf die Masse zu befürchten sind. Zudem ist es dem Gesetzgeber gelungen, die Kompetenzen und die Vergütung klar zu umreißen, sodass hier keine wesentlichen Anwendungsschwierigkeiten zu erwarten sind. Entgegen manchen Vorschlägen sollte die Neuregelung daher ausdrücklich beibehalten werden. Im Endeffekt kommt sie auch den Sachwaltern zugute, die aufgrund Ihrer Vernetzung häufig vorgeschlagen werden. Es verschafft Ihnen die Möglichkeit ihre Tätigkeit unabhängig und frei von falschen Erwartungshaltungen auszuüben.

- 21 Gravenbrucher Kreis, Stellungnahme v. 2.10.2020, S. 21; NIVD e.V., Stellungnahme v. 1.10.2020, S. 6.
- 22 Uhlenbruck/*Zipperer*, InsO, 15. Aufl. 2019, § 274 Rn. 7 m.w.N.; HK-InsO/*Brückmanns*, 10. Aufl. 2020, § 274 Rn. 7.
- 23 Uhlenbruck/*Zipperer* (Fn. 22), § 274 Rn. 7.
- 24 *Berner/Köster/Lambrecht*, NZI 2018, 425, 429.
- 25 Uhlenbruck/*Zipperer* (Fn. 22), § 274 Rn. 7; HK-InsO/*Brückmanns* (Fn. 22), § 274 Rn. 7.
- 26 Gravenbrucher Kreis, Stellungnahme v. 2.10.2020, S. 20.
- 27 Vgl. hierzu für die Bestellung als Insolvenzverwalter BVerfG, ZInsO 2006, 765.
- 28 S. hierzu *Riese*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 38. Erg. Lfg., Januar 2020, § 114 Rn. 56 f.
- 29 Vgl. hierzu für die Auswahlentscheidung des Gerichts bei der Bestellung des Insolvenzverwalters, BVerfG, ZInsO 2006, 765.
- 30 Redeker/von Oertzen/*Redeker*, VwGO, 16. Aufl. 2014, § 114 Rn. 15.
- 31 BGH, NJW 1969, 876.
- 32 MünchKomm-BGB/*Papier/Shirvani*, 8. Aufl. 2020, § 839 Rn. 384.
- 33 BVerfG, ZInsO 2006, 765; Uhlenbruck/*Zipperer* (Fn. 22), § 56 Rn. 61; vgl. auch MünchKomm-InsO/*Graeber*, 4. Aufl. 2019, § 56 Rn. 177 ff.
- 34 *Andres/Leithaus/Andres*, InsO, 4. Aufl. 2018, § 56 Rn. 9; vgl. BVerfG, ZInsO 2006, 765.