

SONDERAUSGABE ZUR NEUEN INSOLVENZORDNUNG

Newsletter

mbb & bb

EDITORIAL



INHALT

Einführung in das neue Insolvenzrecht	2
Neuerungen durch das ESUG bei der Eigenverwaltung	5
Auswirkungen des ESUG auf die gerichtliche Praxis	7
Der vorläufige Gläubigerausschuss: Stärkung der Gläubigermitbestimmung	9
Musterantrag vorläufiger Gläubigerausschuss	11
Projektvorbereitung und Erstellung eines integrierten Sanierungskonzeptes	12
Vorbesprechungen mit dem Gericht vor der Insolvenzantragstellung	13
Der Ablauf des Schutzschirmverfahrens	14
Die Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO	17
Muster zur Ausgestaltung der Bescheinigung	20
Debt-Equity-Swap: Vom Gläubiger zum Gesellschafter werden	21
Sanierungsmaßnahmen der öffentlichen Hand als unerlaubte Staatsbeihilfen	22

Sehr verehrte Leserin, sehr verehrter Leser,

mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), das am 1. März 2012 in Kraft getreten ist, haben sich zahlreiche praxisrelevante Änderungen der Insolvenzordnung ergeben. Damit soll in Deutschland ein Paradigmenwechsel zu einer neuen Insolvenzkultur eingeleitet werden. Mit dieser Insolvenzrechtsreform ist der Gesetzgeber endlich in der Wirklichkeit angekommen. Die strafbewehrte Antragspflicht zur Kapitalgesellschaft läuft seit 130 Jahren konsequent ins Leere, die Verschleppung von Insolvenzen ist die Regel. 80 Prozent aller Vermögensschäden insolventer Unternehmen sind die Folge einer Insolvenzverschleppung, nicht der Insolvenz. Mit dem ESUG verändern sich die Handlungsoptionen der Gläubiger grundlegend. Sie erhalten nie dagewesene Einflussmöglichkeiten. Allerdings ist die außergerichtliche Vorbereitung das alles entscheidende Element, um die wichtigste Änderung - die Neugestaltung der Eigenverwaltung - mit Unterstützung der Gläubiger auch zum Erfolg zu führen und die Zahl der Verfahren deutlich zu steigern. Jeder Missbrauch wird die Gesamtreform in Frage stellen. Deshalb sind Transparenz und Offenheit die wichtigsten Faktoren.

Das erklärte Ziel des Gesetzgebers, die frühzeitige Sanierung insolvenzbedrohter Unternehmen zu erleichtern, indem der Anreiz zu einer frühen Insolvenzantragstellung deutlich gestärkt wird, kann er-

reicht werden. Die Praxis wird zeigen, ob die neuen Vorschriften der Insolvenzordnung so angenommen werden, wie es der Gesetzgeber erwartet. Bei insgesamt fast 400.000 Insolvenzen in den letzten elf Jahren hat es trotz steigender Insolvenzzahlen lediglich 2.200 Insolvenzplanverfahren in Eigenverwaltung gegeben. Das ist kaum nachzuvollziehen, denn in den Fällen, in denen dieses Sanierungsinstrument angewandt wurde, war der Erfolg meist vorprogrammiert.

Mit dem vorliegenden Sondernewsletter geben Insolvenzexperten einen Eindruck vom Umgang mit diesem Verfahren. Wichtige Hinweise in Bezug auf die geänderten Vorschriften der Insolvenzordnung und die damit verbundene Erleichterung der Sanierung von Unternehmen sind ebenfalls Gegenstand dieser Broschüre. Wir verbinden damit die Hoffnung, einen weiteren wichtigen Beitrag zum Durchbruch einer neuen Insolvenzkultur in Deutschland zu leisten, damit die Unternehmensinsolvenz in Zukunft nicht mehr als Makel, sondern als Chance aufgefasst wird. Vor diesem Hintergrund wünschen Ihnen alle Autoren eine interessante Lektüre.

Mit freundlichen Grüßen

Robert Buchalik

Einführung in das neue Insolvenzrecht

RA Robert Buchalik, Partner der bb [sozietät] Buchalik Brömmekamp, Düsseldorf

Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011 (BGBl. 2011, Teil I Nr. 64 S. 2588 ff.) beinhaltet weitreichende Änderungen der Insolvenzordnung, die am 1. März 2012 in Kraft getreten sind.

Das bisherige Insolvenzrecht verhinderte in vielen Fällen, dass lebensfähige Unternehmen durch ein eröffnetes Insolvenzverfahren saniert werden konnten, weil die fehlende Berechenbarkeit eines Insolvenzverfahrens Unternehmen davon abhielt, einen Insolvenzantrag zu stellen. Vielmehr wurde der Weg über die außergerichtliche Sanierung so lange beschritten, bis alle Reserven verbraucht waren und nur noch die Liquidation des Unternehmens möglich war.

Mit der jetzt vorliegenden Insolvenzrechtsreform strebt der Gesetzgeber eine frühzeitige Sanierung von Unternehmen an, um die Spielräume für eine außergerichtliche Sanierung zu erhöhen. Gleichzeitig soll der Weg durch die Insolvenz für den Insolvenzschuldner künftig beherrsch- und berechenbarer werden.

Die vorgenommenen Änderungen der Insolvenzordnung sollen auch ihren Beitrag zur Stärkung des Wirtschaftsstandortes Deutschland leisten, z. B. diesen interessanter für ausländische Investoren machen und dem vereinzelt aufgetretenen insolvenzrechtlichen „Forum Shopping“ (Unternehmensverlagerungen ins Ausland mit dem Ziel, dort Erleichterungen für die Sanierung und Erhaltung von Unternehmen in Anspruch zu nehmen) die Grundlage entziehen. Der Schwerpunkt des Gesetzes besteht deshalb in der Erleichterung der Sanierung von Unternehmen durch einen stärkeren Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters und einem erleichterten und bereits in das Eröffnungsverfahren vorverlagerten Zugang zur Eigenverwaltung sowie dem Ausbau und der Straffung des Insolvenzplanverfahrens.

Zusammenfassung der wesentlichen Änderungen/Neuerungen:

1. Stärkung der Gläubigerrechte

Um die Gläubigerrechte zu stärken, wird die Möglichkeit geschaffen, bereits unmittelbar nach dem Eingang eines

Eröffnungsantrags einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzurichten, sofern im vorangegangenen Geschäftsjahr mindestens zwei der drei folgenden Schwellenwerte erreicht wurden (§ 22a Abs. 1 InsO):

- 4,84 Mio. Euro Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrages i.S.v. § 268 Abs. 3 HGB,
- 9,68 Mio. Euro Umsatzerlöse sowie
- im Jahresdurchschnitt 50 Arbeitnehmer.

Auch unterhalb der Schwellenwerte erfolgt die Einrichtung eines vorläufigen Gläubigerausschusses auf Antrag des Schuldners, des vorläufigen Sachwalters oder eines Gläubigers, wenn Personen benannt werden, die als Mitglieder in Betracht kommen und dem Antrag die Einverständniserklärungen der benannten Personen beigelegt werden (§ 22a Abs. 2 InsO).

Die Befugnisse des vorläufigen Gläubigerausschusses sind sehr weitreichend:

- Vor Bestellung des Verwalters ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zu geben, sich zu den Anforderungen zu äußern, die an den Verwalter zu stellen sind (§ 56a Abs. 1 InsO).
- Sofern sich der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig für eine bestimmte Person als Verwalter ausspricht, ist diese Entscheidung für das Gericht bindend, es sei denn, die vorgeschlagene Person ist für die Übernahme des Amtes nicht geeignet (§ 56a Abs. 2 Satz 1 InsO).
- Hat das Gericht ohne Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses einen Verwalter bestellt, so kann der vorläufige Gläubigerausschuss in seiner ersten Sitzung mit einem einstimmigen Beschluss einen anderen Verwalter wählen (§ 56a Abs. 3 InsO).
- Vor der Entscheidung über einen Antrag auf Eigenverwaltung ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zur Äußerung zu geben (§ 270 Abs. 3 Satz 1 InsO).
- Ein Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung kann vom Gericht nur abgelehnt werden, wenn Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird (§ 270 Abs. 2

Nr. 2 InsO). Wird aber der Antrag von einem einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses unterstützt, gilt die Anordnung als nicht nachteilig für die Gläubiger (§ 270 Abs. 3 Satz 2 InsO).

2. Stärkung der Eigenverwaltung und neues Schutzschirmverfahren

Der Gesetzgeber will endlich der Eigenverwaltung zum Durchbruch verhelfen, um im Idealfall im Einvernehmen mit den Gläubigern die Kenntnisse und Erfahrungen der bisherigen Geschäftsleitung bestmöglich nutzen zu können und eine zeit- und kostenintensive Einarbeitungszeit eines Insolvenzverwalters zu vermeiden.

In der Vergangenheit wurde die Eigenverwaltung nur sehr zurückhaltend eingesetzt, vor allem weil das Verfahren für den Insolvenzschuldner nicht kalkulierbar war. Zwischen Antragstellung und Eröffnung des Insolvenzverfahrens wurde vom Insolvenzgericht immer ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit zum Teil sehr weitgehenden Befugnissen eingesetzt. Erst im Beschluss des Gerichtes über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, also nach zwei bis drei Monaten, wurde über die Anordnung der Eigenverwaltung entschieden. Die Nichtanordnung konnte erhebliche negative Auswirkungen wirtschaftlicher Art auf den weiteren Verlauf des Insolvenzverfahrens haben, insbesondere dann, wenn die Eigenverwaltung bereits mit Antragstellung vom Schuldner angekündigt wurde.

Das ESUG erleichtert die Voraussetzungen für die Anordnung der Eigenverwaltung. So werden die Gläubiger über den vorläufigen Gläubigerausschuss nun schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in die Entscheidung über die Eigenverwaltung einbezogen. Bereits in der Phase zwischen Insolvenzantragstellung und Eröffnung kann die sogenannte vorläufige Eigenverwaltung angeordnet werden (§ 270a InsO). Damit wird vom Gericht eine Vorentscheidung über die Anordnung der Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren getroffen. Die Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Anordnung der Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren entfällt folglich. Sofern der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig den Antrag des Schuldners auf Eigen-

verwaltung unterstützt, kann das Gericht diesen Antrag nicht ablehnen, auch dann nicht, wenn das Gericht der Ansicht ist, dass den Gläubigern durch die Anordnung Nachteile entstehen.

Mit dem neuen Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO), das eine weitere Form der vorläufigen Eigenverwaltung ist und deren Wirkungen nochmals verstärkt, wird dem Schuldner im Zeitraum zwischen Eröffnungsantrag und Verfahrenseröffnung ein eigenständiges Sanierungsverfahren zur Verfügung gestellt. Der Schuldner erhält auf einen entsprechenden Antrag und Beschluss des Gerichts bis zu drei Monate Zeit, in einer Art „Schutzschirmverfahren“ unter Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters frei von Vollstreckungsmaßnahmen in Eigenverwaltung einen Sanierungsplan zu erstellen, der anschließend als Insolvenzplan umgesetzt werden kann.

Voraussetzung für die Einleitung eines solchen Schutzschirmverfahrens ist nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO, dass der Schuldner mit dem Eröffnungsantrag eine mit Gründen versehene Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers, Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorlegt, aus der sich ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.

Eine wesentliche Stärkung erfährt das Schutzschirmverfahren durch die Befugnis des Schuldners, Masseverbindlichkeiten begründen zu können (§ 270b Abs. 3 InsO). Er erhält damit die Rechtsposition, die bislang nur ein starker vorläufiger Insolvenzverwalter innehatte.

Mit der Änderung des § 270 InsO und den neuen Regelungen der §§ 270a, 270b InsO wird die Anordnung der Eigenverwaltung für den sanierungswilligen Insolvenzschuldner berechenbarer. Wenn das Verfahren gut vorbereitet ist und er die Rückendeckung der wichtigsten Gläubiger erhält, ist die Anordnung der Eigenverwaltung in Zukunft praktisch sicher. Sie kann dann weder vom Insolvenzgericht noch vom vorläufigen Sachwalter verhindert werden.

3. Ausbau und Straffung des Insolvenzplanverfahrens

a) Eingriff in die Rechte der Anteilshaber

Nunmehr ist es nach dem Vorbild des US-amerikanischen Chapter-11-Verfahrens möglich, die Rechte der Anteilshaber durch Regelungen im Insolvenzplan zu ändern. Die Umwandlung von Forderungen von Gläubigern in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte, der sogenannte Debt-Equity-Swap (§ 225a InsO), eröffnet in der Praxis neue, hochinteressante Gestaltungsmöglichkeiten.

b) Einschränkung der Möglichkeiten zur Verhinderung des Plans

- (1) Bislang war es möglich, dass einzelne Gläubiger unter Berufung auf die Regelungen des § 251 InsO das Zustandekommen des Insolvenzplans verhindern oder zumindest deutlich durch das Einlegen von Rechtsmitteln hinauszögern konnten, wenn sie glaubhaft machten, dass sie durch den Plan schlechter gestellt werden (§ 251 Abs. 2 InsO a.F.). In der Praxis führte dies insbesondere bei Großverfahren dazu, dass der Schuldner gezwungen war, diesen Gläubigern gesetzeswidrig Sondervorteile zu verschaffen, um den Plan zum Abschluss zu bringen. Neuerdings hat der Schuldner die Möglichkeit, im Plan vorzusehen, für diese Gläubiger Mittel für den Fall bereitzustellen, dass sie ihre Schlechterstellung nachweisen. Ob die Beteiligten einen Ausgleich aus diesen Mitteln erhalten, ist außerhalb des Insolvenzverfahrens zu klären (§ 251 Abs. 3 InsO). Damit verhindern selbst jahrelange Prozesse das zügige Zustandekommen des Plans nicht.
- (2) In der Vergangenheit konnten Rechtsmittel gegen den Beschluss, durch den der Insolvenzplan bestätigt wurde, ohne Begründung eingelegt werden. Das war selbst dann möglich, wenn dem Plan durch denjenigen, der das Rechtsmittel eingelegt hatte, zugestimmt worden war. Neuerdings sind Rechtsmittel nach § 253 InsO nur noch zulässig, wenn dem Plan spätestens im Abstimmungstermin schriftlich widersprochen, gegen

den Plan gestimmt und glaubhaft gemacht wurde, dass der widersprechende Gläubiger durch den Plan wesentlich schlechter gestellt wird, und dass dieser Nachteil nicht durch Zahlung aus den in § 251 Abs. 3 InsO genannten Mitteln ausgeglichen werden kann.

c) Erleichterte Aufhebung des Insolvenzverfahrens

In der Vergangenheit führte die Pflicht zur Berichtigung aller unstreitigen Masseansprüche vor der Aufhebung des Insolvenzverfahrens zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten, da für zahlreiche bereits begründete Verbindlichkeiten noch keine Rechnungen vorlagen, aber auch Dauerschuldverhältnisse fortgesetzt werden sollten. Nach § 258 Abs. 2 InsO hat der Verwalter vor der Aufhebung des Verfahrens nur noch die unstreitigen fälligen Masseansprüche zu berichtigen und für die streitigen oder nicht fälligen Sicherheit zu leisten. Für die nicht fälligen Masseansprüche kann jetzt auch ein Finanzplan vorgelegt werden, aus dem sich ergibt, dass ihre Erfüllung gewährleistet ist.

Mit den zahlreichen Änderungen der Insolvenzordnung durch das ESUG könnte dem Gesetzgeber ein großer Wurf gelungen sein. Jedenfalls ist seine Intention, insbesondere der Eigenverwaltung und dem Insolvenzplanverfahren endlich zum Durchbruch zu verhelfen, an vielen Stellen des Gesetzes Nachdruck verliehen worden.

Neuerungen durch das ESUG bei der Eigenverwaltung

RA Norman Lenger, Fachanwalt für Steuerrecht in der bb [sozietät] Buchalik Brömmekamp, Düsseldorf

Der gesetzgeberische Wille des ESUG geht dahin, dass sich die Gerichte mehr denn je mit der Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO) auseinandersetzen, um in Zusammenarbeit mit Insolvenzverwaltern, Schuldner und Beratern gemeinsam die Quote erfolgreicher Sanierungen zu steigern. Durch die Neuregelungen erfolgt u.U. eine „Quasivorverlagerung“ dieses Instituts in das Antragsverfahren, weil bereits zu diesem Zeitpunkt ein vorläufiger Sachwalter bestellt werden kann (§§ 270b Abs. 2 Satz 1, 270a Abs. 1 Satz 2 InsO). Gab es im Antragsverfahren bisher zwingend einen vorläufig starken oder schwachen Insolvenzverwalter, ist der vorläufige Sachwalter mit den eingeschränkten Befugnissen der §§ 274, 275 InsO zu präferieren. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den Voraussetzungen der Eigenverwaltung und gibt Anregungen für einen praktischen und pragmatischen Umgang für den Fall einer Antragstellung.

1. Materielle Voraussetzungen der Eigenverwaltung

Nach § 270 Abs. 2 InsO setzt die Eigenverwaltung nur voraus, dass der Schuldner einen entsprechenden Antrag gestellt und keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung der Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führt.

a) Antrag

Den Antrag auf Eigenverwaltung kann nach wie vor nur der Schuldner selbst stellen (§ 270 Abs. 2 Nr. 1 InsO). Grundsätzlich sollte der Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung mit dem Eröffnungsantrag verbunden werden. Maßgebender Zeitpunkt für die Antragstellung ist der Zeitraum bis zur Entscheidung des Gerichts über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Ein Fremdantrag hindert die Anordnung der Eigenverwaltung nicht (mehr). Nach § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO a.F. mussten der oder diejenigen Gläubiger, die den Insolvenzantrag gestellt haben, dem Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung zustimmen. Dies ist nunmehr entbehrlich.

b) Keine Nachteile für die Gläubiger bekannt

Ferner dürfen keine Umstände bekannt sein, die erwarten lassen, dass die Anordnung der Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird. Es kommt dabei nur darauf an, ob Umstände bekannt sind.

Nicht mehr notwendig ist auch eine materielle Prüfung, ob die Anordnung zu einer Verzögerung des Verfahrens oder zu sonstigen Nachteilen für die Gläubiger führen wird. Die nach altem Recht erforderliche Prognoseentscheidung muss das Gericht nicht treffen, wenn ihm keine Umstände bekannt sind, die darauf schließen lassen. Den Schuldner trifft insoweit keine ausufernde Darlegungspflicht und Darlegungslast mehr. Auch gehen Unklarheiten über mögliche Nachteile für die Gläubiger nicht mehr zu Lasten des Schuldners. Nachdem sich die Eigenverwaltung in einer ganzen Reihe von Fällen in der Praxis bewährt hat, konnten die schärferen Anforderungen des geltenden Rechts etwas gelockert werden. Wird der Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung von einem einstimmigen Beschluss eines vorläufigen Gläubigerausschusses unterstützt, greift eine gesetzliche Fiktion zu Gunsten des Schuldners und die Anordnung gilt als nicht nachteilig für die Gläubiger. Das Gericht hat bei Vorliegen dieser Voraussetzungen ohne weiteres die Eigenverwaltung anzuordnen.

2. Verfahrensfragen

a) Anhörung eines etwaigen vorläufigen Gläubigerausschusses

Liegt ein Antrag des Schuldners vor, ist – sofern gebildet – vor der Entscheidung über den Antrag dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zur Äußerung zu geben, wenn dies nicht offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners führt (§ 270 Abs. 3 Satz 1 InsO). Von der Einholung einer Stellungnahme kann aus verfahrensökonomischen Gründen abgesehen werden, wenn der Schuldner bereits mit Antragstellung einen einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses vorlegt. Denn damit greift nicht nur materiell die Fiktion des § 270 Abs. 3 Satz 2 InsO (s.o.), sondern es gilt auch verfahrensrechtlich das Äußerungsrecht als ausgeübt.

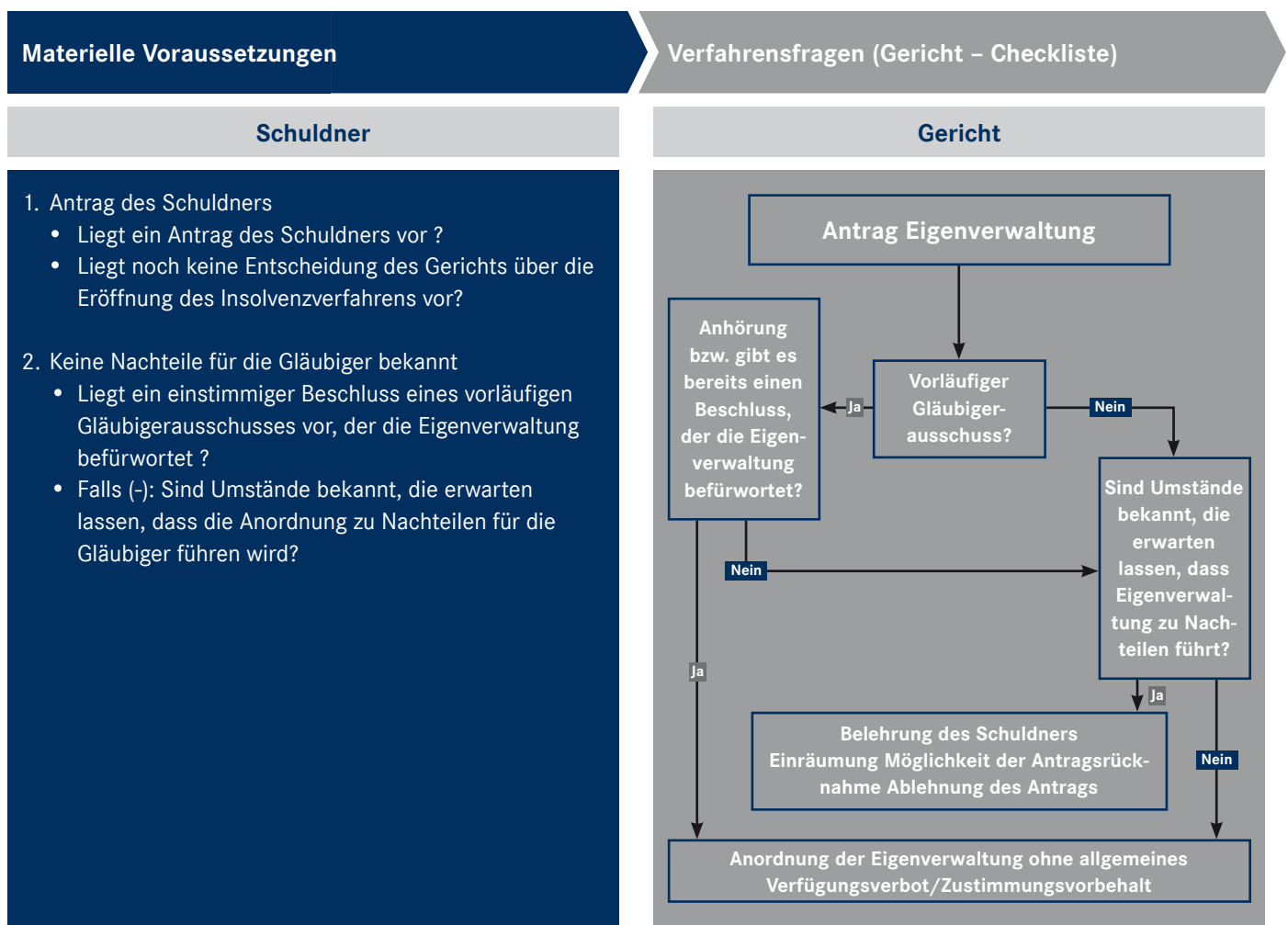
b) Kein allgemeines Verfügungsverbot oder Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts

Ist der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos, bestimmt § 270a Abs. 1 Satz 1 InsO nunmehr, dass das Gericht im Eröffnungsverfahren davon absehen soll, dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen oder einen Zustimmungsvorbehalt durch den Verwalter anzuordnen. Anstelle eines vorläufigen Insolvenzverwalters wird in diesen Fällen ein vorläufiger Sachwalter bestellt, auf den die §§ 274, 275 InsO entsprechend anzuwenden sind.

c) Rücknahmemöglichkeit zu Gunsten des Schuldners

Hat der Schuldner den Antrag auf Eröffnung des Verfahrens wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt, sieht das Gericht aber die Voraussetzungen der Eigenverwaltung als nicht gegeben an, ist der Schuldner berechtigt, den Eröffnungsantrag zurückzunehmen. Das Gericht hat dem Schuldner unter Angabe von Gründen mitzuteilen, dass es die Eigenverwaltung ablehnen will. Gleichzeitig hat es dem Schuldner Gelegenheit zur Rücknahme des Insolvenzantrags zu geben. Er muss deshalb nicht mehr befürchten, bei Ablehnung der Eigenverwaltung die Kontrolle über das Unternehmen zu verlieren.

Checkliste: Ablauf der Eigenverwaltung nach neuem Recht



Auswirkungen des ESUG auf die gerichtliche Praxis

Lutz Erdmann, Rechtspfleger am Amtsgericht Düsseldorf/Frank Pollmächer, Richter am Amtsgericht – Insolvenzgericht – Düsseldorf

Mit dem ESUG wird es auch zu Änderungen in der insolvenzgerichtlichen Praxis kommen. Das ESUG hat insbesondere Auswirkungen auf den Eigenantrag des Schuldners, die Bestellung des nunmehr gesetzlich geregelten vorläufigen Gläubigerausschusses im Eröffnungsverfahren und die Eigenverwaltung, insbesondere durch Einführung des sogenannten Schutzschirmverfahrens.

Die durch das ESUG erfolgte Neufassung des § 13 InsO sieht vor, dass ein Schuldner seinem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Verzeichnis seiner Gläubiger und ihrer Forderungen beizufügen hat, wobei bei einem laufenden Geschäftsbetrieb bestimmte Forderungen sowie Angaben zur Größe des Unternehmens besonders kenntlich gemacht werden sollen. Beantragt zudem ein Schuldner die Eigenverwaltung und erreicht die Schwellenwerte des neu eingeführten § 22a Abs. 1 InsO oder wird die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a InsO) im Eröffnungsverfahren beantragt, werden bestimmte Angaben zur Gläubigerstruktur Pflicht. Ziel der Vorschrift ist es unter anderem, dem Insolvenzgericht eine Entscheidung über die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses im Eröffnungsverfahren gemäß § 22a InsO zu ermöglichen. Die Neuregelung des § 13 InsO ist bedauerlicherweise unscharf gefasst. Darüber hinaus werden Angaben zur Größe des Unternehmens aus dem vorangegangenen Geschäftsjahr abgefragt, die bei Antragstellung nicht mehr aktuell sein müssen. Zu deren Angabe ist der Schuldner zudem nicht verpflichtet. Fehlerhafte Angaben des Schuldners bleiben ohne Sanktion. In der Praxis wird daher zu erwarten sein, dass auch die Neufassung des § 13 InsO ohne Nachfragen beim Schuldner zur wirtschaftlichen Lage seines Unternehmens keine sachgerechte Bearbeitung seines Eigenantrags und der Frage der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses ermöglichen wird.

Das ESUG sieht in §§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a, 22a InsO die gesetzliche Regelung des vorläufigen Gläubigerausschusses im Eröffnungsverfahren vor. Erfüllt der Schuldner nunmehr zwei der in § 22a Abs. 1 genannten Kriterien, ist das Insolvenzgericht zur Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses verpflichtet. Dieser ist sodann gemäß § 56a Abs. 1 InsO vor der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters zu hören,

soweit dies nicht zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt. Hier werden in der Praxis erhebliche Probleme bei der Umsetzung dieser Regelung entstehen. Das Insolvenzverfahren ist insbesondere bei einem Eigenantrag eines Schuldners und laufendem Geschäftsbetrieb ein Eilverfahren, das keinerlei Verzögerungen duldet. Nicht selten kommen auch „große“ Insolvenzverfahren „auf den letzten Drücker“ und werden (meist auch noch schlecht vorbereitet) am Freitag zu Gericht gebracht. Wenn dann zunächst zu ermitteln ist, ob die Parameter zur Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses erfüllt sind, Personen ermittelt werden müssen, die zur Übernahme des Amtes im vorläufigen Gläubigerausschuss geeignet und auch bereit sind, dieser sich sodann zusammensetzen und sich auf einen vorläufigen Insolvenzverwalter und/oder dessen Anforderungsprofil einigen muss, dürfte auch bei einem guten Zusammenspiel zwischen Gericht, Schuldner und Gläubigerausschuss mindestens eine Woche vergangen sein. Dieser Zeitraum dürfte für die meisten laufenden Betriebe unzuträglich sein, da das Unternehmen in diesem Zeitraum quasi „führungslos“ ist. Eine erfolgreiche Beteiligung an der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters wird sich daher in den meisten Fällen nur dann verwirklichen lassen, wenn dem Insolvenzgericht mit dem Insolvenzantrag ein vollständiger Gläubigerausschuss benannt wird und sich dieser kurzfristig auf ein Anforderungsprofil einigt oder dem Gericht nach Möglichkeit mehrere bereits dort gelistete Verwalter vorgeschlagen werden, da dies dem Insolvenzgericht eine umgehende Auswahl eines geeigneten Verwalters ermöglicht.

Ein weiteres wesentliches Kernstück des ESUG sind die Regelungen zur Erleichterung von Sanierungen im Rahmen des sogenannten Schutzschirmverfahrens (§ 270b InsO). Diese modifizieren nicht nur das Regelungskonzept der Eigenverwaltung, sondern stellen auch eine neue Art des Antragsverfahrens dar.

Im Hinblick auf den Umgang mit dem Schutzschirmverfahren werden sich den Gerichten erhebliche Fragen rechtlicher und praktischer Natur stellen. Hinsichtlich der mit Gründen zu versehenen Bescheinigung gemäß § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO, dass eine Zahlungsunfähigkeit und eine offensichtliche

Aussichtslosigkeit der Sanierung nicht gegeben sind, werden die Gerichte sowohl die Qualifikation des Testierenden als auch den Inhalt des Testats zu prüfen haben. Bezüglich der Person des Testierenden arbeitet der Gesetzgeber mit dem Begriff des „in Insolvenzverfahren erfahrenen ...“. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff wird von den Gerichten ausgelegt werden müssen. Bestehen begründete Zweifel an der Schlüssigkeit des Testats wird der Schuldner aufzufordern sein, seinen Vortrag oder die Bescheinigung nachzubessern. Bei verbleibenden ernstlichen Zweifeln wird gegebenenfalls auch die Einschaltung eines Sachverständigen zu erwägen sein. Um insoweit Streitigkeiten zu Beginn des Verfahrens zu vermeiden, erscheint eine frühzeitige Einbeziehung des jeweiligen Insolvenzgerichts angezeigt, um Einvernehmen hinsichtlich der Person des Testierenden und der Aussage-tiefe der Bescheinigung zu erzielen.

Gemäß § 270b Abs. 2 Satz 1 und 2 InsO kann der Schuldner eine Person als Sachwalter vorschlagen, die personenverschieden von dem Aussteller der Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 InsO sein muss. Das Gericht kann von diesem Vorschlag nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person zur Übernahme des Amtes nicht geeignet ist. Es liegt nahe, dass ein solcher vom Schuldner vorgeschlagene Sachwalter bei den Gläubigern Misstrauen an dessen Unabhängigkeit hervorrufen wird, dies gilt insbesondere dann, wenn dieser „mitgebrachte“ Sachwalter auch zuvor den Schuldner beraten hat.

Die Gestaltungsmöglichkeiten von Insolvenzplänen werden durch das ESUG erheblich erweitert. So werden sich zukünftig im Insolvenzplan sämtliche gesellschaftsrechtlich zulässigen Regelungen treffen lassen, wobei die Übertragung von Gesellschaftsanteilen (debt to equity swap) besonders hervorzuheben ist.

Dies wird die Anforderungen an die Insolvenzgerichte nicht unerheblich erhöhen. Die zum 1. Januar 2013 in Kraft tretende Verlagerung der Planverfahren aus dem Zuständigkeitsbereich der Rechtspflegerschaft in den Bereich der Richterschaft dürfte zunächst zu Verzögerungen führen, da nicht nur die entsprechenden personellen Kapazitäten fehlen, sondern auch erst eine Einarbeitung in die neue Materie erfor-

derlich ist. Besondere Anforderung dürften Pläne darstellen, die erst in eröffneten Verfahren vorgelegt werden. Da nach Verfahrenseröffnung die Zuständigkeit vom Richter auf den Rechtspfleger übergeht, wird in diesen Fällen eine erneute Einarbeitung in das Insolvenzverfahren und anschließend eine Befassung mit dem Plan erforderlich. Bereits vor diesem Hintergrund wird die zweiwöchige Frist des § 231 Abs. 1 Satz 2 InsO schwer einzuhalten sein, die auch ohne Zuständigkeitsverlagerung knapp bemessen ist. Ein Insolvenzplan sollte vor diesem Hintergrund, gerade bei angestrebter Eigenverwaltung, mit Antragstellung zunächst als Entwurf eingereicht werden. Dies gibt sowohl den Gerichten als auch den weiteren Beteiligten ausreichend Gelegenheit, ohne zeitliche Nöte Problemfelder des Plans in Ruhe zu erörtern. Diese Erwägungen gelten auch für die Frist gemäß § 232 Abs. 3 Satz 2 InsO, innerhalb derer die Beteiligten zum Plan Stellung nehmen können. Ist ein Insolvenzplan nicht mit diesen abgestimmt, lässt die Kürze der Frist eine hinreichende Auseinandersetzung mit dem Plan nicht zu, was einer Zustimmung zum Plan nicht förderlich erscheint.

Der vorläufige Gläubigerausschuss: Stärkung der Gläubigermitbestimmung

Prof. Dr. Hans Haarmeyer, Direktor des Deutschen Instituts für angewandtes Insolvenzrecht - DIAI, Remagen

Unbestritten werden die Weichen eines Unternehmensinsolvenzverfahrens bereits in den ersten 10–14 Tagen in die richtige oder in die falsche Richtung gestellt. Vor diesem Hintergrund sollen die betroffenen Gläubiger künftig die Möglichkeit erhalten, schon vom ersten Tag eines Verfahrens diese zentralen Weichenstellungen mit zu beeinflussen. Voraussetzung ist, dass krisengeschüttelte Unternehmen zumindest in der letzten Phase der Krise den Dialog mit den Gläubigern aufnehmen und sie davon überzeugen, einen gemeinsamen Weg hin zu einer Sanierung im Insolvenzverfahren einzuschlagen. Unternehmen hingegen, die ihre Gläubiger mit einem Insolvenzantrag überraschen, sollen von diesen Vorteilen zu Recht ausgeschlossen werden. Maßgebliches Instrument zur Sicherung der frühen Gläubigermitbestimmung ist der vorläufige Gläubigerausschuss. Damit will der Gesetzgeber zugleich sicherstellen, dass das Insolvenzgericht vom ersten Tag an auch Erkenntnisse der Gläubiger über das Schuldnerunternehmen in seine Entscheidung einbinden kann.

Ausschussmitglieder

Das Insolvenzverfahren ist von heterogenen Gruppeninteressen geprägt. Soll verhindert werden – und dies ist der Wille des Gesetzgebers –, dass sich im Insolvenzverfahren das Recht des Stärkeren gegen die schützenswerten Interessen der allgemeinen Insolvenzgläubiger durchsetzt, dann müssen alle Gruppeninteressen auch in der Repräsentation der Mitglieder eines vorläufigen Gläubigerausschusses zum Ausdruck kommen. Ein im Eröffnungsverfahren vorgeschlagener vorläufiger Gläubigerausschuss muss daher aus mindestens fünf Mitgliedern bestehen. Diese müssen überschneidungsfrei und eindeutig den Gruppen der Kreditwirtschaft, der Sicherungsgläubiger, der institutionellen Gläubiger, der ungesicherten Gläubiger sowie den Vertretern von Arbeitnehmerinteressen zuzuordnen sein. Wird mit dem Antrag eines Schuldners von den Gläubigern ein vorläufiger Gläubigerausschuss vorgeschlagen, in dem die fünf Gruppen von Gläubigern eindeutig vertreten sind, so ist dieser als vorläufiger Gläubigerausschuss vom Gericht zu bestellen. Damit wird der Schuldner „belohnt“, der sich rechtzeitig an seine Gläubiger wendet. Gleichzeitig ist gewährleistet, dass die

Gläubiger vom ersten Tag des Verfahrens – ohne dass ein verzögerndes Element eintreten kann – Einfluss auf die weitere Gestaltung, die Wahrnehmung von Sanierungsmöglichkeiten sowie eine möglichst schnelle Eröffnung nehmen können.

Aufgaben eines vorläufigen Gläubigerausschusses:

- Anhörungsrecht vor Bestellung eines Verwalters durch Benennung eines konkreten Anforderungsprofils (§ 56a Abs. 1 InsO),
- Einstimmiger, bindender Vorschlag für einen Verwalter (§ 56a Abs. 2 InsO),
- einstimmige Ersetzung der gerichtlichen Auswahlentscheidung ohne Beteiligung des vorläufiger Gläubigerausschusses (§ 56a Abs. 3 InsO),
- Antrag auf Aufhebung des Schutzschirmverfahrens vor Ablauf der gesetzten Frist (§ 270b Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 InsO),
- Stellungnahme zum Antrag auf Eigenverwaltung (§ 270 Abs. 3 InsO),
- alle gesetzlichen Aufgaben nach § 69 InsO sowie
- Zustimmung zu allen Maßnahmen nach § 160 InsO.

Der „Kann-Soll-Muss-Ausschuss“

Will man sich die neuen Möglichkeiten zur Gläubigermitbestimmung via vorläufigem Gläubigerausschuss bewusst machen und die zentrale Bedeutung der richtigen gerichtlichen Weichenstellung erkennen, dann ist es gut, zunächst zwischen drei unterschiedlichen gesetzlichen Möglichkeiten zu unterscheiden:

- dem „Kann-Ausschuss“,
- dem „Soll-Ausschuss“ und
- dem „Muss-Ausschuss“.

Zugleich darf man sich nicht davor verschließen, dass die Varianz dessen, was tatsächlich bei Gericht künftig vorkommt, sich in unzähligen Varianten unterscheiden wird.

Der „Kann-Ausschuss“

War bisher umstritten, ob es überhaupt gesetzlich zulässig ist, schon im Eröffnungsverfahren einen vorläufigen Gläubigerausschuss zu bestellen, so ist dies nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a InsO nunmehr eine vorläufige Maßnahme, keine Sicherungsmaßnahme, und kann daher in jeder Verfahrens-

lage auf Antrag oder von Amts wegen zur Anwendung gebracht werden. Eine Besonderheit ist, dass wegen fehlender Betriebsnähe Nicht-Gläubiger in einem vorläufigen Gläubigerausschuss nicht vertreten sein dürfen, wohl aber Gläubiger, die erst mit Eröffnung Gläubiger werden. Dazu gehören nicht nur der Pensionssicherungsverein (PSV) und die Bundesagentur für Arbeit, sondern auch alle Gläubiger unbestrittener oder titulierter Forderungen. Für die Arbeitnehmer dürfte auch die Vertretung von Arbeitnehmerinteressen durch eine im Unternehmen tätige Gewerkschaft zulässig sein.

Der „Soll-Ausschuss“

Auch wenn Unternehmen die Schwellenwerte eines Muss-Ausschusses nicht erreichen, soll das Gericht nach § 22a Abs. 2 InsO einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, wenn dies vom Schuldner, einem beliebigen Gläubiger oder einem bereits bestellten vorläufigen Verwalter beantragt wird. Diesem Antrag soll stattgegeben werden, wenn dem Gericht Personen benannt werden, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen und deren Einverständniserklärungen dem Antrag beigelegt sind. Geht ein solcher Antrag direkt mit dem Antrag ein, dann sollte das Gericht nicht zögern, den Ausschuss zu bestellen. Aber auch hier gilt der Grundsatz der Repräsentativität und der Notwendigkeit eines Interessenausgleichs durch einen Fünfer-Ausschuss.

Der „Muss-Ausschuss“

Erfüllt das Unternehmen die Schwellenwerte nach § 22a Abs. 1 InsO und hat es den Betrieb bei Antragstellung noch nicht eingestellt, so ist das Gericht verpflichtet, einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen und muss dies tun, wenn mit dem vollständigen Antrag zugleich ein ordnungsgemäß besetzter Ausschuss vorgeschlagen wird und die Einverständniserklärungen der Vorgeschlagenen vorliegen. Entscheidend für die Schwellenwerte sind die Merkmale im vorangegangenen Geschäftsjahr der Antragstellung. Das Gericht hat die Angaben des Schuldners nur auf Plausibilität zu prüfen, da ansonsten nicht erhebliche Verzögerungen eintreten, die den Sanierungsprozess gefährden könnten. Dem Insolvenzantrag müssen zwingend alle Anlagen nach

§ 13 InsO beigelegt sein. Fehlen diese Anlagen oder sind sie unvollständig, dann ist der Antrag unzulässig. Von der Einsetzungspflicht befreien allein die zu erwartenden Belastungen für die Insolvenzmasse, die aber zu vernachlässigen sein dürfte, sowie eine mit der Einsetzung zu erwartende Verzögerung (§ 22a Abs. 3 InsO). Hat das Gericht von der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses abgesehen und sofort einen vorläufigen Verwalter bestellt, so muss es die Einsetzung unverzüglich nachholen, damit dieser gegebenenfalls von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch machen kann.

Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters

Auch nach dem ESUG ist und bleibt die persönliche Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters und seiner Kanzlei von Gläubigern wie vom Schuldner der Dreh- und Angelpunkt des Verfahrens. Einzige Ausnahme: allgemeine, nicht verfahrensbezogene Beratung des Schuldners (§ 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 InsO). Dabei ist der Verwalter in vollem Umfang offenbarungspflichtig und hat auf jede Tatsache hinzuweisen, die seine persönliche Unabhängigkeit und die seiner Kanzlei infrage stellt oder einen Interessenkonflikt enthalten könnte. Verstößt er dagegen, ist dies unmittelbar ein wichtiger Entlassungsgrund. Diese Prüfung der Unabhängigkeit als persönliches Eignungskriterium nach § 56 InsO ist auch bei Vorschlägen durch Gläubiger oder Gläubigerausschüsse gerichtlich zu prüfen und nicht durch Wahlentscheidungen verzichtbar. Denn ein nicht unabhängiger Verwalter ist objektiv ungeeignet. Daher müssen auf jeden Fall von einem vorgeschlagenen und/oder zu bestellenden Verwalter Fragen nach geschäftlichen Beziehungen zwischen ihm, seiner Kanzlei oder ihm nahestehenden Personen zu dem vorschlagenden Schuldner/Gläubiger in der Gegenwart oder Vergangenheit ebenso beantwortet werden, wie z.B. die Frage, ob er von einem finanzierenden Hauptgläubiger und/oder einem vorschlagenden Gläubiger bereits mehrfach in anderen Verfahren vorgeschlagen worden ist.

Einen Musterantrag auf Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses finden Sie auf der nächsten Seite.

Musterantrag

In dem Insolvenzverfahren über das Vermögen des/der beantrage(n) ich/wir als Gläubiger¹ des schuldnerischen Unternehmens die sofortige Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses zur Begleitung und Umsetzung eines von uns mitgetragenen Sanierungskonzeptes² und benennen nach § 22a Abs. 2 InsO zu seiner Besetzung die nachfolgenden fünf³ Personen, die repräsentativ⁴ die beteiligten Gläubigergruppen abbilden:

1. Herrn / Frau als Vertreter(in) der Hausbank der Schuldnerin und Kreditgläubiger
2. Herrn / Frau als Lieferant des Schuldners und Inhaber umfassender Eigentumsvorbehaltsrechte
3. Herrn / Frau als Vertreter(in) des zuständigen Finanzamtes für die Schuldnerin
4. Herrn / Frau als Inhaber einer titulierten Forderung und Vertreter(in) der ungesicherten Gläubiger
5. Herrn / Frau BR-Mitglied/Gewerkschaft im schuldnerischen Unternehmen

Die benannten Personen sind durch Herrn/Frau Rechtsanwalt über die Rechte und Pflichten als Mitglied eines vorläufigen Gläubigerausschusses belehrt⁵ worden und haben nach Belehrung schriftlich die Bereitschaft erklärt, in einem durch das Gericht zu bestellenden vorläufigen Gläubigerausschuss mitzuarbeiten (Anlage 1, im Original unterzeichnete Erklärung der benannten Personen⁶).

Diesem Antrag ebenfalls beigelegt sind die Nachweise der Inhaberschaft der Forderungen der benannten Personen gegenüber dem schuldnerischen Unternehmen (Anlage 2) sowie die Gläubigereigenschaft der Antragsteller (Anlage 3)⁷.

Die benannten Personen haben erklärt, ihren Anspruch auf Vergütung für die Tätigkeit im Eröffnungsverfahren im Interesse einer Schonung der Masse auf den gesetzlichen Betrag von 300,- Euro zu beschränken⁸ und haben zudem für die haftungsrechtliche Absicherung ihrer Tätigkeit bereits eine vorläufige Deckungszusage der Versicherung erhalten, die wir beifügen (Anlage 4)⁹.

In ihrer konstituierenden¹⁰ Sitzung am haben sich die benannten Mitglieder des präsumtiven vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 56a Abs. 2 einstimmig dafür ausgesprochen, dem Insolvenzgericht Herrn/Frau zum vorläufige(n) Insolvenzverwalter(in) für dieses Verfahren vorzuschlagen (Anlage 5 Sitzungsprotokoll mit Beschlussfassung). Herr/Frau ist ein(e) seit vielen Jahren und bei vielen Gerichten bestellte(r) und erfahrene(r) Insolvenzverwalter(in). Es handelt sich bei ihr/ihm um eine von den Gläubigern wie dem Schuldner dieses Verfahrens unabhängige Person iSd § 56 Abs. 1 InsO¹¹.

Zudem haben sich die Benannten für ihre weitere Tätigkeit auf die anliegende Satzung zur Gestaltung ihrer Tätigkeit als vorläufiger Gläubigerausschuss geeinigt und überreichen diese dem Gericht zur Kenntnis (Anlage 6 Satzung/Geschäftsordnung).¹²
Für den Fall der Bestellung durch das Gericht beantragen wir schon jetzt, den vorläufigen Gläubigerausschuss in der vorgeschlagenen Besetzung auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Beschluss als Gläubigerausschuss bis zum Berichtstermin im Amt zu bestätigen.¹³

Ort, Datum
Unterschrift
Anlagen 1 – 6

1 Als Gläubiger gelten nicht betriebsfremde Personen oder sachverständige Dritte, da das Gesetz insoweit nur auf § 67 Abs. 2 InsO Bezug nimmt. Gleichwohl können sich natürlich Gläubiger im vorgenannten Sinne im Ausschuss vertreten lassen, so z. B. Arbeitnehmer durch eine im Unternehmen aktive Gewerkschaft. Antragsberechtigt sind nach § 22a Abs. 2 zudem der Schuldner sowie ein bereits bestellter vorläufiger Insolvenzverwalter.

2 Grundsätzlich bedarf der Antrag keiner Begründung, es kann jedoch empfehlenswert sein, dem Gericht auch insoweit eine Entscheidungshilfe an die Hand zu geben.

3 Will man den Eindruck eines gruppenorientierten Antrags vermeiden und zugleich den weiteren Vorschlägen entsprechende repräsentative Legitimation verleihen, empfiehlt es sich, den Ausschuss mit fünf Personen zu besetzen, die den Gruppen Kreditwirtschaft, Sicherungsgläubiger, ungesicherte Gläubiger, institutionelle Gläubiger und Vertretern der Arbeitnehmerschaft zuzuordnen sind.

4 Es sollte sorgfältig darauf geachtet werden, dass die jeweils benannte Person eindeutig und überschneidungsfrei einer der fünf vorgenannten Gruppen angehört.

5 Zur Vermeidung von Verzögerung sollte die Belehrung bereits vor Aufnahme der präsumtiven Mitgliedschaft erfolgen und entsprechend dokumentiert werden. Daher sind die Einverständniserklärungen auch mit einer entsprechenden Erläuterung zu versehen, um Nachfragen des Gerichts und damit möglicherweise eintretende Verzögerungen zu vermeiden.

6 Die Einverständniserklärung sollte folgenden Mindestinhalt haben: „Nachdem ich durch über die gesetzliche Stellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses sowie über die individuellen Rechte und Pflichten eines Mitgliedes unterrichtet und belehrt worden bin, erkläre ich hiermit mein Einverständnis zur Bestellung durch das Gericht....“.

7 Wie bei der Anmeldung einer Forderung sollten die notwendigen Nachweise (Verträge, Rechnungen, Lieferscheine, Titel, Schuldanerkenntnisse etc.) dem Antrag beigelegt werden.

8 Grundsätzlich steht es jedem Ausschussmitglied frei, auf den Vergütungsanspruch zu verzichten oder sich der Höhe nach der gesetzlichen Regelung zu unterwerfen.

9 Mit der vorgenannten Erklärung werden die vom Gericht ggf. zu erwägenden Risiken überhöhter und damit unverhältnismäßiger Kosten (§ 22a Abs. 3) aufgenommen und es werden zugleich nachteilige zeitliche Verzögerungen vermieden. Mit der vorläufigen Deckungszusage ist zudem der Ausschuss sofort arbeits- und entscheidungsfähig.

10 Zur Vermeidung von Verzögerungen bei der Einsetzung sollten sich die künftigen Mitglieder bereits vor Einreichung des Antrags als präsumtiver Ausschuss konstituiert haben und sich sowohl eine Satzung wie ggf. auch eine Geschäftsordnung gegeben haben. Über Ort, Zeit, Inhalt etc. ist ein Protokoll zu fertigen, das von einem Protokollführer unterzeichnet und dem Gericht im Rahmen der Antragstellung im Original oder in beglaubigter Abschrift vorgelegt werden sollte.

11 Gerade um der Gefahr der Bestellung eines nicht unabhängigen Insolvenzverwalters vorzubeugen, empfiehlt es sich, zugleich mit dem Antrag auch eine persönliche Erklärung des Vorgeschlagenen zu seiner Unabhängigkeit von allen Beteiligten vorzulegen. Vgl. dazu die Mustererklärung zur Unabhängigkeit in dieser Broschüre.

12 Vgl. dazu die nachfolgende Mustersatzung, abgedruckt in ZInsO 2010, 1059ff.

13 Weil das Amt eines vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 22a InsO mit der Eröffnung endet, ist eine gesonderte Beschlussfassung über seine Beibehaltung notwendig.

Projektvorbereitung und Erstellung eines integrierten Sanierungskonzeptes

RA Dr. Jochen Vogel, mbb [consult] GmbH

Die Vorschriften des § 270a und § 270b InsO eröffnen neue Gestaltungsmöglichkeiten für ein Planinsolvenzverfahren in Eigenverwaltung. Nach diesen Vorschriften kann der Schuldner die Vorbereitung und Durchführung eines Insolvenzverfahrens weitgehend eigenverantwortlich ausgestalten. Um dieses Vertrauen des Gesetzgebers zu rechtfertigen, muss der Schuldner nicht nur formale Voraussetzungen erfüllen (z. B. Vorlage einer Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO), sondern auch praktisch den Gläubigern ein überzeugendes Restrukturierungskonzept präsentieren. Hierzu müssen eine ganze Reihe von Fragestellungen sorgfältig vorab geprüft werden.

Dabei handelt es sich im Wesentlichen um:

1. Betriebswirtschaftliche Unterlagen,

- a. zur wirtschaftlichen Ausgangssituation,
- b. zur Analyse der Krisenursachen und -stadien,
- c. zu Sanierungsansätzen und Maßnahmen zur Beseitigung der Krisenursachen,
- d. zur Identifizierung von offensichtlichen Sanierungshemmnissen,
- e. zur Erstellung einer integrierten Sanierungs-/Businessplanung sowie
- f. zum Leitbild des sanierten Unternehmens.

2. Juristische Unterlagen,

- a. zu allgemeinen Rechtsverhältnissen aber auch insolvenzrechtlichen Auswirkungen innerhalb eines Unternehmens- und Haltungsverbandes,
- b. zur Erstellung eines Bankenspiegels,
- c. zur Vorprüfung der verschiedenen insolvenzrechtlichen Szenarien sowie
- d. zur Vorprüfung der steuerrechtlichen und arbeitsrechtlichen Aspekte.

3. Unterlagen zur Sicherstellung einer proaktiven insolvenz- und unternehmensspezifischen Kommunikation an alle Stakeholder (z. B. Mitarbeiter, Kunden, Lieferanten, Behörden, Banken, Medien etc.).

Die zuvor genannten Unterlagen erstellt ein erfahrener Berater direkt so, dass diese für den zu erstellenden Insolvenz-

plan aber auch für das zur Rettung des Unternehmens notwendige operative Sanierungskonzept in geeigneter Form miteinander abgestimmt und verknüpft zur Verfügung stehen. So können spätere Änderungen tatsächlicher, rechtlicher oder betriebswirtschaftlicher Art in allen relevanten Unterlagen unverzüglich (gegebenenfalls mit den Effekten) dargestellt werden. Der für die Erstellung des integrierten Sanierungskonzeptes eingesetzte Berater sollte daher neben „handwerklichen“ Fähigkeiten (z. B. MS-Office Produkte sowie Professional Planner) über ausgewiesene Expertisen u. a.

1. in betriebswirtschaftlichen Fragestellungen (auf Basis aktueller Standards wie IDW S 6),
2. im Insolvenzrecht (spezifische Kenntnisse im Bereich Insolvenzplanverfahren in Eigenverwaltung), Steuerrecht, Arbeitsrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht,
3. in der operativen Restrukturierung und
4. in der geeigneten unternehmensinternen und externen Kommunikation

verfügen. Die Praxiserfahrung zeigt, dass ein derartiges Aufgabenpaket regelmäßig nur von einem eingespielten, interdisziplinären Team abgebildet werden kann. Der verantwortliche Projektleiter sollte zudem über Erfahrungen im Interimsmanagement verfügen, um vor Antragstellung die Position eines Chief Restructuring Officer (CRO) in der Unternehmensleitung übernehmen zu können. So begleitet er das Unternehmen und das bestehende Management durch alle Phasen des Verfahrens und überwacht gleichzeitig die festgelegten Zeitpläne für

- die Durchführung des Insolvenzplanverfahrens,
- das Aufsetzen und die Umsetzung des operativen Sanierungskonzeptes sowie
- die interne und externe Kommunikation.

Der Projektleiter/CRO stellt auch sicher, dass frühzeitig das notwendige Know-how beim Unternehmen aufgebaut wird und so der eingeschlagene Weg des operativen Sanierungskonzeptes nach erfolgreicher Durchführung des Insolvenzplanverfahrens weiterverfolgt wird.

So bleibt neben der Vorbereitung eines Insolvenzverfahrens auch die professionelle Übergabe der Aufgaben an die operativ verantwortlichen Manager ein wichtiger Schlüssel zum Erfolg.

Vorbesprechungen mit dem Gericht vor der Insolvenzantragstellung

RA Robert Buchalik, Partner der bb [sozietät] Buchalik Brömmekamp, Düsseldorf

Der Erfolg des Schutzschirmverfahrens hängt im Wesentlichen davon ab, dass die Zusammenarbeit zwischen Schuldner, vorläufigem Gläubigerausschuss, vorläufigem Sachwalter und Insolvenzgericht gut verzahnt ist.

Die Anlage des Schutzschirmverfahrens seitens des Gesetzgebers ist verhältnismäßig komplex in § 270b InsO geregelt, was sich schon darin äußert, dass zumindest drei Anträge gestellt werden müssen (vgl. hierzu den Beitrag auf S. 14). Um dem Verfahren zum Erfolg zu verhelfen, erscheint es notwendig, dass der Insolvenzschuldner frühzeitig mit dem Insolvenzgericht Kontakt aufnimmt, um über das beabsichtigte Schutzschirmverfahren zu informieren und die einzelnen Schritte mit dem zuständigen Insolvenzrichter abzustimmen.

Ein solches Gespräch sollte idealerweise etwa 72 Stunden vor der Insolvenzantragstellung erfolgen und ist insolvenzrechtlich unschädlich, weil der Insolvenzschuldner für dieses Verfahren zu diesem Zeitpunkt nicht zahlungsunfähig sein darf (vgl. § 270b Abs. 1 Sätze 1 und 3 InsO).

Im Rahmen eines solchen Gespräches sollte über folgende Punkte mit dem zuständigen Insolvenzrichter Einigkeit erzielt werden:

- **Einrichtung eines vorläufigen Gläubigerausschusses (§ 22a InsO):**

Idealerweise bringt der Schuldner zu dem Vorbesprechungstermin mit dem Gericht bereits eine Vorschlagsliste mit potenziellen Gläubigerausschussmitgliedern mit. Gegebenenfalls benennt er dem Gericht sogar schon konkrete Personen, die sich bereit erklärt haben, als Mitglieder am vorläufigen Gläubigerausschuss mitzuwirken (belegt durch entsprechende schriftliche Einverständniserklärungen).

- **Person des vorläufigen Sachwalters (§ 270b Abs. 2 Sätze 1 und 2 InsO):**

Der Schuldner kann dem Gericht einen vorläufigen Sachwalter vorschlagen. Von diesem Vorschlag darf das Gericht nur abweichen, wenn der vorläufige Sachwalter

aus Sicht des Gerichtes offensichtlich ungeeignet ist. Das ist immer dann anzunehmen, wenn es ihm an der erforderlichen Unabhängigkeit fehlt. Aber auch im Übrigen empfiehlt es sich, mit dem Gericht eine vertrauensvolle Abstimmung im Hinblick auf die Person des vorläufigen Sachwalters herbeizuführen.

- **Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO:**

Mit dem Eröffnungsantrag ist beim Schutzschirmverfahren nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO eine mit Gründen versehene Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Berufsträgers vorzulegen. Das Gericht hat insoweit nicht nur in Bezug auf die Qualifikation des Bescheinigers ein Prüfungsrecht, sondern auch in Bezug auf den Inhalt der Bescheinigung. Möglicherweise wird das Gericht auf dem Standpunkt stehen, dass diese Bescheinigung von einem fachkundigen Dritten auf ihre inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen ist, wenn es selbst nicht über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügt. Um hier Zeitverluste zu vermeiden, die den Erfolg des Schutzschirmverfahrens gefährden könnten, empfiehlt es sich bereits im Vorfeld mit dem Gericht zu klären, welche Person oder Stelle diese Bescheinigung prüfen könnte. Bei einer solchen Vorgehensweise kann der Insolvenzrichter noch am Tag der Antragstellung den Auftrag zur Prüfung der Bescheinigung in Auftrag geben.

Vor der Einleitung des Schutzschirmverfahrens sind Vorbesprechungen mit dem zuständigen Insolvenzrichter anzuraten. Solche Vorgespräche mit den Insolvenzgerichten haben auch schon in der Vergangenheit stattgefunden, sie wurden nur nicht öffentlich publiziert.

Der Erfolg des Schutzschirmverfahrens wird ganz wesentlich davon abhängen, ob es zu solchen Gesprächen kommt und Gerichte und Schuldner sich nicht als Gegner, sondern als Partner sehen.

Der Ablauf des Schutzschirmverfahrens

RA Robert Buchalik, Partner der bb [sozietät] Buchalik Brömmekamp, Düsseldorf

Das Schutzschirmverfahren richtig angewandt, wird neue Sanierungsmöglichkeiten eröffnen. Es birgt aber für alle Beteiligten erhebliche Gefahren, wenn zu leichtfertig damit umgegangen wird. Den Gerichten kommt daher eine Schlüsselfunktion zu, um die Spreu vom Weizen zu trennen.

Ist das Unternehmen bereits zahlungsunfähig, scheidet das Schutzschirmverfahren von vornherein aus. Nach § 270b Abs. 1 Satz 1 InsO kann das Schutzschirmverfahren nur bei Vorliegen von drohender Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung durchgeführt werden (vgl. Übersicht Punkte 1. und 2. in Abbildung auf S. 16).

Der Erfolg des Schutzschirmverfahrens hängt vor allem von der professionellen Vorbereitung ab. Dazu ist die Erarbeitung eines operativen Restrukturierungskonzeptes erforderlich (vgl. Übersicht Punkt 3. und den Beitrag auf S. 12). Liegt ein solches vor und bereitet auch die Erstellung der Bescheinigung im Sinne des § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO keine Probleme, sollte etwa 72 Stunden vor der Insolvenzantragstellung eine Vorbesprechung mit dem zuständigen Richter über das beabsichtigte Schutzschirmverfahren stattfinden (vgl. hierzu auch den Beitrag auf S. 13).

Für die Einleitung des Schutzschirmverfahrens nach § 270b Abs. 1 InsO müssen dem Gericht zumindest folgende drei Anträge vorgelegt werden:

1. Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wegen drohender Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung (vgl. Übersicht Punkt 4.),
2. Antrag auf Eigenverwaltung (vgl. Übersicht Punkt 5.) und
3. Antrag auf Bestimmung einer Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans (vgl. Übersicht Punkt 7.).

Mit dem Eröffnungsantrag hat der Schuldner eine Bescheinigung im Sinne des § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO vorzulegen, die das Gericht formell und materiell zu prüfen hat (vgl. Übersicht Punkt 6.). Im Hinblick auf die Prüfungspflicht des Gerichts geht keine wertvolle Zeit verloren, sofern es insoweit

im Vorfeld schon zu einem ausreichenden Abstimmungsprozess zwischen den Beteiligten gekommen ist. Die Überprüfung der Bescheinigung kann aber auch dann kurzfristig erfolgen, wenn der zuständige Richter fachlich dazu in der Lage ist, die Bescheinigung selbst zu prüfen. Sollte das nicht der Fall sein, wäre es für die Gerichte hilfreich, auf eine Liste mit qualifizierten Prüfern zurückgreifen zu können, die in derartigen Fällen ein zügiges Überprüfungsergebnis gewährleisten (vgl. hierzu auch den Beitrag auf S. 17 ff.).

Mit dem Eröffnungsantrag kann ein Antrag und/oder die Anregung auf Anordnung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen nach §§ 270b Abs. 2 Satz 3, 21 Abs. 1 und 2 Satz 1 Nr. 1a, 3 bis 5 InsO verbunden sein (vgl. Übersicht Punkt 8.). Auf diese Weise kann u. a. sichergestellt werden, dass die Fortführung des Unternehmens unter dem Schutzschirm nicht durch Verwertungs- und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen seitens einzelner Gläubiger gefährdet wird.

Um das Schutzschirmverfahren so effektiv wie möglich zu gestalten, sollte der Schuldner nach vorheriger Abstimmung mit dem Gericht einen Vorschlag zur Person des vorläufigen Sachwalters unterbreiten (vgl. Übersicht Punkt 9.). Zwar darf das Gericht von diesem Vorschlag des Schuldners nur abweichen, wenn der vorläufige Sachwalter aus Sicht des Gerichtes offensichtlich ungeeignet ist. Ungeeignetheit liegt immer dann vor, wenn es an der notwendigen Unabhängigkeit fehlt. Eine abweichende Entscheidung durch das Gericht ist aber eine nicht justiziable Ermessensentscheidung, die lediglich zu begründen ist, vgl. § 270b Abs. 2 Satz 2 InsO. Eine Vorbesprechung mit dem Gericht verhindert, dass es über diese Fragestellung überhaupt zu einer Diskussion kommt.

Gegebenenfalls wird der Schuldner mit seinem Eröffnungsantrag auch einen Antrag auf Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses gemäß § 22a Abs. 2 InsO stellen (vgl. Übersicht Punkt 10.). Diesem Antrag nach § 22a Abs. 2 InsO soll das Gericht stattgeben, wenn dem Gericht Personen benannt werden, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen und deren Einverständniserklärungen dem Antrag beigelegt sind. Empfehlenswert ist es, dass sich schon vor Antragstellung ein vorläufiger

Gläubigerausschuss gebildet hat. Der Insolvenzschuldner sollte dem Gericht die Personen dieses Gremiums vorstellen (vgl. hierzu auch den Beitrag auf S. 9 f.).

Sofern die Voraussetzungen des § 270b Abs. 1 und 2 InsO vorliegen (vgl. Übersicht Punkte 11., 12., 13.), erlässt das Gericht im Insolvenzeröffnungsverfahren einen Beschluss mit folgenden Anordnungen:

- Bestellung eines vorläufigen Sachwalters, §§ 270b Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 270a Abs. 1 Satz 2 InsO (vgl. Übersicht Punkte 9. und 13.),
- Bestimmung einer Frist zur Vorlage des Insolvenzplans, § 270b Abs. 1 Sätze 1 und 2 InsO (vgl. Übersicht Punkte 7. und 13.),
- ggf. Anordnung von vorläufigen Maßnahmen, § 270b Abs. 2 Satz 3 InsO (vgl. Übersicht Punkt 8. und 13.) und
- ggf. Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses (vgl. Übersicht Punkte 10. und 13.).

Vom Gesetzgeber offen gelassen wurde, ob dieser Beschluss zu veröffentlichen ist. Eine Veröffentlichung ist schon deshalb sinnvoll, weil ansonsten einzelnen Gläubigern ein unzulässiger Informationsvorsprung verschafft wird (vgl. Übersicht Punkt 14.).

Da der Schuldner verwaltungs- und verfügungsbefugt bleibt, beschränkt sich die Rolle des vorläufigen Sachwalters darauf, vorrangig die wirtschaftliche Lage des Schuldners zu prüfen und die Geschäftsführung sowie die Ausgaben für die Lebensführung des Schuldners zu überwachen, vgl. § 270b Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 270a Abs. 1 Satz 2, 274 Abs. 2 InsO (vgl. Übersicht Punkt 18.).

Der vorläufige Sachwalter wird zudem vom Gericht in der Regel zusätzlich als Sachverständiger beauftragt, zu prüfen, ob das Vermögen des Schuldners die Kosten des Verfahrens decken wird (vgl. Übersicht Punkt 19.).

Eine wesentliche Stärkung erfährt das Schutzschirmverfahren durch die Befugnis des Schuldners, Masseverbindlichkeiten begründen zu können. Das Insolvenzgericht hat nach § 270b Abs. 3 InsO ohne jede Prüfungsbefugnis dem Schuld-

ner eine unbeschränkte Masseverbindlichkeiten-Begründungskompetenz auf dessen Antrag hin einzuräumen. Der Gesetzgeber begründet diesen Schritt damit, dass es gerade in der kritischen Phase des Eröffnungsverfahrens geboten wäre, das Vertrauen der Stakeholder zu gewinnen, da deren Mitwirkung für die Betriebsfortführung unerlässlich sei (vgl. Übersicht Punkt 16.a)).

Auch die Regelungen der §§ 183 ff. SGB III zum Insolvenzgeld finden auf das Schutzschirmverfahren Anwendung, weil es ein Insolvenzeröffnungsverfahren ist (vgl. Übersicht Punkt 16.b)). Durch das Insolvenzgeld (§§ 183 ff. SGB III) hat der Gesetzgeber ein wirksames Mittel zur Liquiditätsschöpfung geschaffen, welches die Betriebsfortführung im Eröffnungsverfahren sichert. In der Praxis üblich ist insoweit die Insolvenzgeldvorfinanzierung. Wie man dem § 55 Abs. 3 InsO entnehmen kann, sind Ansprüche der Bundesagentur für Arbeit wegen der Zahlung von Insolvenzgeld immer Insolvenzforderungen, insbesondere also auch, wenn ein starker vorläufiger Verwalter die Arbeitsleistung in Anspruch genommen hat. Nichts anderes kann im Schutzschirmverfahren gelten, zumal auch hier – wie im Regelinsolvenzverfahren – der Sinn und Zweck die Betriebsfortführung in der Insolvenz ist.

Tritt während des laufenden Schutzschirmverfahrens Zahlungsunfähigkeit ein, ist dies nach der gesetzlichen Regelung kein Grund (mehr), das Schutzschirmverfahren vorzeitig aufzuheben. Maßgeblich ist nur, dass zum Zeitpunkt der Stellung des Eröffnungsantrags noch keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, vgl. § 270b Abs. 1 Satz 1 InsO.

Unter der Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters, den er selbst vorgeschlagen hat, und frei von Vollstreckungsmaßnahmen hat der Schuldner nun die Möglichkeit, innerhalb der gesetzten Frist einen Sanierungsplan auszuarbeiten, der ab Eröffnung als Insolvenzplan umgesetzt werden kann (vgl. Übersicht Punkte 15., 16.c), 17.).

Ablauf des Schutzschirmverfahrens (Aufgabenteilung zwischen Schuldner – Gericht – vorläufigem Sachwalter)

Voraussetzungen (Schuldner)		Vorbereitung (Schuldner)	Schutzschirmverfahren/Eröffnungsverfahren (Gericht – vorläufiger Sachwalter)	
Schuldner			Gericht	Schuldner
1. Drohende Zahlungsunfähigkeit	3. Erarbeitung eines operativen Restrukturierungskonzeptes		11. Prüfung der Insolvenzgründe, insbesondere Nichtvorliegen von Zahlungsunfähigkeit	15. Ausarbeitung des Insolvenzplans
und/oder				
2. Überschuldung (kein Schutzschirm bei Zahlungsunfähigkeit vor Antragstellung)	4. Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens		12. Prüfung der Bescheinigung nach § 270b I 3 InsO	16. Operative Betriebsfortführung, insbesondere a) Vereinbarungen mit allen Stakeholdern b) Koordination Insolvenzgeld bzw. Insolvenzgeldvorfinanzierung c) Umsetzung des operativen Restrukturierungskonzeptes
	5. Antrag auf Eigenverwaltung		13. Prüfung der Anträge und ggf. Beschluss zu den Punkten 4., 5., 7., 8., 9. und 10.	
	6. Bescheinigung nach § 270b I 3		14. Veröffentlichung (Punkte zu 13.)	17. Fristgerechte Vorlage des Insolvenzplans
	7. Antrag auf Frist zur Vorlage des Insolvenzplans (max. 3 Monate)			
	8. Ggf. Antrag/Anregung vorläufiger Maßnahmen nach § 21 I, II			
	9. Vorschlag für die Person eines vorläufigen Sachwalters			
	10. Ggf. Antrag auf Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses, § 22a II			
				Sachwalter
				18. Überwachung des Schuldners durch vorläufigen Sachwalter
				19. Vorlage des Gutachtens durch vorläufigen Sachwalter, insb. zur Frage der Deckung der Kosten des Verfahrens

Die Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO

RA Alfred Kraus, bb [sozietät] Buchalik Brömmekamp, Düsseldorf

Der entscheidende Unterschied zu der bisherigen Handhabung bei Anträgen auf Eröffnung eines Eigenverwaltungsverfahrens liegt beim Schutzschirmverfahren in der nach § 270b Abs. 1 Satz 3 vorzulegenden Bescheinigung. Der Gesetzgeber schreibt in § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO lediglich vor, dass die Bescheinigung mit Gründen versehen sein muss, von einem in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberater bzw. einer Person mit vergleichbarer Qualifikation stammt und sich aus ihr ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Nachfolgend werden die Anforderungen an diese Bescheinigung beschrieben.

1. Person des Bescheinigungserstellers

Der in § 270b Abs.1 Satz 3 InsO aufgeführte Personenkreis besteht ausschließlich aus Berufsträgern. Demnach sind Unternehmensberater als Bescheiniger grundsätzlich ausgeschlossen. Von vergleichbarer Qualifikation sollen nach der Gesetzesbegründung etwa Steuerbevollmächtigte oder vereidigte Buchprüfer sein. In fachlicher Hinsicht verlangt § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO, dass die Person des Bescheinigers „in Insolvenzsachen erfahren“ sein muss. Der Ausbildungsnachweis (z. B. Fachanwalts- oder Fachberatertitel) allein kann aber noch nicht genügen. Da nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO in der Bescheinigung auch die Sanierungschancen beurteilt werden müssen, lässt sich daraus schließen, dass die Person des Bescheinigers darüber hinaus über fundierte betriebswirtschaftliche Sanierungskompetenz verfügen muss. Erfahrungen mit der Erstellung von Sanierungskonzepten sind damit beim Bescheiniger genauso unerlässlich wie ausreichende Kenntnisse der integrierten Sanierungsplanung. Das Vorhandensein dieser Erfahrungen kann unterstellt werden, wenn der Bescheiniger schon an mehreren Gutachten nach Standard IDW S 6 mitgewirkt hat.

In der Praxis ist zu empfehlen, dass der Bescheiniger von sich aus schon dem Gericht seine fundierte insolvenzrechtliche Kompetenz darlegt. Dies geschieht am besten durch

eine Auflistung einer angemessenen Zahl insolvenzrechtlicher Mandate, die der Berufsträger bereits begleitet hat, und zudem durch den Nachweis seiner Erfahrung mit der Erstellung von Sanierungsgutachten (z. B. nach Standard IDW S 6). Trägt der Berufsträger darüber hinaus vor, dass er schon Verfasser mehrerer Insolvenzpläne war, die erfolgreich bestätigt wurden, dürften an seiner fachlichen Qualifikation keine Zweifel mehr bestehen.

Nach § 270b Abs. 2 Satz 1 InsO muss der Aussteller der Bescheinigung personenverschieden vom vorläufigen Sachwalter sein. Es erscheint zweifelhaft, ob die bloße Personenverschiedenheit zum Nachweis der Unabhängigkeit ausreicht. Vielmehr muss gefordert werden, dass vorläufiger Sachwalter und Bescheiniger unterschiedlichen Kanzleien angehören. Jede Art von rechtlicher Verbundenheit sollte vermieden werden, um von vornherein auszuschließen, dass die rechtliche und tatsächliche Unabhängigkeit nicht gewahrt ist. Nur so wird etwaigen Zweifeln des Gerichts, aber auch der beteiligten Gläubiger, begegnet.

2. Inhalt der Bescheinigung

a) Drohende Zahlungsunfähigkeit / Keine Zahlungsunfähigkeit

Die bisher in diesem Stadium gestellten Insolvenzanträge wurden zu einem großen Teil bereits bei tatsächlich eingetretener Zahlungsunfähigkeit gestellt. Die in § 270b Abs.1 Satz 3 InsO vorgesehene Bescheinigung über die drohende Zahlungsunfähigkeit muss deshalb sehr substantiiert sein. Die Prüfung, dass drohende Zahlungsunfähigkeit, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, hat in Anlehnung an IDW PS 800 zu erfolgen. Dort wird dezidiert erläutert, welche Prüfungshandlungen durchzuführen sind, um Zahlungsunfähigkeit bzw. drohende Zahlungsunfähigkeit zu erkennen. Im IDW PS 800 werden der aktuelle Stand der gesetzlichen Regelungen und die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zur Beurteilung der eingetretenen oder drohenden Zahlungsunfähigkeit aufgegriffen. Als Grundlage zur Feststellung der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit bedarf es eines Finanz- oder Liquiditätsplans, der auf einem Finanzstatus aufbaut.

b) Überschuldung

Ob der Insolvenzgrund der Überschuldung (§ 19 InsO) vorliegt, sollte durch den Bescheiniger auf der Basis der Empfehlungen des Fachausschusses Recht des IDW FAR 1/1996 erfolgen. Aufgrund des derzeit noch bis zum 31.12.2013 geltenden zweistufigen modifizierten Überschuldungsbegriffs kann auf die Aufstellung einer Überschuldungsbilanz gegenwärtig verzichtet werden, wenn die Fortführungsprognose positiv ausfällt, da allein schon eine positive Fortführungsprognose die Überschuldung entfallen lässt.

c) Nicht offensichtliche Aussichtslosigkeit der Sanierung

Ausweislich der Gesetzesbegründung wird insoweit kein umfassendes Sanierungsgutachten entsprechend formalisierten Standards verlangt. Der Bescheinigung muss aber eine betriebswirtschaftlich fundierte Untersuchung vorausgehen, die die Sanierungsfähigkeit des Schuldners zumindest in Ansätzen bestätigt. Dass die Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist, muss ferner auf der Basis einer geeigneten Unternehmensplanung erfolgen.

Um angestrebten Sanierungsbemühungen von vornherein gewisse Erfolgchancen einräumen zu können, lässt sich aus Sicht der Praxis sagen, dass ein qualitativ hochwertiges Sanierungskonzept maßgebliche Auswirkungen auf den Sanierungserfolg hat. Erst das nachvollziehbare Aufzeigen des Weges und Ziels der Sanierung unter Berücksichtigung der betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Anforderungen schafft Vertrauen bei den Stakeholdern. Die Einhaltung von Sanierungsstandards erhöht damit die Erfolgchancen für die nachhaltige Sanierung des Unternehmens.

Vor diesem Hintergrund sollten die Gründe der Bescheinigung zu folgenden Bereichen belastbare Kernaussagen enthalten, damit die offensichtliche Aussichtslosigkeit einer Sanierung im Rahmen eines Insolvenzplans unter Eigenverwaltung durch den Bescheiniger ausgeschlossen werden kann:

- Kurze Darstellung der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens der letzten drei Jahre in Form von GuV und Bilanz,
- Analyse der Krisenursachen und der Krisenstadien gemäß IDW S 6,

- Sanierungsansätze und Maßnahmen zur Beseitigung der Krisenursachen (Übersicht der Maßnahmen),
- Identifizierung von offensichtlichen Sanierungshemmnissen und erwartetes Verhalten der wichtigsten Stakeholder (Banken, Gesellschafter, Kunden, Lieferanten etc.),
- integrierte Sanierungs-/Businessplanung für das laufende Wirtschaftsjahr und mindestens zwei Folgejahre (Ergebnis-, Finanz- und Vermögensplan) und
- erste Skizze des Leitbildes des sanierten Unternehmens.

Bei der Erstellung eines groben Sanierungskonzeptes erfolgen zunächst eine Beschreibung und eine Darstellung der Entwicklung des Unternehmens. Hierbei wird zum einen die wirtschaftliche Lage beurteilt, zum anderen werden die Ursachen der Krise sowie die Krisenstadien detailliert analysiert. Für eine erfolgreiche Sanierung des Unternehmens muss eine Übersicht der Sanierungsansätze und Maßnahmen ausführlich dargestellt werden. In einer integrierten GuV-, Bilanz- und Finanzplanung, die sich auf das laufende Wirtschaftsjahr und mindestens zwei Folgejahre beziehen muss, wird abschließend die Umsetzbarkeit und Tragfähigkeit der geplanten Sanierung des Unternehmens nachgewiesen. Im Ergebnis sollte festgelegt werden, wie das Unternehmen nach Umsetzung der Sanierungsmaßnahmen aufgestellt sein soll, um wieder erfolgreich am Markt agieren zu können (in Anlehnung an IDW S 6, Leitbild des sanierten Unternehmens).

3. Prüfungsmaßstab des Gerichts

Die Bescheinigung macht nur Sinn, wenn das Gericht die Bescheinigung formell und materiell überprüft. Durch das Setzen hoher Hürden wird von vornherein der Kritik derjenigen begegnet, die mutmaßen, dass jede Art von Bescheinigung – Hauptsache sie orientiert sich am Wortlaut des Gesetzes – ausreichen würde. Vor allem wird auf diese Weise das Risiko des Missbrauchs des Schutzschirmverfahrens durch Schuldner minimiert, die das Verfahren nur nutzen wollen, um noch weitere drei Monate zu Lasten ihrer Gläubiger zu wirtschaften.

Ohne diese Prüfung seitens des Gerichts, dem die Funktion eines „Torwächters“ zukommen wird, ist die Missbrauchsge-

fahr hoch. Bei einem Missbrauch würde sehr schnell das gesamte Verfahren in Frage gestellt werden. Offen bleibt allerdings, wie das Gericht dieser Verpflichtung in der Praxis nachkommen will, ohne die gutachtliche Unterstützung von dritter Seite einzuholen, da es regelmäßig weder über die Erkenntnisquellen noch über den betriebswirtschaftlichen Sachverstand selbst verfügen wird. Es wird deshalb zulässig sein, dass das Gericht einen eigenen Gutachtauftrag erteilt. Dadurch entsteht gleichzeitig die Möglichkeit, Erkenntnisse zur Objektivität des Bescheinigers zu erlangen und mögliche Verbindungen zum vorläufigen Sachwalter, den der Schuldner zur Ernennung „mitbringt“, aufzudecken.

Die Prüfungspflicht des Gerichtes wird sich nicht schwerpunktmäßig darauf beschränken, ob die Zahlungsunfähigkeit nur droht oder bereits eingetreten ist. Sie erfasst gleichermaßen die Frage, ob die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Dazu bedarf es aber einer Überprüfung des vorgelegten Sanierungskonzepts als Bestandteil der Bescheinigung. Die Gerichte werden hier noch eigene Anforderungen aufstellen müssen, in welchen Fällen eine gutachterliche Überprüfung der Bescheinigung nötig sein wird. Dabei ist zu bedenken, dass insbesondere bei Unterlagen, die ausschließlich vom Unternehmen stammen, Skepsis angebracht ist. Häufig ist der Weg zur angestrebten Sanierung reines Wunschdenken und bedarf daher zwingend einer externen Prüfung. Jedenfalls reicht es nicht aus, wenn das Gericht lediglich eine Plausibilitätskontrolle bezüglich der materiellen Voraussetzungen vornimmt. Im Interesse der Verfahrensbeschleunigung könnte eine bloße Plausibilitätskontrolle geboten sein, denn eine detaillierte zeit- und arbeitsaufwendige Prüfung würde möglicherweise dazu führen, dass das erstrebte Ziel einer zügigen Einleitung des Verfahrens konterkariert würde. Aber schon wegen der Missbrauchsgefahr und den möglicherweise damit für alle Beteiligten verbundenen Haftungsrisiken darf auf eine sorgfältige Prüfung seitens des Gerichtes nicht verzichtet werden. Zeitliche Verzögerungen lassen sich mit einer frühzeitigen Einbindung des Gerichtes, im Idealfall im Vorfeld der Antragstellung, verkürzen. Wenn die Gerichte darüber hinaus über versierte Prüfer, z. B. erfahrene Insolvenz- oder Unternehmensberater, verfügen, die eine solche Prüfung in gebotener Eile vornehmen können, kann das Ergebnis binnen weniger

Tage vorliegen. In Fällen, in denen der Bescheiniger dem Gericht persönlich bekannt ist und das Gericht seine Kompetenz im Vorfeld geprüft hat oder entsprechende Erfahrungen mit dem Bescheiniger nachgewiesen sind, erscheint es vertretbar, sich auf eine Plausibilitätskontrolle zu beschränken.

4. Zusammenfassung

Dem Berater, der die Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO ausstellt, ist zu empfehlen, dass er dem Gericht seine persönliche insolvenzrechtliche Sanierungsqualifikation unaufgefordert und belastbar nachweist. Die Bescheinigung ist inhaltlich überzeugend gemäß § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO auszugestalten und mit Gründen zu versehen. Eine ergebnisorientierte Kurzmitteilung genügt nicht.

Ein Muster zur Ausgestaltung der Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO finden Sie auf der nächsten Seite.

Bescheinigung gemäß § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO

I. Anforderungen an die Person des Bescheinigers

Die vorliegende Bescheinigung wurde vom Unterzeichner [in Zusammenwirken mit] erstellt.

Der Unterzeichner ist zugelassener Rechtsanwalt [Steuerberater und/oder Wirtschaftsprüfer oder eine Person mit vergleichbarer Qualifikation] und weist folgende Erfahrung in Insolvenzverfahren auf:

... [Ausführungen zu insolvenzrechtlichen Fortbildungen, einschlägigen Veröffentlichungen, Mitgliedschaften in Fachgremien, Listung bei Insolvenzgerichten, Auflistung entsprechender Mandate u. a.]

Seine betriebswirtschaftliche Sanierungskompetenz ergibt sich daraus, dass er [in Zusammenarbeit mit ...] in folgenden Angelegenheiten ein Gutachten nach IDW S 6 erstellt hat:

1. ...
2. ...

Darüber hinaus war er Verfasser bzw. Mitverfasser folgender Insolvenzpläne:

1. ...
2. ...

II. Bescheinigung gemäß § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO

Ich/Wir bescheinige(n) für die [Gesellschaft], dass am [Stichtag]

1. drohende Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und
2. die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.

Ich/Wir erteile(n) diese Bescheinigung auf der Grundlage meiner/unsere(r) Analysen und Ergebnisse, die unter Punkt III. (Gründe) im Einzelnen ausgeführt sind.

Aufgabe der gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft war es, mir/uns die für die Auftragsdurchführung erforderlichen Informationen vollständig und richtig zur Verfügung zu stellen. Auf die beigefügte Vollständigkeitserklärung (vgl. Punkt V., Anlage 1) wird verwiesen. Auftragsgemäß war es nicht meine/unsere Aufgabe, die dem Sanierungskonzept (vgl. Punkt V., Anlage 2) zugrunde liegenden Daten nach Art und Umfang einer Jahresabschlussprüfung zu prüfen. Ich/Wir habe(n) hinsichtlich der in das Sanierungskonzept eingeflossenen wesentlichen Daten lediglich Plausibilitätsbeurteilungen durchgeführt.

Ich bin/Wir sind in Insolvenzverfahren erfahren (vgl. Punkt I.) und erteile(n) diese Bescheinigung nach bestem Wissen und Gewissen.

Ort, Datum

Unterschrift(en)

III. Gründe

1. Analyse der drohenden Zahlungsunfähigkeit in Abgrenzung zur Zahlungsunfähigkeit gemäß IDW PS 800
2. Ggf. Analyse der Überschuldung
3. Darlegung, dass die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist (Mindestinhalte):
 - a) Kurze Darstellung der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens der letzten drei Jahre in Form von GuV und Bilanz
 - b) Analyse der Krisenursachen und der Krisenstadien gemäß IDW S 6
 - c) Sanierungsansätze und Maßnahmen zur Beseitigung der Krisenursachen (Übersicht der Maßnahmen)
 - d) Identifizierung von offensichtlichen Sanierungshemmnissen und erwartetes Verhalten der wichtigsten Stakeholder (Banken, Gesellschafter, Kunden, Lieferanten etc.)
 - e) Integrierte Sanierungs-/Businessplanung für das laufende Wirtschaftsjahr und mindestens zwei Folgejahre (Ergebnis-, Finanz- und Vermögensplan)
 - f) Erste Skizze des Leitbildes des sanierten Unternehmens

IV. Ggf. Ausführungen in Bezug auf § 188 Abs. 4 SGB III

V. Anlagen

- Vollständigkeitserklärung (Anlage 1)
- Sanierungskonzept (Anlage 2)

Debt-Equity-Swap: Vom Gläubiger zum Gesellschafter werden

RA Dr. Eike Knolle, bb [sozietät] Buchalik Brömmekamp, Frankfurt

Der „Debt-Equity-Swap“, also die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital, ist ein verlockendes Sanierungsinstrument. Aus Sicht des betroffenen Unternehmens wird dadurch das Eigenkapital gestärkt, die Profitabilität durch geringere Zinsaufwendungen gesteigert und die Liquiditätssituation verbessert. Aus Sicht der Gläubiger kann es interessant sein, an den künftigen Chancen des Unternehmens als Mitgesellschafter zu partizipieren. In der Praxis waren Debt-Equity-Swaps in Sanierungssituationen dennoch kaum anzutreffen. Dies lag zum einen am Vetorecht der Altgesellschafter und zum anderen an erheblichen Bewertungsrisiken, die dazu führen konnten, dass Neugesellschafter wegen Überbewertung ihrer Forderungen eine Nachschusspflicht traf. Beide Hürden hat das ESUG abgebaut, soweit die Sanierung im Rahmen eines Insolvenzplans stattfindet.

Die Gläubigersicht

Viele Gläubiger standen Insolvenzplänen bisher skeptisch gegenüber, weil sie zu Recht befürchteten, dass sie in Form von (Teil-)Verzichten die größten Sanierungsbeiträge erbringen sollten, während die größten Chancen bei den Gesellschaftern verblieben. Gemäß § 225a Abs. 2 InsO können Insolvenzpläne nun vorsehen, dass Forderungen von Gläubigern in Anteilsrechte am Schuldnerunternehmen umgewandelt werden. Außerdem können Insolvenzpläne alle denkbaren Kapitalmaßnahmen wie z. B. eine Kapitalerhöhung und/oder eine Kapitalherabsetzung regeln. Diese Maßnahmen können auch gegen den Willen der Altgesellschafter beschlossen werden.

Kein Gläubiger kann zu einem Swap gezwungen werden. Umgekehrt hat der einzelne Gläubiger keinen Anspruch darauf, dass ein Insolvenzplan einen Debt-Equity-Swap vorsieht. Sollte der Planersteller (meist ein Unternehmensberater im Auftrag des Schuldnerunternehmens) nicht von sich aus einen Debt-Equity-Swap in den Plan aufnehmen, können Gläubiger dadurch Druck aufbauen, dass sie ihre Zustimmung zum Insolvenzplan von der Aufnahme eines Debt-Equity-Swaps abhängig machen.

Wenn ein Insolvenzplan mit Debt-Equity-Swap rechtskräftig angenommen ist, müssen die „swappenden“ Gläubiger keine Nachschusspflicht wegen einer Überbewertung ihrer eingebrachten Forderungen mehr fürchten. § 254 Abs. 4 InsO bestimmt, dass entsprechende Ansprüche des Schuldnerunternehmens ausgeschlossen sind. Die Gläubiger müssen insofern nur entscheiden, zu welchem „Wechselkurs“ sie ihre Forderungen zu swappen bereit sind.

Die Möglichkeit zu rechtssicheren Debt-Equity-Swaps könnte auch zu einer Wiederbelebung des Marktes für den Kauf notleidender Forderungen (auch „NPL“ oder „non performing loans“ genannt) beitragen. Gerade für Käufer solcher Forderungen ist es häufig interessant, über den Forderungskauf Einfluss auf das Schuldnerunternehmen zu gewinnen.

Die Sicht des Schuldnerunternehmens bzw. Planerstellers

Durch einen Debt-Equity-Swap verbessern sich Bilanzstruktur, Profitabilität und Liquidität des Schuldnerunternehmens. Vorteilhaft für das Schuldnerunternehmen ist auch, dass vertragliche Regelungen, die Vertragspartner bei Änderungen im Gesellschafterkreis zur Beendigung der Vertragsbeziehung berechtigen (sog. „Change-of-Control“-Klauseln), gemäß § 254a Abs. 4 InsO unwirksam sind.

Andererseits kann man sich bei Familienunternehmen, Alleingesellschaftern und sonstigen homogenen Gesellschafterstrukturen leicht ausmalen, dass eine neue, heterogene Gesellschafterstruktur das Schuldnerunternehmen lähmen kann. Hier haben der Planersteller und die Gläubiger abzuwägen, ob die Vorteile eines Debt-Equity-Swaps diesen möglichen Nachteil überwiegen.

Sanierungsmaßnahmen der öffentlichen Hand als unerlaubte Staatsbeihilfen

Heinz-Peter Derrix-Belau, mbb [consult] GmbH

Werden Sanierungen durch EU-Recht erschwert? Oder sind Änderungen an öffentlich ausfallverbürgten Krediten unerlaubte Beihilfen? Mehr und mehr Experten tendieren zu einem „Ja“. Zu Unrecht! Denn auch Ausfallbürgen muss es erlaubt sein, ihr Ausfallrisiko zu mindern.

Ausfallbürgschaft als staatliche Beihilfe

Oft sehen sich Kleinunternehmer und Mittelständler nicht in der Lage, notwendige Investitionen aus Mangel an Eigenkapital durchzuführen. Fremdkapital aus dem Bankenbereich können sie aufgrund fehlender werthaltiger Sicherheiten nicht in Anspruch nehmen. Auch scheitern Existenzgründer schon zu Beginn, weil Eigenkapital nicht oder in nicht ausreichendem Maße vorhanden ist. In diesen Fällen unterstützen sowohl der Bund als auch die Länder durch Ausfallbürgschaften, die sie gegenüber den Kreditinstituten übernehmen. Nur so kann sichergestellt werden, dass Banken die notwendigen Mittel in Form von Investitionsdarlehen zur Verfügung stellen.

Solche Bürgschaften werden von der EU in aller Regel als staatliche Subventionen angesehen, die nur in strengen Grenzen erlaubt sind (siehe Art. 107 I AEUV; Vertrag über die Arbeitsweise der Union). Erlaubt sind generell Hilfen an Einzelpersonen aus sozialen Aspekten sowie solche zur Beseitigung von Katastrophenschäden (Art. 107 I AEUV Abs. 2) und Subventionen im Agrarbereich (Art. 42 I AEUV). Unter bestimmten Bedingungen können außerdem – nach besonderer Genehmigung durch Brüssel – Beihilfen gewährt werden. Hierunter fallen auch die sogenannten Sanierungsbürgschaften, die auch noch im Falle einer Unternehmenskrise übernommen werden können. Die Erfahrung zeigt jedoch, dass hier sehr restriktiv geprüft wird. Zudem ist die Prüfungsdauer über Gebühr lang, sodass Genehmigungen hier schon zu spät ausgesprochen wurden.

Die „de-minimis-Regel“

Daneben sind Beihilfen im Rahmen der „de-minimis-Regel“ möglich, die bestimmt, dass Subventionen so lange erlaubt

sind, bis sie die Obergrenze von 200.000 Euro innerhalb von drei Jahren erreicht haben. Zur Berechnung dieses Betrages wird der Beihilfewert herangezogen, bei dem Faktoren wie die Bürgschaftsquote (höchstens 80 Prozent des Gesamtdarlehens), der Tilgungsverlauf, die Laufzeit, die Höhe der Bürgschaftsprovision und die Erlösquote der zur Unterlegung gestellten Sicherheiten herangezogen werden. Auf diese Weise können deutlich höhere Ausfallbürgschaften herausgelegt werden als die betragliche Obergrenze vermuten lässt. Speziell die Bürgschaftsquote stellt hier eine wichtige Stellschraube dar. Je geringer der Prozentsatz der Ausfallbürgschaft, desto niedriger die Anrechnung auf den Beihilfewert. Denn – aus der anderen Perspektive gesehen – je höher der Eigenanteil der Hausbank am Gesamtkredit ist, desto größer ist auch die Identifikation der Bank in das zu finanzierende Projekt und deren Vertrauen in den Kreditnehmer.

Im Verlauf eines so staatlich verbürgten Kredites kann es dennoch zu Leistungsstörungen kommen. Liquiditätspässe lassen die vereinbarten Tilgungsleistungen oder auch die Zinszahlungen nicht mehr zu. Sanierungspläne sehen die Stundung dieser Leistungen und die Verlängerung der Kreditlaufzeiten vor. Diese Sanierungsmaßnahmen verändern aber die Kriterien, die bei aktueller Betrachtung zu einer Veränderung des oben erwähnten Beihilfewertes führen würden.

Der eher theoretische Fall, dass der oben erwähnte Beihilfewert noch nicht ausgeschöpft ist und auch nach Einbeziehung der Sanierungsmaßnahmen nicht erreicht wird, birgt keine Probleme.

Fraglich ist, inwieweit solche Restrukturierungsmaßnahmen seitens der staatlichen Ausfallbürgen begleitet werden können, ohne Gefahr zu laufen, dass nunmehr doch verbotene staatliche Beihilfen geleistet werden.

Als erste Stützungsmaßnahme wird meist eine Tilgungsstundung durchgeführt. Dabei werden die Tilgungen zulasten eines neu eingerichteten Separatkontos gebucht, das in einer Zusatzvereinbarung zwischen Beihilfestelle und Bank mit unter die Ausfalldeckung genommen wird.

Gleiches gilt für die häufig vorkommende Zinsstundung. Bei beiden Maßnahmen wird das ursprüngliche Darlehen ganz normal weitergeführt; es sind jedoch Vereinbarungen bezüglich des Separierungskontos zu treffen, die in aller Regel die Tilgungsfristen sowie die Verzinsung oder Nicht-Verzinsung des aufgelaufenen Saldos festlegen.

Während die Tilgungsstundung das Obligo nicht erhöht, steigt durch eine Zinsstundung die Bürgschaftsverpflichtung.

Werden allein durch diese Maßnahmen keine Erfolge erzielt, kann es zu einem Forderungsteilverzicht dergestalt kommen, dass die aufgelaufene Forderung schlichtweg ausgebucht wird oder sogar auf weitere Teile der Kapitalforderung verzichtet wird.

Sollte sich die Meinung durchsetzen, jede Änderung der Kreditfazilitäten beinhaltet bei Überschreitung des Beihilfewertes eine neue Beihilfe, wäre nahezu jeder Sanierungsversuch bei Engagements mit Ausfallbürgschaften zum Scheitern verurteilt.

Ziel der Darlehensänderungen

Das Vorgenannte steht unter der Prämisse, dass die Sanierungsmaßnahmen allein zum Zweck der Stützung des Kreditnehmers ergriffen werden. Dies ist aber nicht der Fall, denn sie dienen hierzu erst in zweiter Linie. Vielmehr steht die Hoffnung des Beihilfegebers im Vordergrund, dass er die von ihm herausgelegten Mittel zumindest teilweise zurückerhält. Es handelt sich um rein kaufmännisch bedingte Sicherungsmaßnahmen, die ein jeder Kaufmann in einer solchen Lage in dieser Form so treffen würde. Damit entspricht die jeweilige Maßnahme den Anforderungen des sogenannten „Privat Creditor Test“, der das Handeln einer staatlichen Stelle mit dem eines Privatgläubigers vergleicht. Es ist anerkannt: Wenn die öffentliche Hand so wie jeder andere Marktteilnehmer handelt, dann liegt keine unerlaubte Subvention vor.

Bei einer Ausfallbürgschaft ist dieser Vergleich schon dadurch einfach, da Ausfallbürgschaften jeweils gegenüber einer Hausbank abgegeben werden, die nach den de-mini-

mis-Vorschriften einen eigenen Haftungsanteil von mindestens 20 Prozent im Verhältnis zu dem verbürgten Teil halten müssen. Da sowohl der Eigenhaftanteil der Banken wie auch der verbürgte Teil in einem Kredit zusammengefasst sind, sind die oben geschilderten Maßnahmen immer nur für das Gesamtbligo durchführbar. Die Hausbank als Privatgläubiger führt so immer dieselben Sicherungsmaßnahmen durch wie die öffentliche Hand, was die Beweisführung des Privat Creditor Tests stützt.

Allein hieraus ergibt sich die Rechtmäßigkeit der Stützungsmaßnahmen mit der Folge, dass die umgehende Sorge unbegründet ist. Hausbanken können nach wie vor an Sanierungsmaßnahmen - innerhalb der Abstimmungserfordernisse mit den öffentlichen Stellen - teilnehmen, wenn Ausfallbürgschaften zur Besicherung dienen.

bb [sozietät]

mbb [consult]

Lesen Sie mehr zur neuen Insolvenzordnung und dem ESUG unter www.mbbconsult.de und www.bb-soz.de oder nutzen Sie den QR-Code



Impressum

mbb [consult] GmbH
Prinzenallee 15, 40549 Düsseldorf
Tel.: 0211 82 89 77-0
www.mbbconsult.de

Schumannstr. 45
60325 Frankfurt/Main
Tel. 069 24 75 215-0

bb [sozietät] Buchalik · Brömmekamp
Prinzenallee 15, 40549 Düsseldorf
Tel.: 0211 82 89 77-200
www.bb-soz.de

Schumannstr. 45
60325 Frankfurt/Main
Tel. 069 24 75 215-0

Haftungsausschluss

Die Beiträge wurden mit Sorgfalt recherchiert. Gleichwohl wird keine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Inhalte übernommen. Der Newsletter stellt keine abschließenden Informationen bereit und ersetzt nicht eine Beratung im Einzelfall. Hierfür steht Ihnen auf Wunsch die mbb consult oder die bb sozietät gern zur Verfügung.

Redaktion

Markus Haase
Bettina Fey