

die Etablierung grenzüberschreitender Standards für die Vergabe von Sanierungskrediten. Neue Fragen für Sanierungs- und Überbrückungskredite sind durch das ESUG aufgeworfen worden. Das ESUG machte u.a. das Insolvenzplanverfahren für größere Insolvenzen populär. Zunehmend stellt sich die Frage, ob Kredite, die im Insolvenzplan für die Zeit nach Verabschiedung des Insolvenzplans festgelegt werden, nur auf der Grundlage von Sanierungsgutachten begeben werden können oder ob hier Besonderheiten gelten, weil der Kredit in der Insolvenz des Unternehmens beschlossen wird. Die Debatte ist zu führen.

Rechtliche Unsicherheiten bestehen schließlich bei komplexen Finanzierungsinstrumenten wie Konsortialkrediten. Es ist ungeklärt, welche Haftungsrisiken es birgt, wenn einzelne Kreditgeber gegen ihren Willen von der Mehrheit der Kreditgeber zur Aufrechterhaltung von Krediten oder gar zur weiteren Kreditvergabe gezwungen werden. Ebenso ist mit Unsicherheiten belastet, ob und unter welchen Voraussetzungen die Zahlungsunfähigkeit im Konsortialkredit zuverlässig beseitigt werden kann, wenn einzelne Kreditgeber nicht mit der Stundung oder Verlängerung des Zahlungsziels einverstanden sind.

Die Anfechtbarkeit der Zahlung von Beraterhonoraren und der Anspruch nach § 64 Satz 1 GmbHG in der (vorläufigen) Eigenverwaltung

von Rechtsanwalt Robert Buchalik, Düsseldorf/Frankfurt/M. und Rechtsanwalt Dr. Olaf Hiebert, Düsseldorf*

Die Erleichterung der Sanierung von Unternehmen unter dem Schutz des Insolvenzrechts ist ein wesentliches Reformanliegen des Gesetzgebers, nicht nur zur Vermeidung des Zusammenbruchs betriebswirtschaftlicher Strukturen, sondern auch zur Verminderung volkswirtschaftlicher Schäden.¹ Die Sanierung eines Unternehmens im Wege eines „gesteuerten“ Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung ist jedoch nach den Neuregelungen durch das Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)² ohne eine qualifizierte Vorbereitung des Verfahrens und die kompetente Begleitung des Schuldners nicht durchführbar. In der Praxis stehen dem Unternehmer vor allem Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater zur Seite, die sich auf die Vorbereitung und Begleitung von Unternehmen und ihren Rechtsträgern durch das gerichtliche Sanierungsverfahren, die Insolvenz in Eigenverwaltung, spezialisiert haben. Der Grad der Spezialisierung dieser Berater hat sich seit Inkrafttreten des ESUG deutlich erhöht.³ Da die wenigsten Schuldner über das notwendige Spezialwissen verfügen, müssen sie dieses „einkaufen“. Die Vergütung der Berater stellt einen im Vergleich zur Regelinsolvenz zusätzlichen Aufwand dar, der von dem Schuldner getragen werden muss und damit die (spätere) Insolvenzmasse belastet. Es stellt sich – vor allem bei gescheiterten Sanierungsverfahren – regelmäßig die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Zahlung der Vergütung anfechtbar ist und Geschäftsführer sowie Sanierungsgeschäftsführer Zahlungen mit Mitteln des Schuldners ohne Risiko der persönlichen Inanspruchnahme (§ 64 Satz 1 GmbHG) vornehmen können; vor allem wenn die Vergütung für vor Insolvenzantragstellung erbrachte Leistungen erst nach diesem Antrag gezahlt wird.

I. Voraussetzungen für die Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung, §§ 270 ff. InsO

Die Voraussetzungen für die Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung hat der Gesetzgeber mit dem ESUG in den §§ 270 ff. InsO neu geregelt.

1. Tatbestände des § 270 Abs. 2 Nr. 2 und der §§ 270a, 270b InsO

Die durch das ESUG eingeführten Verfahren der *vorläufigen* Eigenverwaltung nach den §§ 270a, 270b InsO bilden das Gegenstück zur vorläufigen Insolvenzverwaltung. Sowohl das Verfahren nach § 270a und – soweit eine Sanierung im Dreimonatszeitraum nicht erreicht werden kann – auch das Verfahren nach § 270b InsO zielen auf die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung unter Umsetzung eines Insolvenzplankonzepts, das die Sanierung des bisherigen Rechtsträgers und den Erhalt des Unternehmens ermöglichen soll. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unter Anordnung der Eigenverwaltung nach § 270 InsO tritt an die Stelle des Regelinsolvenzverfahrens.⁴

Gem. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO setzt die Anordnung der Eigenverwaltung voraus, dass bei der Antragstellung keine

Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird. § 270 Abs. 3 Satz 2 InsO ordnet zudem an, dass die Anordnung als für die Gläubiger *nicht* nachteilig zu bewerten ist, wenn der Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung von einem einstimmigen Beschluss des *vorläufigen* Gläubigerausschusses unterstützt wird.

* Rechtsanwalt Robert Buchalik ist geschäftsführender Gesellschafter der Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung GmbH sowie Partner der auf Eigenverwaltung und Insolvenzplanverfahren spezialisierten Sozietät Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater in Düsseldorf. Er ist zudem Vorstandsvorsitzender des Bundesverbands der ESUG-Berater. Dr. Olaf Hiebert ist Rechtsanwalt der Sozietät in Düsseldorf.

1 Zu den „verschärften“ Zugangsvoraussetzungen sanierungswürdiger und sanierungsfähiger Unternehmen vgl. zuletzt Haarmeyer, ZInsO 2013, 2345 ff.

2 RegE BT-Drucks. 17/5712; BeschIE BT-Drucks. 17/7511.

3 Beispielhaft genannt werden können hier Vereinigungen wie der Bundesverband der ESUG-Berater oder entsprechende Weiterbildungsmöglichkeiten wie der Lehrgang zum zertifizierten ESUG-Berater des DIAI.

4 Der Begriff Regelinsolvenzverfahren wird für solche Insolvenzverfahren verwendet, in denen ein Insolvenzverwalter bestellt wird. Diese „klassischen“ Insolvenzverfahren bilden noch immer die große Mehrheit aller Insolvenzverfahren. Über das Regel-Ausnahmeverhältnis und das Verhältnis der Verfahrensarten zueinander soll mit dieser Begrifflichkeit keine Aussage getroffen werden.

Die Voraussetzungen für die Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung in Form der beiden Verfahrensarten nach § 270a und § 270b InsO sind im Vergleich zur Anordnung der Eigenverwaltung im eröffneten Insolvenzverfahren geringer. Der Antrag nach § 270a InsO ist bereits dann positiv zu bescheiden, wenn der – mit dem Insolvenzantrag zu verbindende – Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung im eröffneten Insolvenzverfahren nach § 270 InsO nicht offensichtlich aussichtslos ist. Offensichtlich aussichtslos ist der Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung, wenn die Voraussetzungen des § 270 Abs. 2 InsO nicht erfüllt sind, wenn es also an einem Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung fehlt oder Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird.⁵ Entscheidet sich der Schuldner für eine vorläufige Eigenverwaltung nach § 270b InsO, so wird darauf abgestellt, dass die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Dies ist grds. der Fall, wenn der Schuldner die nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO erforderliche Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorlegt, aus der sich u.a. ergibt, dass die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Allerdings kann die beabsichtigte Sanierung auch bei Vorlage einer entsprechenden Bescheinigung offensichtlich aussichtslos sein; bspw. wenn im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts klar ist, dass ein vorläufiger Gläubigerausschuss einen Antrag nach § 270b Abs. 4 Satz 2 InsO stellt oder, wenn die Fortführung des Geschäftsbetriebs bis zur Vorlage eines Insolvenzplans nicht sichergestellt werden kann.⁶

2. Nachteile für die Gläubiger i.S.v. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO – Vergleich zwischen Regelinsolvenz und Eigenverwaltung

Es stellt sich die Frage, welche Umstände erwarten lassen, dass die Anordnung der Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führt (§ 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO). Das Gericht trifft auf der Grundlage der bei Antragstellung bekannten Umstände eine Prognoseentscheidung, die den voraussichtlichen Verlauf des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung mit dem eines Regelinsolvenzverfahrens vergleicht.⁷ Nur wenn das Gericht aufgrund der Kenntnis konkreter Umstände zu der *Überzeugung* gelangt, dass die Anordnung nicht zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird, ist die Eigenverwaltung anzuordnen; bloße Zweifel daran genügen nach der Reform des § 270 InsO durch das ESUG nicht mehr,⁸ das Gericht ist auf eine Funktion beschränkt, die dazu beitragen soll, missbräuchliche Nutzungen der Eigenverwaltung schon im Bereich der Zulassung eines solchen Antrags abzuwehren, nicht jedoch die wirtschaftlich in die Entscheidung der Gläubiger gestellten zentralen Sanierungsfragen zu beantworten. Die Frage, was ein Nachteil für die Gläubiger ist, wird daher auch durchaus unterschiedlich beantwortet.⁹ Zutreffend ist jedenfalls, dass das unbestimmte Tatbestandsmerkmal „Nachteile“ weit auszulegen ist.¹⁰ Einigkeit besteht indes darüber, dass jedenfalls eine *voraussichtliche wirtschaftliche Schlechterstellung* der Gläubiger bei Anordnung der Eigenverwaltung im Vergleich zur Durchführung

eines Regelinsolvenzverfahrens ein Nachteil im Sinne der Vorschrift sein kann.¹¹ Hierfür spricht auch, dass der Gesetzgeber¹² die Verzögerung des Insolvenzverfahrens durch eine Betriebsfortführung, die nicht dem Ziel der bestmöglichen Befriedigung der Insolvenzgläubiger dient, als möglichen Nachteil der Eigenverwaltung im Sinne der InsO genannt hat, was jedoch durch ein entsprechendes Votum der Gläubigerschaft gleichwohl von diesen in Kauf genommen werden kann, wenn sie sich z.B. aus der Erhaltung des Schuldnerunternehmens langfristig größere Vorteile versprechen als in der kurzfristigen Perspektive einer Quotenerwartung im Insolvenzverfahren.

3. Vergleichsmaßstab Insolvenzquote

Für die Frage der Nachteiligkeit kann auch die Höhe der zu erwartenden Insolvenzquote für die Gläubiger als Maßstab für die Beurteilung der Frage heranzuziehen sein, da das Ziel des Insolvenzverfahrens nach verbreiteter Auffassung¹³ nicht vorrangig der Erhalt des Unternehmens, der Arbeitsplätze, des Schuldners als Steuerzahler, Kunden des Lieferanten und Dienstleisters oder Bankkunden ist, sondern die gleichmäßige Befriedigung der Insolvenzgläubiger – es sei denn, diese nehmen solche „Nachteile“ bewusst in Kauf. Die Höhe der Insolvenzquote wird durch die zur Verfügung stehende Insolvenzmasse bestimmt. Diese wird im Regelinsolvenzverfahren vor allem durch die gem. § 53 InsO vor einer Verteilung an die Insolvenzgläubiger aus der Masse zu zahlenden Verfahrenskosten geschmälert, zu denen neben den Gerichtskosten auch die Vergütung und Auslagen des (vorläufigen) Insolvenzverwalters gehören (§ 54 Nr. 2 InsO). Deshalb kommt es vor allem auf eine *Vergleichsrechnung* zwischen den Kosten einer Regelinsolvenz¹⁴ und den Kosten bei Anordnung der Eigenverwaltung an. Die wirtschaftlichen Vorteile der Eigenverwaltung liegen nach den gesetzlichen Regelungen auf der Hand: Die Vergütung des (vorläufigen) Sachwalters ist deutlich geringer als die-

5 HambKomm-InsO/Fiebig, 4. Aufl. 2012, § 270a Rn. 3; K. Schmidt/Undritz, InsO, 18. Aufl. 2013, § 270a Rn. 2.

6 K. Schmidt/Undritz (Fn. 5), § 270b Rn. 4 m.w.N.

7 AG Köln, ZInsO 1999, 601; 2004, 216; FK-InsO/Foltis, 7. Aufl. 2013, § 270 Rn. 56; HambKomm-InsO/Fiebig (Fn. 5), § 270a Rn. 19; K. Schmidt/Undritz (Fn. 5), § 270 Rn. 8.

8 FK-InsO/Foltis (Fn. 7), § 270 Rn. 56; HambKomm-InsO/Fiebig (Fn. 5), § 270 Rn. 19a, jeweils unter Hinw. auf BT-Drucks. 17/5712, S. 38; ebenso K. Schmidt/Undritz (Fn. 5), § 270 Rn. 8 unter Hinw. auf BR-Drucks. 127/11, S. 59; a.A. AG Hamburg, Beschl. v. 19.12.2013 – 67c IN 501/13, ZInsO 2014, 363.

9 Zur Verzögerung als Nachteil i.S.d. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO vgl. K. Schmidt/Undritz (Fn. 5), § 270 Rn. 10 m.w.N.

10 AG Köln, Beschl. v. 1.7.2013 – 72 IN 211/13, ZInsO 2013, 1476.

11 AG Mannheim, Beschl. v. 21.2.2014 – 4 IN 115/14, Rn. 22, ZIP 2014, 484; Haarmeyer/Wutzke/Förster/Buchalik, InsO, Stand 14.10.2013, § 270 Rn. 13; K. Schmidt/Undritz (Fn. 5), § 270 Rn. 11; vgl. auch HambKomm-InsO/Fiebig (Fn. 5), § 270; Frind, WM 2014, 590, 596.

12 BeschlE des Rechtsausschusses BT-Drucks. 12/7302, S. 185 zu Abs. 2.

13 Statt vieler zuletzt wieder Siemon, ZInsO 2014, 625, 626; vgl. insbesondere Begr. RegE BT-Drucks. 12/2443, S. 109: „Die Erhaltung von Unternehmen oder von Betrieben ist kein eigenständiges Ziel des Insolvenzverfahrens“.

14 Der Begriff wird für die Eröffnung eines (vorläufigen) Insolvenzverfahrens ohne Anordnung der Eigenverwaltung und die damit einhergehende Bestellung eines (vorläufigen) Insolvenzverwalters verwendet.

jenige des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, der zudem mehr Zuschläge geltend machen kann.¹⁵ Die gesetzlichen Verfahrenskosten sind unter Berücksichtigung der gleichbleibenden Gerichtskosten im Fall der Eigenverwaltung also deutlich geringer, sodass die für die Insolvenzgläubiger zur Verfügung stehende Masse grds. größer ist. Hinzu tritt, dass die im Zeitraum des Insolvenzantragsverfahrens von der eigenverwaltenden Schuldnerin begründeten Steuerverbindlichkeiten im Unterschied zu den von einem vorläufigen Insolvenzverwalter im vorläufigen Insolvenzverfahren begründeten Steuerverbindlichkeiten keine bevorrechtigt zu befriedigenden Masseverbindlichkeiten sind (vgl. § 55 Abs. 4 InsO).¹⁶ Dieser Steuervorteil besteht nur in der vorläufigen Eigenverwaltung.

Die Verfahrenskosten der Eigenverwaltung sind damit per se geringer als diejenigen der Regelinsolvenz und die Eigenverwaltung verfügt über einen im Einzelfall erheblichen Steuervorteil. Da sich die für die Insolvenzquote maßgebliche verteilungsfähige Masse aber nicht nur aus der Differenz von Masse und Verfahrenskosten ergibt, sondern auch Masseverbindlichkeiten zu berücksichtigen sind, müssen in einer Vergleichsrechnung auch diese Verbindlichkeiten berücksichtigt werden, zumindest soweit sie den Besonderheiten der Eigenverwaltung zuzuordnen sind. Konkret bedeutet dies, denjenigen Aufwand in eine Berechnung vergleichend einzustellen, der ausschließlich im Fall der Eigenverwaltung entsteht. Diesen Aufwand kann man zusammenfassend als Restrukturierungsaufwand oder Aufwand der Eigenverwaltung zusammenfassen. Er setzt sich aus der Vergütung und der Versicherung des Sanierungsgeschäftsführers (CRO), der Versicherung der bisherigen, weiter im Amt bleibenden Geschäftsführer (CEO), dem Beratungsaufwand im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Erstellung des Antragskonvolutes für das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung, sowie die insolvenzrechtliche Beratung und Begleitung durch das (vorläufige) Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung zusammen. Hingegen werden die Kosten für die Erstellung und Umsetzung eines erfolgreichen Sanierungskonzepts, der personalwirtschaftliche Restrukturierungsaufwand, sonstige Leistungen der Rechtsberatung (z.B. Arbeitsrecht) auch in der Regelinsolvenz anfallen. In Einzelfällen – vor allem bei größeren Unternehmensinsolvenzen – ist es denkbar, dass auch ein Insolvenzverwalter auf einen Interimsmanager zurückgreift; der Regelfall ist dies nicht. Je nach Organisationsgrad des Unternehmens und dessen Größe ist aber auch bei einer Insolvenz in Eigenverwaltung ein Sanierungsgeschäftsführer verzichtbar, sofern der Schuldner i.Ü. qualifiziert begleitet wird.¹⁷ Die Beauftragung eines Personaldienstleisters und eines Sachverständigen für die Inventarisierung und Bewertung des Anlage- und Umlaufvermögens ist bei größeren Unternehmen ebenfalls in beiden Verfahrensarten erforderlich. Ob die Anordnung der Eigenverwaltung für die Gläubiger wirtschaftlich betrachtet vorteilhaft ist, wird demnach maßgeblich von dem zusätzlichen Aufwand der Eigenverwaltung bestimmt, der im Fall der Regelinsolvenz nicht entsteht. Dabei ist selbstverständlich der zur Herbeiführung des „Erfolges“, also regelmäßig der nachhaltigen Sanierung

des Unternehmens und einer bestmöglichen Quote für die Gläubiger, notwendige Gesamtaufwand einander gegenüberzustellen, denn auch die Kosten eines Regelinsolvenzverfahrens sind für den Fall einer Sanierungswürdigkeit und Sanierungsfähigkeit erfolgsorientiert zu ermitteln und nicht als ein bloßes Liquidationsszenario.

Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass bei einem einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses die Eigenverwaltung auch dann anzuordnen ist, wenn sie wirtschaftlich betrachtet für die Gläubiger nachteilig ist. Denn § 270 Abs. 3 Satz 2 InsO bestimmt, dass die Eigenverwaltung im Fall eines solchen Beschlusses als nicht nachteilig gilt; die Prüfungskompetenz des Gerichts nach § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO entfällt.¹⁸ Mit dem durch das ESUG eingeführten Abs. 3 hat der Gesetzgeber den Einfluss der Gläubiger auf die Anordnung der Eigenverwaltung bereits in diesem frühen Verfahrensstadium stärken und die autonome Entscheidungsmacht der Gläubiger als wirtschaftlich Betroffene ausbauen wollen.¹⁹ Die Gläubiger über die Anordnung und Aufrechterhaltung durch ihre Organe, (vorläufiger) Gläubigerausschuss- und versammlung, entscheiden zu lassen, ist schon nach Maßgabe des Grundsatzes der Gläubigerautonomie folgerichtig. Ferner ist es möglich, dass die Eigenverwaltung trotz ihrer höheren Kosten für die Gläubigergemeinschaft insgesamt positiv erscheint, sodass diese auch ohne einen einstimmigen Beschluss angeordnet werden kann.²⁰ Es ist insbesondere denkbar, dass die Anordnung der Eigenverwaltung zwar kurzfristig höhere Kosten verursacht, aufgrund ihrer positiven Außenwirkung auf die Stakeholder, insbesondere auf Kunden und Lieferanten, aber die Sanierung des Unternehmens erleichtert oder gar erst ermöglicht – und damit die Chance auf eine höhere Insolvenzquote und ggf. künftige weitere Erträge aus Umsatzgeschäften mit dem dann nicht mehr insolventen Unternehmen bietet. So werden die Eigenverwaltung und das sog. Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO) eher als gerichtliche Sanierungsverfahren wahrgenommen, wohingegen das Regelinsolvenzverfahren immer noch mit der Zerschlagung und Abwicklung des Unternehmens gleichgesetzt wird.²¹ Hierüber zu entscheiden ist jedoch allein die Sache der Gläubiger und nicht die Aufgabe des Gerichts, die bewusst und gewollt vom Gesetzgeber auf eine Missbrauchskontrolle reduziert worden ist.

15 Vgl. § 12 InsVV.

16 *Hobelsberger*, DStR 2013, 2545, 2550; *Klusmeier*, ZInsO 2014, 488 ff.; vgl. hierzu auch *Jaffe/Friedrich-Vache*, MwStR 2014, 86, 91.

17 Die Autoren können hier auf erfolgreich durchgeführte Sanierungsverfahren verweisen, bei denen die Bestellung eines CRO nicht erfolgt ist.

18 *Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/Ringsmeier*, InsO, 2. Aufl. 2014, § 270 Rn. 20; *HambKomm-InsO/Fiebig* (Fn. 5), § 270 Rn. 29b; *K. Schmidt/Undritz* (Fn. 5), § 270 Rn. 13.

19 RegE BT-Drucks. 17/5712 zu Buchst. b, S. 39.

20 *HambKomm-InsO/Fiebig* (Fn. 5), § 270 Rn. 25.

21 „In der Praxis sind die Lieferanten bei Anordnung der Eigenverwaltung eher zu einer Weiterbelieferung des insolventen Unternehmens bereit. Bei sämtlichen Stakeholdern ist das Vertrauen in den Erfolg einer Sanierung und die Bereitschaft zur Mitwirkung an eben dieser im Fall der Anordnung der Eigenverwaltung eindeutig sehr viel größer, als in der Regelinsolvenz,“ so der Leiter des Corporate Credit Management und Prokurist bei der BayWa AG in München, Herr *Rudolf Keßler*, auf dem 3. Gläubigerkongress (www.glaebigerkongress.com) am 13.6.2014 in Köln.

4. Notwendige Leistungen des Beraters im Rahmen der Insolvenz in Eigenverwaltung und ihre Bedeutung für die Anordnungsentscheidung

Auch wenn das Gesetz als Voraussetzung der Eigenverwaltung nur einen Antrag des Schuldners sowie die Prognose des Insolvenzgerichts voraussetzt, nach der die Anordnung der Eigenverwaltung zu keinen Nachteilen für die Gläubiger führen wird (§ 270 Abs. 2 InsO), sind die Hürden für den Schuldner, die erstrebte Anordnung der Eigenverwaltung zu erhalten, vergleichsweise hoch. Literatur²² und Rechtsprechung²³ sind unter Berücksichtigung des Gesetzes damit befasst, Anforderungen für die Anordnung der Eigenverwaltung zu konkretisieren.

Die Einleitung eines Insolvenzverfahrens in vorläufiger Eigenverwaltung (§ 270a InsO) erfordert – ebenso wie die Einleitung eines Schutzschirmverfahrens (§ 270b InsO) – einen Insolvenzantrag, der den erheblich gesteigerten Anforderungen des § 13 InsO genügt. Damit soll nach Auffassung des Gesetzgebers das Gericht in die Lage versetzt werden, die ihm zugewiesenen Aufgaben allein aufgrund der Antragsunterlagen zu erfüllen und entsprechende Entscheidungen unverzüglich herbeizuführen.²⁴ Im Fall der Beantragung der Eigenverwaltung muss der Insolvenzantrag daher auch qualifizierte, in § 13 Abs. 1 Satz 3 InsO genannte Angaben enthalten (§ 13 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 InsO „*verpflichtend*“). Neben dem Insolvenzantrag muss zusätzlich ein Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung gestellt werden. Sowohl der Gesetzestext als auch die – noch²⁵ – nicht zwingenden Formulare der Insolvenzgerichte sind selbst für erfahrene Geschäftsleiter nur schwer verständlich und die Anforderungen der Insolvenzgerichte an eine ordnungsgemäße Antragstellung ohne entsprechende Erfahrung nur schwer umzusetzen.²⁶ Vereinzelt wird in der Literatur²⁷ und in Teilen der Rechtsprechung vertreten, dass bereits eine „*unvollständige Insolvenzantragstellung nach den Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 InsO*“ ein Umstand ist, der erwarten lässt, dass die Anordnung der Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führend wird: mit der Folge, dass die Eigenverwaltung bereits aus diesem Grund nicht angeordnet wird. Die Nichtvorlage eines Gläubigerverzeichnisses nach § 13 Abs. 1 Satz 3 InsO soll – im Hinblick auf eine drohende Verzögerung – einen zu erwartenden Nachteil für die Gläubigergemeinschaft selbst dann als begründet erscheinen lassen, wenn es nach einem Hinweis des Insolvenzgerichts unverzüglich nachgereicht wird.²⁸ Es wird ferner vertreten, dass die Eigenverwaltung nur im Fall von „*wohlvorbereiteten Insolvenzanträgen*“ mit aufgezeigter Fortführungsperspektive anzuordnen ist.²⁹ Auch wenn dies nur Auffassungen einzelner Richter und Richterinnen sind, die zudem in der überwiegenden Literatur³⁰ als viel zu weitgehend abgelehnt werden, macht es gleichwohl deutlich, dass ein Insolvenzantrag auch nach dem Willen des Gesetzgebers und zur Vermeidung des Scheiterns bereits in der Antragsphase professionell vorbereitet werden muss. Hinzu tritt, dass auch das (vorläufige) Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung einer umfassenden Vorbereitung bedarf, wenn es erfolgreich durchgeführt werden soll. Hier sind insbesondere zu nennen:

- die Anregung gegenüber dem Insolvenzgericht, die eigenverwaltende Schuldnerin durch einen Gerichtsbeschluss zu ermächtigen, im Insolvenzeröffnungsverfahren Masseverbindlichkeiten zu begründen; allein die damit verbundenen Rechtsfragen und die Fertigung einer entsprechenden Begründung nebst Aufstellung der potenziellen Massegläubiger dürften jeden Geschäftsleiter überfordern,
- die Fertigung und Begründung eines Antrags nach § 21 Abs. 1 Nr. 5 InsO,
- die rechtzeitige Vorbereitung der Insolvenzgeldvorfinanzierung und Durchführung der Insolvenzgeldauszahlung,
- die besonders wichtige, rechtzeitige und zielführende Kommunikation mit allen Stakeholdern, insbesondere Kunden, Lieferanten und dem Insolvenzgericht,³¹
- die Kommunikation und Gründung eines präsumtiven vorläufigen Gläubigerausschusses,
- die Differenzierung zwischen Altverbindlichkeiten, der Umgang mit Aufrechnungssituationen, die Frage der Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen.

Daraus folgt, dass die Leistungen des Beraters für die Antragstellung ebenso notwendig sind wie die weitere Beratung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung. Die Aufgaben der eigenverwaltenden Schuldnerin sind mannigfaltig³² und erst durch den Einkauf sachkundiger Beratungsleistungen wird die Schuldnerin in die Lage versetzt, die im Rahmen der (vorläufigen) Eigenverwaltung anfallenden Aufgaben sachgerecht zu bewältigen. Teilweise³³ wird die Gewährleistung einer sach- und fachkundigen Beratung

22 Vgl. etwa den „*Entwurf eines Katalogs der Versagungsgründe*“ von Haarmeyer, ZInsO 2013, 2345, 2346.

23 AG Hamburg, Beschl. v. 28.2.2014 – 67c IN 1/14, ZInsO 2014, 566 ff.; AG Hamburg, Beschl. v. 15.7.2013 – 67e IN 108/13, ZIP 2013, 1684 ff. Rn. 4; AG Hamburg, Beschl. v. 19.12.2013 – 67c IN 501/13, ZInsO 2014, 363.

24 K. Schmidt/Gundlach (Fn. 5), § 13 Rn. 18.

25 Vgl. § 13 Abs. 3 InsO. Bereits jetzt kann in der Praxis beobachtet werden, dass die Benutzung der Vorlagen der Gerichte das Verfahren beschleunigt und Missverständnisse vermeidet.

26 Vgl. hierzu ZInsO-Newsletter 7/2012: Nach Angabe des AG Berlin-Charlottenburg seien ca. 90 % der dort eingegangenen Insolvenzanträge zunächst unzulässig und nachbesserungsbedürftig gewesen; Klein/Thiele, ZInsO 2013, 2013, 2233.

27 AG Hamburg, Beschl. v. 28.2.2014 – 67c IN 1/14, ZInsO 2014, 566 ff.; gegen die Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung bei fehlerhaften oder unvollständigen Anträgen im Fall unterbleibender Korrekturen binnen weniger Tage nach gerichtlichem Hinweis auch Haarmeyer, ZInsO 2013, 2345, 2347.

28 AG Hamburg, Beschl. v. 15.7.2013 – 67e IN 108/13, ZIP 2013, 1684 ff. Rn. 4.

29 AG Hamburg, Beschl. v. 19.12.2013 – 67c IN 501/13, ZInsO 2014, 363.

30 Vgl. für alle HK-InsO/Kirchhof, 7. Aufl. 2014, § 22a Rn. 3 ff.; HK-InsO/Landfermann, Einführung vor § 270 sowie die Kommentierung zu § 270a.

31 Hierzu Haarmeyer, ZInsO 2013, 2345, 2346.

32 Im Einzelnen vgl. die Aufstellung bei Klein/Thiele, ZInsO 2013, 2233, 2236 f.

33 Haarmeyer, ZInsO 2013, 2345, 2346; Klein/Thiele, ZInsO 2013, 2233, 2234.

und Begleitung der Schuldnerin während des gesamten Verfahrens der Eigenverwaltung als Voraussetzung für deren Anordnung gesehen. Die Schuldnerin soll nachweisen müssen, dass ihre Geschäftsleitung in der Lage ist, den speziellen rechtlichen Anforderungen an eine Eigenverwaltung gewachsen zu sein.³⁴ Hierbei werden insbesondere die erforderlichen Kenntnisse zum Führen der Insolvenztabelle und Masseverzeichnisse, zur gleichmäßigen Befriedigung der Insolvenzgläubiger und zur regelgerechten Begründung von Masseverbindlichkeiten genannt.³⁵ Daneben wird die Schuldnerin ohne sachkundige Berater nicht in der Lage sein, einen qualifizierten Insolvenzplan vorzubereiten. Idealerweise wird die Eigenverwaltung nicht nur für eine finanzwirtschaftliche Sanierung, sondern auch eine personal- und leistungswirtschaftliche Sanierung durch Umsetzung eines entsprechenden operativen Konzepts zur nachhaltigen Wiedererlangung der Renditefähigkeit erstellt.

5. Ergebnis

Die Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung setzt schon aufgrund der gesetzgeberischen Grundüberlegungen die professionelle Vorbereitung des Verfahrens und des Antragskonvolutes sowie eine kompetente Begleitung des Schuldners durch das Verfahren seitens verständiger Berater voraus. Sowohl die unzureichende Vorbereitung des Verfahrens als auch mangelhafte Anträge gefährden die Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung und damit die angestrebte Sanierung. Da der Schuldner i.d.R. nicht über die notwendige Sachkunde verfügt, muss er dieses Wissen einkaufen. Weil eine *voraussichtliche wirtschaftliche Schlechterstellung* der Gläubiger bei Anordnung der Eigenverwaltung im Vergleich zur Durchführung eines Regelinsolvenzverfahrens ein Nachteil i.S.d. § 270 Abs. 2 Satz 2 InsO ist, welcher der Anordnung der Eigenverwaltung entgegensteht, kann die zu erwartende Insolvenzquote als Vergleichsmaßstab heranzuziehen sein, wenn man die Kosten beider Verfahrensarten ergebnisbezogen vergleicht. Bei der Prüfung sind die Verfahrenskosten von Eigenverwaltung und Regelinsolvenzverfahren im konkreten Einzelfall und zur Erreichung des gleichen Ziels miteinander zu vergleichen. Zu berücksichtigen ist ferner der Steuervorteil. Ist die so prognostizierte Insolvenzmasse – und damit die Insolvenzquote – im konkreten Einzelfall bei Anordnung der Eigenverwaltung nicht geringer als unter Berücksichtigung der Kosten des Regelinsolvenzverfahrens, so ist die Eigenverwaltung nicht nachteilig für die Gläubiger. Bei einem einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses ist die Eigenverwaltung gem. § 270 Abs. 3 Satz 2 InsO auch dann anzuordnen, wenn sie wirtschaftlich betrachtet für die Gläubiger nachteilig ist. Denn diese Norm bestimmt, dass die Eigenverwaltung im Fall eines solchen Beschlusses als nicht nachteilig gilt. Auch kann die Eigenverwaltung im Rahmen einer Gesamtbetrachtung selbst dann für die Gläubiger vorteilhaft erscheinen und angeordnet werden, wenn diese voraussichtlich mit höheren Kosten als die Regelinsolvenz verbunden ist.

II. Anfechtbarkeit von Zahlungen der Schuldnerin an den Berater

Fraglich ist, ob und unter welchen Voraussetzungen Zahlungen an den Berater nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch einen Sachwalter oder einen Insolvenzverwalter angefochten werden können. In Betracht kommt sowohl eine Anfechtung nach Maßgabe der §§ 130 Abs. 1, 131 InsO als auch § 133 InsO.

Wichtig ist zunächst, genau zu prüfen, welche Art von Leistungen des Beraters vergütet werden. Wie unter I.4. dargestellt, geht es bei der hier geführten Untersuchung nicht um die Leistungen von Sanierungsberatern im Vorfeld eines Insolvenzverfahrens, die möglicherweise von vornherein aussichtslos sind.³⁶ Im Fokus stehen vielmehr zum einen die Leistungen des Beraters im Zusammenhang mit der Vorbereitung eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung und der Erstellung des erforderlichen Antragskonvolutes. Zum anderen geht es um die Vergütung der Berater für die Beratung und Begleitung im Insolvenzantragsverfahren sowie nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung.

1. Anfechtung gem. §§ 130, 131 InsO

Der ein Insolvenzantragsverfahren in Eigenverwaltung vorbereitende Berater hat ebenso wie derjenige, dessen Tätigkeit sich auf die Erstellung des Antragskonvolutes beschränkt, i.d.R. das Problem, dass er von der Zahlungsunfähigkeit seines Mandanten Kenntnis hat. Gleiches gilt für den Verfasser eines Insolvenzplans oder Sanierungskonzepts. Dies führt selbst im Fall einer angemessenen Vergütung dazu, dass deren Zahlung gem. § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO grds. anfechtbar ist. Erfolgt die Zahlung nach dem Insolvenzantrag, reicht gem. § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO schon die bloße Kenntnis von eben diesem Antrag für eine Anfechtung. Der auf eine Eigenverwaltung zielende Insolvenzantrag ist ein Insolvenzantrag im Sinne der Vorschrift. Hierfür spricht neben dem Wortlaut des § 130 Satz 1 InsO auch der Charakter des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung als Insolvenzverfahren. Auch die vorläufigen Verfahren nach den §§ 270a, 270b InsO setzen einen Insolvenzantrag voraus.³⁷ Der Anfechtung kann damit lediglich noch der Bargeschäftseinwand des § 142 InsO entgegengehalten werden. Nach dieser Vorschrift ist eine Anfechtung ausgeschlossen, wenn für die Leistung des Schuldners eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt ist. Die Kriterien der Unmittelbarkeit und Gleichwertigkeit sind von der Rechtsprechung näher konkretisiert worden. Unter Unmittelbarkeit wird ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung verstanden. Der Berater wird sich – zumal wenn er Rechtsanwalt ist – an der 30-Tage-Grenze orientieren, auch wenn grds. immer

34 AG Hamburg, Beschl. v. 19.12.2013 – 67c IN 501/13, ZInsO 2014, 363.

35 AG Hamburg, Beschl. v. 19.12.2013 – 67c IN 501/13, ZInsO 2014, 363.

36 Hierzu ausführlich *Utsch*, DZWIR 2013, 353 ff.

37 Vgl. RegE BT-Drucks. 17/175712 zu § 270a, S. 39 und § 270b, S. 40; K. Schmidt/Undritz (Fn. 5), § 270a Rn. 1 ff. und § 270b Rn. 2.

eine Einzelfallbetrachtung geboten ist. Für den Beginn der 30-Tage-Frist ist der Beginn der Beratungsleistung maßgeblich.³⁸ Nach der Rechtsprechung³⁹ ist es dem Anwalt zumutbar, entweder Vorschüsse einzufordern, die in etwa dem Wert seiner inzwischen entfalteten oder der in den nächsten 30 Tagen noch zu erbringenden Tätigkeit entsprechen oder die Abrechnung von erbrachten Teilleistungen zu vereinbaren. Sofern die Leistung des Beraters nicht unbrauchbar oder die Vergütung unangemessen hoch war, liegt eine gleichwertige Gegenleistung vor. Folglich kann der sachgerecht abrechnende Berater eine Anfechtung nach den §§ 130 ff. InsO vermeiden, wenn die von ihm erbrachte Leistung der erhaltenen Zahlung entspricht, wenn also auch eine wirtschaftliche Gleichwertigkeit gegeben ist. Schlechtberatung oder sinnlose, nicht Erfolg versprechende Sanierungsbemühungen sind daher auch bei Einhaltung der Kriterien des Bargeschäfts nicht vor einer Anfechtung geschützt.

2. Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO

Wie der Wortlaut des § 142 InsO zeigt, ist eine Anfechtung auch bei Vorliegen eines Bargeschäfts möglich, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO gegeben sind. Nach § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die der Schuldner in den letzten 10 Jahren vor dem Insolvenzantrag oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen, wenn der Leistungsempfänger zzt. der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird gem. § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO vermutet, wenn der andere Teil im Zeitpunkt der Rechtshandlung wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte. Hierin liegt für den Berater das Problem. Da er ein Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung nebst Antragskonvolut vorbereitet, weiß er von der drohenden Zahlungsunfähigkeit seines Mandanten; Gleiches kann zwanglos für den Verfasser eines Insolvenzplans oder Sanierungskonzepts angenommen werden. Das Vorliegen drohender Zahlungsunfähigkeit ist selbst bei Einleitung des sog. Schutzschirmverfahrens (§ 270b InsO) Antragsvoraussetzung. Hinzu tritt, dass der Berater aufgrund seiner Tätigkeit regelmäßig auch weiß, dass der Schuldner noch andere Gläubiger hat, die – im Unterschied zu ihm selbst – nicht befriedigt werden. Ihm ist sogar bewusst, dass das von ihm vorbereitete Verfahren dazu führen wird, dass die übrigen Gläubiger als Insolvenzgläubiger zu behandeln sind, sofern sie nicht über Sicherheiten verfügen. Infolgedessen müsste der Berater stets mit der Anfechtung eines an ihn gezahlten Honorars rechnen.

Dieses Ergebnis wäre für den Rechtsverkehr schlicht untragbar. Ein Schuldner kann nicht erwarten, dass er sach- und fachkundige Unterstützung ohne Erbringung einer Gegenleistung erhält. Er wäre insoweit von Wirtschaftsleben abgeschnitten. Völlig zu Recht hat das LG Würzburg⁴⁰ die Anfechtung einer Vergütungszahlung für Leistungen eines Rechtsanwalts im Zusammenhang mit der Erstellung eines Insolvenzantrags nach § 133 Abs. 1 InsO mit dem Argument verneint, der Schuldner habe nicht mit Gläubigerbenachteiligungsabsicht gehandelt, da es einem Schuldner nicht verwehrt

werden könne, anwaltliche Hilfe im Rahmen der Antragstellung in Anspruch zu nehmen. Zudem ist anzuführen, dass das Vorliegen einer kongruenten Deckung, ja eines Bargeschäfts, das einen unmittelbaren Austausch gleichwertiger Leistungen voraussetzt, gegen eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners spricht. Die Kongruenz ist im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO ein anerkanntes Beweisanzeichen gegen das Vorliegen des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes.⁴¹ Im Kern ging es den Beteiligten um den Austausch von Leistungen, nicht um die Benachteiligung von anderen Gläubigern. Erhält der Schuldner eine kongruente Gegenleistung, die für die Fortführung des eigenen Unternehmens nötig ist und damit den Gläubigern im Allgemeinen nützt, liegt ein Gläubigerbenachteiligungswille des Schuldners fern.⁴² Die Bargeschäftsregelung des § 142 InsO soll gerade verhindern, dass ein Schuldner, der sich in der Krise befindet, faktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen wird, weil die von ihm abgeschlossenen wertäquivalenten Geschäfte der Anfechtung unterliegen.⁴³ Dieses gesetzgeberische Ziel würde unterlaufen, wenn Bargeschäfte in dem hier skizzierten Umfang der Anfechtung unterlägen. Auch die Erstellung eines Insolvenzplans und eines Sanierungskonzepts muss durch sachkundige Personen erfolgen. Zahlt der Schuldner die Vergütung für diese Leistungen, fehlt es regelmäßig an dem nach § 133 InsO erforderlichen Benachteiligungsvorsatz.⁴⁴ Soweit die Leistungen erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbracht und vergütet werden, ist der Berater nicht Insolvenz-, sondern bevorrechtigter Massegläubiger; eine Anfechtung scheidet aus.

3. Ergebnis

Die Zahlung der Vergütung an den Berater ist nicht anfechtbar, wenn und soweit die Voraussetzungen des Bargeschäfts (§ 142 InsO) – insbesondere die wirtschaftliche Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung – vorliegen.

III. Ersatzpflicht des Geschäftsführers und Sanierungsgeschäftsführers gem. § 64 Satz 1 GmbHG

Obschon die Anfechtung der Zahlung der Vergütung durch den Schuldner ausgeschlossen ist, stellt sich bei entsprechender Rechtsform des Unternehmensträgers die Frage nach einer Haftung oder Ersatzpflicht des Geschäftsleiters, der in Kenntnis der Insolvenz eine Insolvenzforderung des Beraters befriedigt. In Betracht kommt eine Ersatzpflicht von Vorständen, Geschäftsführern und Sanierungsgeschäftsführern.

38 BGH, Urt. v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06, ZInsO 2008, 101 ff. Rn. 20; *Utsch*, DZWIR 2013, 353, 354; *a.A.* differenzierend K. Schmidt/*Ganter/Weinland* (Fn. 5), § 142 Rn. 33; 30 Tage nach Rechnungsstellung.

39 BGH, Urt. v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06, ZInsO 2008, 101 ff. Rn. 20.

40 LG Würzburg, Urt. v. 11.11.2013 – 92 O 2268/12, ZInsO 2014, 564, 566.

41 BGH, Urt. v. 20.12.2007 – IX ZR 93/06, ZInsO 2008, 273 Rn. 19.

42 K. Schmidt/*Ganter/Weinland* (Fn. 5), § 142 Rn. 58; G. Fischer, NZI 2008, 588, 593 f.; Kayser, FS G. Fischer, S. 267, 282 f.; Schoppmeyer, ZIP 2009, 600, 609; Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, 13. Aufl. 2010, § 133 Rn. 6.

43 RegE BT-Drucks. 12/2443, S. 167; BGH, ZInsO 2006, 712; ZInsO 2010, 673 Rn. 30; K. Schmidt/*Ganter/Weinland* (Fn. 5), § 142 Rn. 2.

44 HambKomm-InsO/*Rogge/Leptien* (Fn. 5), § 133 Rn. 37; Uhlenbruck/*Hirte* (Fn. 42), § 133 Rn. 22.

1. Tatbestand des § 64 Satz 1 GmbHG

Gem. § 64 Satz 1 GmbHG sind Geschäftsführer der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Eine inhaltsgleiche Ersatzpflicht begründet §§ 92, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG für die AG und §§ 130a Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB für OHG und die KG, sofern bei diesen Personengesellschaften kein persönlich unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Grds. kommt auch der Sanierungsgeschäftsführer (CRO) als Adressat des Ersatzanspruchs in Betracht, wengleich die Anwendung der vorbezeichneten Tatbestände auf diesen Personenkreis in den Verfahren der (vorläufigen) Eigenverwaltung umstritten⁴⁵ ist und durch den Gesetzgeber nicht geregelt wurde. Der Anspruch wird nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter bzw. Sachwalter geltend gemacht (§§ 92, 280 InsO). Liegen im Zeitpunkt der Zahlung der Vergütung – was regelmäßig der Fall ist – Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vor, spricht dies für einen Ersatzanspruch der späteren Insolvenzmassen gegen den Geschäftsführer.

2. Privilegierung nach § 64 Satz 2 GmbHG

Gem. § 64 Satz 2 GmbHG besteht die Ersatzpflicht für Zahlungen i.S.d. § 64 Satz 1 GmbHG aber nicht, wenn diese auch nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Dies ist der Fall, wenn die Zahlung im wohlverstandenen Interesse der Gläubigergemeinschaft liegt.⁴⁶ Die Zahlung muss aus ex ante-Sicht für die Gläubiger mehr wirtschaftliche Vorteile als Nachteile bringen.⁴⁷

Die professionelle Begleitung einer Insolvenz in Eigenverwaltung, die sachgerechte Erstellung eines Insolvenzplans und eines Sanierungskonzepts begründen für die Gläubiger die Aussicht, dass das Unternehmen erhalten und den Gläubigern eine weitaus höhere Quote gezahlt werden kann als im Fall der Zerschlagung. Selbst wenn die Leistungen lediglich dazu führen, dass der Geschäftsbetrieb aufrechterhalten werden kann und so eine spätere Veräußerung des Unternehmens oder eines Teils davon ermöglicht wird, ist dies für die Gläubiger vorteilhaft. Der in Aussicht stehende und für die Insolvenzmasse zu realisierende Veräußerungserlös verspricht regelmäßig eine bessere Befriedigung der Gläubiger als die Erlöse aus der Liquidation des Unternehmens. Die Leistungen des Beraters liegen damit schon deshalb im Interesse der Gläubiger.⁴⁸

Für eine Privilegierung der Zahlung spricht ferner der Sinn und Zweck des § 64 Satz 1 GmbHG. Die Androhung einer Ersatzpflicht soll einen Verhaltensanreiz für den Geschäftsführer schaffen, von seinem Insolvenzantragsrecht nach § 15 Abs. 1 InsO im Interesse der Gläubigergemeinschaft frühzeitig Gebrauch zu machen.⁴⁹ Ein Geschäftsführer, der Berater damit beauftragt, die notwendigen

Maßnahmen für eben diesen frühzeitigen Insolvenzantrag durchzuführen, verhält sich so, wie es die Norm von ihm verlangt. Die Hinzuziehung von Fachleuten für die Erstellung des Insolvenzantrags erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass dieser vollständig und richtig ist. Je besser der Antrag vorbereitet ist, desto effizienter und zügiger kann ein vorläufiger Insolvenzverwalter oder Sachwalter handeln. Es wäre widersinnig, wenn der Geschäftsführer bei der bestmöglichen Umsetzung des von ihm geforderten Verhaltens bei Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Feststellung der Überschuldung keine Fachleute hinzuziehen dürfte, weil er die Zahlung der Vergütung aus dem Vermögen der von ihm geleiteten Gesellschaft nicht leisten darf. Daher muss die Zahlung dieser Vergütung nach § 64 Satz 2 GmbHG privilegiert sein. Die Zahlung der vereinbarten Vergütung für Leistungen, die der Umsetzung der Antragspflicht oder des Antragsrechts und damit der von § 64 Satz 1 GmbHG bezweckten frühzeitigen, im Interesse der Gläubiger liegenden Einleitung eines gerichtlichen Sanierungsverfahrens dienen, ist danach mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar.

Gegen eine Privilegierung könnte indes sprechen, dass die Schuldnerin die Leistungen des Beraters im Zeitpunkt der Zahlung schon erhalten hat. Sie könnte sich darauf beschränken, nur künftige Leistungen zu vergüten, also Vorschüsse zu zahlen. Diese Vorschüsse müssten so bemessen sein, dass sie die erwarteten Leistungen des Beraters abdecken. Die Zahlung von Vorschüssen belastet die oft angespannte Liquiditätslage der Schuldnerin aber mitunter erheblich und steht so einer Sanierung im Weg. Die Schuldnerin verfügt vor Antragstellung häufig ohnehin über sehr wenig Liquidität. Hinzu tritt, dass sich die Schaffung einer Liquiditätsreserve vor Antragstellung schon deshalb empfiehlt, um die – zumindest zeitweilig – zu erwartenden Vorkasseverlangen der für die Betriebsfortführung notwendigen Lieferanten und Dienstleister befriedigen zu können. Es wäre kontraproduktiv, wenn die Schuldnerin gezwungen wäre, ihren Beratern im Hinblick auf den nahenden Insolvenzantrag einen auskömmlichen und infolgedessen nicht unerheblichen Vorschuss zu gewähren und sie hierdurch in Liquiditätsprobleme geraten würde. Sachgerechter und im Interesse der Gläubiger liegt es vielmehr, wenn der Berater die Vergütung für seine Leistungen erst dann erhält, wenn die meist turbulente Zeit um die Antragstellung herum vorüber und die Liquiditätslage deutlich entspannter ist. Dies ermöglichen z.B. intensive Gespräche mit den Stakeholdern, die Ermächtigung der Schuldnerin zur Begründung von Masseverbindlich-

45 Die Haftung des (Sanierungs-)Geschäftsführers gem. § 64 GmbHG im Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO thematisieren *Siemon/Klein*, ZInsO 2012, 2009 ff.; zur Haftung des Sanierungsgeschäftsführers vgl. ferner *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2239 ff.; *Brinkmann*, DB 2012, 1313 ff.; *Thole/Brückmann*, ZIP 2013, 1097 ff.; *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369 ff.

46 *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rn. 72.

47 BGH, Urt. v. 8.1.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 = ZInsO 2001, 260; *Baumbach/Hueck/Haas* (Fn. 46), § 64 Rn. 72.

48 S. ausführlich unter I.4.

49 *Baumbach/Hueck/Haas* (Fn. 46), § 64 Rn. 1a.

keiten im Eröffnungsverfahren durch Gerichtsbeschluss oder der erfolgreichen Bildung eines Lieferantenpools. Für die Gläubiger wäre nichts gewonnen, wenn der Berater die Vergütung seiner Leistungen zwingend in der Kalenderwoche vor Antragstellung von seiner Mandantin verlangen müsste, um den Erhalt seiner Vergütung sicherzustellen. Es liegt viel mehr im Interesse der Gläubiger, dass der Berater erforderlichenfalls seine Vergütungsforderung über den Tag der Insolvenzantragstellung hinaus gegenüber seiner Mandantin stundet und auf diese Weise mithilft, etwaige Liquiditätsengpässe im Interesse des Erhalts des Unternehmens und einer damit einhergehenden höheren Quote für die Insolvenzgläubiger zu überwinden. In der Rechtsprechung⁵⁰ wird vertreten, dass es für die Insolvenzgläubiger nachteilig i.S.v. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO ist, wenn ein Sanierungsgeschäftsführer vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erhebliche Geldbeträge erhält und dadurch die Liquidität der Schuldnerin schwächt.

Für eine Privilegierung der Zahlung der Beratervergütung nach § 64 Satz 2 GmbHG spricht auch, dass die Leistungen des Beraters – wie unter I.4. gezeigt – zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs in Eigenverwaltung unverzichtbar sind. Von einem Geschäftsleiter kann aber nicht verlangt werden, dass er Leistungen eines Beraters mit dem Wissen und der Absicht in Anspruch nimmt, diese unter Hinweis auf § 64 Satz 1 GmbHG später nicht zu vergüten. Er müsste mit der persönlichen Inanspruchnahme durch seinen Berater nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB (Eingehungsbetrug) rechnen.

Die Nichtzahlung der vereinbarten Vergütung könnte überdies dazu führen, dass der Berater seine Arbeit einstellt und ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB an den Ergebnissen seiner Arbeit (z.B. Insolvenzplan, Sanierungskonzept, Prozessbeschreibungen) geltend macht. Ein dann notwendiger Beraterwechsel würde zu erheblichen Friktionen und einem Vertrauensverlust bei den Stakeholdern führen. Ein neuer Berater müsste sich erst einarbeiten, was wertvolle Zeit kostet und auch finanziell einen höheren Aufwand für die Schuldnerin bedeuten würde.

Schließlich wäre es auch widersprüchlich, wenn der Gesetzgeber den Ausschluss der Anfechtung im Fall des Bargeschäfts zwecks Sicherstellung der weiteren Marktteilnahme der Schuldnerin beabsichtigt, der Geschäftsführer nach § 64 Satz 1 GmbHG im Fall eines solchen Bargeschäfts aber ersatzpflichtig ist; die Schuldnerin wäre im Fall der Haftung faktisch doch von der Marktteilnahme ausgeschlossen, da von einem Geschäftsführer nicht erwartet werden darf, dass er seine persönliche Inanspruchnahme riskiert.

IV. Zusammenfassung

Die professionelle Vorbereitung des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung einschließlich des Antragskonvolutes ist für die Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung

ebenso unverzichtbar wie die kompetente Begleitung des Schuldners bis zur Beendigung des Sanierungsverfahrens. I.d.R. verfügt der Schuldner nicht über die notwendige Sachkunde, um die Herausforderungen dieses Verfahrens zu meistern, sodass er diese Leistungen einkaufen und auch bezahlen muss. Die Zahlung der Vergütung des Beraters ist nicht anfechtbar, soweit die Voraussetzungen des § 142 InsO vorliegen und die Vergütung angemessen ist. Dies gilt auch, wenn die Vergütung für Leistungen vor Stellung des Insolvenzantrags erst nach diesem Zeitpunkt gezahlt wird. Geschäftsleiter sind nicht zum Ersatz solcher Zahlungen nach § 64 Satz 1 GmbHG⁵¹ verpflichtet. Da eine voraussichtliche wirtschaftliche Schlechterstellung der Gläubiger bei Anordnung der Eigenverwaltung im Vergleich zur Durchführung eines Regelinsolvenzverfahrens grds. ein Nachteil i.S.d. § 270 Abs. 2 Satz 2 InsO ist, welcher der Anordnung der Eigenverwaltung i.d.R. entgegensteht, ist die zu erwartende Insolvenzquote als Vergleichsmaßstab heranzuziehen. Bei der Prüfung sind die Kosten von Eigenverwaltung und Regelinsolvenzverfahren sowie die Auswirkungen auf die Insolvenzmasse insgesamt im konkreten Einzelfall einander gegenüber zu stellen. Zu berücksichtigen ist zugunsten der Eigenverwaltung ferner der Steuervorteil (vgl. § 55 Abs. 4 InsO). Ist die so prognostizierte Insolvenzmasse – und damit die Insolvenzquote – im konkreten Einzelfall bei Anordnung der Eigenverwaltung nicht geringer als unter Berücksichtigung der Kosten des Regelinsolvenzverfahrens, so ist die Eigenverwaltung schon objektiv nicht nachteilig für die Gläubiger. Bei einem einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses ist die Eigenverwaltung gem. § 270 Abs. 3 Satz 2 InsO auch dann anzuordnen, wenn sie wirtschaftlich betrachtet für die Gläubiger nachteilig ist. Denn diese Norm bestimmt, dass die Eigenverwaltung im Fall eines solchen Beschlusses als nicht nachteilig gilt; die Prüfungskompetenz des Gerichts entfällt. Auch kann die Eigenverwaltung im Rahmen einer Gesamtbetrachtung selbst dann für die Gläubiger vorteilhaft erscheinen und angeordnet werden, wenn diese voraussichtlich mit höheren Kosten als die Regelinsolvenz verbunden ist.

Schuldnern und Beratern ist zu empfehlen, die wirtschaftlichen Vorteile der angestrebten Eigenverwaltung einschließlich des Restrukturierungsaufwandes gegenüber den maßgeblichen Stakeholdern hinreichend transparent zu machen und darauf zu achten, dass keine unangemessen hohen Vergütungen gezahlt werden. Soweit es die Liquiditätslage des Schuldners zulässt, sollten erbrachte Leistungen zeitnah abgerechnet und Vorschüsse vereinnahmt werden.

50 LG Bonn, ZIP 2003, 1412, 1414; aufrechterhalten von BGH, Beschl. v. 15.1.2004 – IX ZB 197/03, ZIP 2004, 425; K. Schmidt/Undritz (Fn. 5), § 270 Rn. 12.

51 Eine inhaltsgleiche Ersatzpflicht begründet §§ 92, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG für die AG und §§ 130a Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB für OHG und die KG, sofern bei diesen Personengesellschaften kein persönlich unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.