

Die Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO als Eintrittsvoraussetzung in das neue Schutzschirmverfahren

Persönliche und sachliche Anforderungen (einschl. Formulierungsmuster)

Robert Buchalik*/Alfred Kraus**

Am 1.3.2012 ist das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) in Kraft getreten. Als neuer Weg einer Sanierung bietet sich nun das in § 270b InsO normierte Schutzschirmverfahren als vorinsolvenzliches (außergerichtliches) Sanierungsverfahren¹ an, das neben der schon bekannten Eigenverwaltung einen noch größeren Anreiz zur frühzeitigen Sanierung durch Insolvenz geben soll. Voraussetzung für die Einleitung eines 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 oder 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. Nachfolgend werden die Anforderungen an diese Bescheinigung beschrieben.

1. Einführung

„Saniere dich selbst!“² So lautet seit März 2012 das neue Motto der Insolvenzordnung in Bezug auf das nunmehr mögliche Schutzschirmverfahren. Zur Einleitung eines solchen Verfahrens ist nach § 270b Abs. 1 InsO erforderlich, dass der Schuldner einen normalen Eröffnungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung stellt. Neben dem Eröffnungsantrag muss zusätzlich der Antrag auf Eigenverwaltung und ein dritter Antrag auf Bestimmung einer Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans, die drei Monate nicht überschreiten darf, gestellt werden. Der entscheidende Unterschied zu der bisherigen Handhabung bei Anträgen auf Eröffnung eines Eigenverwaltungsver-

fahrens liegt in der nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO vorzulegenden Bescheinigung. Die Anforderungen an diese Bescheinigung sind offen.

Der Gesetzgeber hat bewusst bei der Bescheinigung im Sinne des § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO davon abgesehen, ein umfassendes Sanierungsgutachten entsprechend bestimmten formalisierten Standards zu verlangen, weil hiermit erhebliche Kosten verbunden wären und damit insbesondere kleineren und mittleren Unternehmen (KMU) der Zugang zu dem Verfahren nach § 270b InsO erheblich erschwert wäre³. Der Bundesrat hatte zwar angeregt, dass die Ersteller einer Bescheinigung und die inhaltlichen Anforderungen an eine solche Bescheinigung eine stärkere Konkretisierung erfahren sollten. Insbesondere wurde angeregt, die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe („Bescheinigung“, „eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters ...“, „Person mit vergleichbarer Qualifikation“) weiter einzuschränken bzw. diese durch anerkannte Begrifflichkeiten („Fachanwalt für Insolvenzrecht“ etc.) zu ersetzen oder durch ergänzende Umschreibungen näher zu definieren, damit der Praxis eine hinreichende Handhabung dieser Norm ermöglicht werde. Dies erscheine vor allem deshalb notwendig, da ansonsten nicht sicher ausgeschlossen sei, dass die Vorzüge des in Rede stehenden Sanierungsverfahrens bereits in der Phase der Antragstellung durch entsprechende Streitigkeiten zwischen den Beteiligten über das Vorliegen der formellen Voraussetzungen nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO-E überlagert würden⁴. Der Bundestag ist aber bei der Ver-

abschiedung des ESUG diesen Anregungen des Bundesrats nicht gefolgt und hat es insoweit bei dem bisherigen Wortlaut belassen⁵.

* Robert Buchalik ist Rechtsanwalt und Partner der bb [sozietät] Buchalik Brömmekamp (www.bb-soz.de) und geschäftsführender Gesellschafter der auf Sanierung durch Insolvenz spezialisierten mbb [consult] GmbH (www.mbbconsult.de), Düsseldorf/Frankfurt. Allein in den letzten beiden Jahren hat er mit seinem Team von Rechtsanwälten, Betriebswirten und Wirtschaftsingenieuren zahlreiche Insolvenzplanverfahren, hiervon sechs in Eigenverwaltung, vorbereitet und erfolgreich durchgeführt. Alle Pläne sind, teilweise mit einer Quote von 100%, bestätigt und die Verfahren anschließend aufgehoben worden.

** Alfred Kraus ist als Rechtsanwalt in der Wirtschaftskanzlei bb [sozietät] Buchalik Brömmekamp (www.bb-soz.de) in Düsseldorf tätig.

1 So bezeichnen es Braun/Heinrich, NZI 2011 S. 505, 511, die in diesem Zusammenhang auch von einem „Sanierungsvorbereitungsverfahren“ sprechen.

2 So der Titel eines Artikels in der FTD vom 9. 1. 2012, abrufbar im Internet unter: <http://www.ftd.de/karriere-management/:neues-gesetz-saniere-dich-selbst/6:150303.html>.

3 BT-Drucks. 17/5712 S. 40.

4 BR-Drucks. 127/11 S. 21.

5 Vgl. BT-Drucks. 17/7511 S. 28.

In Bezug auf die nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO vom Schuldner vorzulegende Bescheinigung stellen sich folgende praxisrelevante Fragen, die nachfolgend in den Abschn. 2–5 beantwortet werden sollen:

- Wer ist ein geeigneter Bescheiniger?
- Welchen Inhalt sollte die Bescheinigung haben?
- Wie geht das Gericht mit der Bescheinigung um?
- Bestehen Haftungsrisiken für den Bescheiniger?

2. Wer ist geeigneter Bescheiniger?

Nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO hat der Schuldner mit seinem Eröffnungsantrag die Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers, Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorzulegen. Von vergleichbarer Qualifikation sollen nach der Gesetzesbegründung etwa Steuerbevollmächtigte oder vereidigte Buchprüfer sein⁶. Der aufgeführte Personenkreis besteht ausschließlich aus Berufsträgern. Demnach sind Unternehmensberater als Bescheiniger grundsätzlich ausgeschlossen.

In fachlicher Hinsicht verlangt § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO, dass die Person des Bescheinigers „in Insolvenzsachen erfahren“ sein muss. Der Nachweis insolvenzrechtlicher Erfahrung könnte durch einen bestandenen Fachanwaltslehrgang für Insolvenzrecht, einschlägige Veröffentlichungen in diesem Bereich oder durch eine anerkannte Zertifizierung geführt werden. Der Ausbildungsnachweis 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. Auch muss gefordert werden, dass der Bescheiniger über die notwendigen steuerlichen Kenntnisse verfügt, um etwaige Problemstellungen und Lösungen in diesem Kontext aufzeigen zu können. Das Vorhandensein all dieser Erfahrungen kann unterstellt werden, wenn der Bescheiniger schon

an mehreren Gutachten nach IDW S 6⁷ oder vergleichbaren Standards mitgewirkt hat.

Um eine Zurückweisung des Antrags zur Einleitung eines Schutzschirmverfahrens durch das Gericht allein wegen eines fehlenden fachlichen Erfahrungsnachweises zu vermeiden, ist in der Praxis 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 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. Durch ein solches praktisches Vorgehen erleichtert man dem Gericht nicht nur die Arbeit, sondern verliert auch keine wertvolle Zeit, um das Schutzschirmverfahren effektiv durchführen zu können.

Nach § 270b Abs. 2 Satz 1 InsO muss der Aussteller der Bescheinigung personenverschieden vom vorläufigen Sachwalter sein. Diese Klarstellung wies der ursprüngliche Gesetzentwurf der Bundesregierung nicht aus, was deshalb zu heftiger Kritik geführt hatte⁸. Mit der nunmehr verabschiedeten gesetzlichen Regelung wird klargestellt, dass die vom (vorläufigen) Sachwalter nach § 270a Abs. 1 Satz 2 i. V. m. §§ 274, 56 InsO stets verlangte Unabhängigkeit dann nicht gegeben ist, wenn die betreffende Person dem Schuldner zuvor die Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 InsO ausgestellt hat⁹. Es erscheint zweifelhaft, ob die bloße Personenverschiedenheit zum Nachweis der Unabhängigkeit ausreicht. Vielmehr muss gefordert werden, dass vorläufiger Sachwalter und Bescheiniger unterschiedlichen Kanzleien angehören¹⁰. 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.

Nicht gefolgt werden kann in diesem Zusammenhang der Ansicht von *Hölzle*, der annimmt, dass der Bescheiniger nicht im Vorfeld beratend für den Schuldner tätig gewesen sein darf und sich für eine Unabhängigkeit des Ausstellers der Bescheinigung analog der §§ 56, 56a InsO ausspricht¹¹. *Hölzle* verkennt die Position der Verfahrensbeteiligten, wenn er fordert, dass „die Unabhängigkeit des Ausstellers der Bescheinigung in derselben Weise institutionalisiert sein muss

6 BT-Drucks. 17/5712 S. 40. Der Gesetzgeber nennt dort als weiteres Beispiel etwa Angehörige eines anderen EU-Mitgliedstaats, wenn diese über eine vergleichbare Qualifikation und über Erfahrungen in Insolvenzsachen verfügen. Damit trägt der Gesetzgeber der europäischen Niederlassungsfreiheit Rechnung.

7 IDW S 6 „Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten“, siehe FN-IDW 11/2009 S. 578 ff. Darin sind folgende Kernelemente als Bestandteil eines Sanierungsgutachtens festgelegt: Basisinformationen über die Ausgangslage des Unternehmens (Analyse der Unternehmenslage, Feststellung des Krisenstadiums, Analyse der Krisenursachen, Aussagen zur Unternehmensfortführung), Ausrichtung am Leitbild des sanierten Unternehmens, stadiengerechte Bewältigung der Unternehmenskrise, integrierte Unternehmensplanung, Zusammenfassung.

8 Siehe hierzu etwa die Stellungnahmen u. a. des VID zu BR-Drucks. 127/11, DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU e.V. zu BT-Drucks. 17/5712.

9 BT-Drucks. 17/7511 S. 50.

10 So auch Frind, ZInsO 2011 S. 2249, 2261.

11 Vgl. *Hölzle*, ZIP 2012 S. 158, 161 f.

Durch das Setzen hoher Hürden wird von vornherein der Kritik derjenigen begegnet, die mutmaßen, dass jede Art von Bescheinigung ausreichen würde.

wie diejenige des (vorläufigen) Insolvenzverwalters¹². Das Amt, das der (vorläufige) Insolvenzverwalter im Regelinsolvenzverfahren bekleidet, entspricht im Verfahren nach § 270b InsO der Position des eigenverwaltenden Schuldners gekoppelt mit der Bestellung eines (vorläufigen) Sachwalters. Eine Gegenüberstellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters mit dem Aussteller der Bescheinigung ist daher unter Berücksichtigung der durch die InsO vorgesehenen Rollenverteilung im Insolvenz-/Eigenverwaltungsverfahren nicht angezeigt. Nicht zuletzt sprechen aber auch praktische Erwägungen gegen die von *Hölzle* vorgeschlagene Analogie: Es verspricht keinen Mehrwert, wenn neben dem Berater, der im Rahmen der Vorbereitungsphase zur Einleitung des Schutzschirmverfahrens das Sanierungskonzept erstellt, zusätzlich noch ein *unabhängiger* Dritter als Bescheiniger auftritt. Die Erstellung des Sanierungskonzepts nebst der Ausstellung der Bescheinigung aus einer Hand (durch einen einzigen Berater!) wahrt den Gläubigerschutz hinreichend v. a. deshalb, weil die Bescheinigung ohnehin vom Gericht zu prüfen ist (vgl. hierzu die Ausführungen unter Abschn. 4). Schließlich ist die Ansicht von *Hölzle* auch weder mit dem Gesetz noch mit der Gesetzesbegründung zum ESUG vereinbar. Aufgrund des zusätzlich anfallenden Zeit- und Kostenaufwands kann bei einer solchen Vorgehensweise von einer weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, die das ESUG zum Ziel hat, keine Rede mehr sein.

3. Welchen Inhalt sollte die Bescheinigung haben?

Inhaltlich muss sich nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO aus der mit Gründen versehenen Bescheinigung ergeben, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Zu fordern ist eine substanziierte Einzelfallbescheinigung¹³. 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 würde¹⁴. Vor allem wird auf diese Weise das Risiko des Missbrauchs des Schutzschirmverfahrens durch Schuldner minimiert, die das Verfahren nur dazu nut-

zen wollen, um noch weitere drei Monate zu Lasten ihrer Gläubiger zu wirtschaften¹⁵.

3.1 Drohende Zahlungsunfähigkeit/Keine Zahlungsunfähigkeit

Nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO muss sich aus der mit Gründen versehenen Bescheinigung u. a. ergeben, dass drohende Zahlungsunfähigkeit, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt.

Nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 24. 5. 2005 liegt Zahlungsunfähigkeit i. S. des § 17 InsO regelmäßig jedenfalls dann vor, wenn der Schuldner 10% oder mehr seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten länger als drei Wochen nicht erfüllen kann, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist¹⁶. In einer weiteren Entscheidung vom 19. 7. 2007 hat der BGH festgelegt, dass eine Forderung nur dann fällig i. S. des § 17 InsO ist, wenn sie auch „ernsthaft eingefordert“ wurde, wobei die Übersendung einer Rechnung diesbezüglich schon genügt¹⁷.

Drohende Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 18 InsO ist dann anzunehmen, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass die Erfüllung der bestehenden Zahlungsverpflichtungen nicht gelingen wird, mindestens 50% beträgt¹⁸. Als Prognosezeitraum bzgl. der Beurteilung der künftigen Entwicklung des Schuldners sind das laufende und nächste Geschäftsjahr des Schuldners anzusetzen¹⁹.

Die bisher in diesem Stadium gestellten Insolvenzanträge wurden zu einem großen Teil bereits bei tatsächlich eingetretener Zahlungsunfähigkeit gestellt²⁰. Die in § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO vorgesehene Bescheinigung eines Beraters über die drohende Zahlungsunfähigkeit sollte deshalb sehr substanziiert sein²¹. Die Prüfung, dass drohende Zahlungsunfähigkeit, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, hat in Anlehnung an IDW PS 800²² zu erfolgen²³. Dort wird

12 Hölzle, ZIP 2012 S. 158, 162.

13 So auch Frind, ZInsO 2011 S. 2249, 2261.

14 Brinkmann/Zipperer, ZIP 2011 S. 1337, 1344, befürchten, dass die Begründungen knapp und im Kern wenig aussagekräftig ausfallen werden.

15 Vgl. hierzu auch Willemsen/Rechel, BB 2011 S. 834, 837, die darauf hinweisen, dass eine geringere Kontrolldichte bzgl. der Bescheinigung Missbrauchsrisiken eröffnet.

16 BGH vom 24. 5. 2005 – IX ZR 182/01, ZInsO 2005 S. 807, 809 f., vgl. dazu Heublein in KSI 2006 S. 12 ff.

17 BGH vom 19. 7. 2007 – IX ZB 36/07, ZInsO 2007 S. 939, 941.

18 Vgl. m. w. N. Schmerbach, in: Frankfurter Kommentar zur InsO, 6. Aufl. 2011, § 18 Rn. 22.

19 Die Rechtsprechung hat sich zu einem konkreten Prognosezeitraum im Rahmen des § 18 InsO noch nicht geäußert. Zu den Zeiträumen, die in der Literatur vertreten werden, vgl. m. w. N. Schmerbach, in: Frankfurter Kommentar zur InsO, 6. Aufl. 2011, § 18 Rn. 15.

20 Frind, ZInsO 2010 S. 1524, 1528, geht davon aus, dass bisher die vermeintlich in diesem Stadium gestellten Anträge sogar zu 99% bei Zahlungsunfähigkeit gestellt wurden. Dem kann nicht gefolgt werden. Insbesondere seitdem vermehrt Eigenverwaltungsanträge gestellt werden, ist häufig tatsächlich nur eine drohende Zahlungsunfähigkeit vorhanden.

21 So auch Frind, ZInsO 2011 S. 2249, 2261.

22 IDW PS 800 „Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen“, siehe FN-IDW 4/2009 S. 161 ff.

23 So auch das IDW in der Stellungnahme vom 1. 6. 2011 zum Regierungsentwurf für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, S. 14.

deziert 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 aufbaut²⁴.

3.2 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 analysiert werden²⁵. Aufgrund des derzeit noch bis zum 31. 12. 2013 geltenden zweistufigen modifizierten Überschuldungsbegriffs²⁶ kann auf die Aufstellung einer Überschuldungsbilanz gegenwärtig verzichtet werden, wenn die Fortführungsprognose positiv ausfällt, da allein schon eine positive Fortführungsprognose die Überschuldung entfallen lässt²⁷. Bei der Erstellung einer Fortführungsprognose ist mit dem BGH darauf abzustellen, ob die Finanzkraft der Gesellschaft nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens ausreicht²⁸. Es bedarf insoweit sowohl eines fundierten Fortführungswillens des Schuldners bzw. seiner Organe als auch einer objektiven – grundsätzlich aus einem aussagekräftigen Unternehmenskonzept mit entsprechender Ertrags- und Finanzplanung herzuleitenden – Überlebensfähigkeit des Unternehmens²⁹.

3.3 Nicht offensichtliche Aussichtslosigkeit der Sanierung

§ 270b Abs. 1 Satz 3 InsO verlangt des Weiteren, dass sich aus der Bescheinigung ergeben muss, dass die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Ausweislich der Gesetzesbegründung wird kein umfassendes Sanierungsgutachten entsprechend formalisierten Standards verlangt³⁰. Die Anforderungen sind damit geringer als die Maßstäbe des IDW S 2 und IDW S 6³¹. Ein vollständiges Sanierungsgutachten des Bescheinigers wäre zwar ideal, dürfte aber i. d. R. aus Zeit- und Kostengründen zum

Zeitpunkt der Stellung des Eröffnungsantrags noch nicht möglich sein³².

Der unbestimmte Rechtsbegriff, dass „die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist“, muss künftig durch Rechtsauslegung, Kommentierung und Praxis konkretisiert werden³³. In diesem Kontext lässt sich allerdings die Rechtsprechung des BGH zum früheren Sanierungsprivileg nach § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a. F. (jetzt: § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO) übertragen, wonach es nicht allein auf den subjektiven Sanierungswillen des Anteilserwerbers ankommen kann, sondern der Sanierungszweck i. S. des § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a. F. zusätzlich erfordert, dass nach der pflichtgemäßen Einschätzung eines objektiven Dritten im Augenblick des Anteilerwerbs, also aufgrund einer Betrachtung ex ante, die Gesellschaft objektiv sanierungsfähig ist und die für die Sanierung konkret in Angriff genommenen Maßnahmen zusammen objektiv geeignet sind, die Gesellschaft in überschaubarer Zeit durchgreifend zu sanieren³⁴.

Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, muss der Bescheiniger eine betriebswirtschaftlich fundierte Untersuchung vorausgehen, die die Sanierungsfähigkeit des Schuldners zumindest in Ansätzen bestätigt. Die Bestätigung, dass die Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist, muss ferner auf der Basis einer geeigneten Unternehmensplanung erfolgen³⁵. 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 von Weg und Ziel der Sanierung unter Berücksichtigung der betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Anforderungen schafft Vertrauen

24 Vgl. m. w. N. Schmerbach, in: Frankfurter Kommentar zur InsO, 6. Aufl. 2011, § 17 Rn. 22 ff.; § 18 Rn. 16.

25 IDW FAR 1/1996: „Empfehlungen zur Überschuldungsprüfung bei Unternehmen“.

26 Zur generellen Abschaffung des Überschuldungstatbestands vgl. Frystatzki, NZI 2011 S. 521 ff.

27 Vgl. m. w. N. Schmerbach, in: Frankfurter Kommentar zur InsO, 6. Aufl. 2011, § 19 Rn. 11.

28 Vgl. BGH vom 13. 7. 1992 – II ZR 269/91, ZIP 1992 S. 1382, 1386.

29 Vgl. hierzu ausführlich Schröder, in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2009, § 19 Rn. 12 f.

30 BT-Drucks. 17/5712 S. 40.

31 IDW S 2 „Anforderungen an Insolvenzpläne“, siehe FN-IDW 3/2000 S. 81 ff.; IDW S 6 „Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten“, siehe FN-IDW 11/2009 S. 578 ff.

32 So auch Willemsen/Rechel, BB 2011 S. 834, 837, die zudem darauf verweisen, dass im Fall einer Sanierungsfähigkeit nach IDW S 6 auch die langfristige Zahlungsfähigkeit als positiv beurteilt werden muss, sodass kein Antrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt werden könnte.

33 So auch das IDW in der Stellungnahme vom 1. 6. 2011 zum Regierungsentwurf des ESUG, S. 14.

34 Vgl. BGH vom 21. 11. 2005 – II ZR 277/03, NJW 2006 S. 1283 ff.; vgl. hierzu auch Hirte, ZInsO 2011 S. 401, 403, der zudem noch auf die BGH-Entscheidung vom 4. 12. 1997 – IX ZR 47/97, ZIP 1998 S. 248, verweist, wonach für ein Sanierungsgutachten zur Widerlegung der Gläubigerbenachteiligungsabsicht im Kontext der Insolvenzanfechtung von Kreditsicherheiten die Beurteilung der objektiven Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft durch einen „unvoreingenommenen – nicht notwendigerweise unbeteiligten – branchenkundigen Fachmann“ zu erfolgen hat.

35 So auch die Stellungnahme des IDW vom 1. 6. 2011 zum Regierungsentwurf des ESUG, S. 14.

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:

- 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 gem. 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) sowie
- f) erste Skizze des Leitbildes des sanierten Unternehmens.

Bei der Erstellung eines groben Sanierungskonzepts 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 mindestens auf das laufende Wirtschaftsjahr und 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).

3.4 Insolvenzzgeldvorfinanzierung

Durch das Insolvenzzgeld (§§ 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 Insolvenzzgeldvorfinanzierung. Hierfür wird die Zustimmung der Agentur für Arbeit gem. § 188 Abs. 4 SGB III benötigt. Die Agentur für Arbeit erteilt die Zustimmung, wenn mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein erheblicher Teil der Arbeitsplätze erhalten bleibt. Nach den Durchführungsanweisungen orientiert sich die Agentur für Arbeit bei ihrer Beurteilung einerseits an den Zahlen des § 112a BetrVG. Andererseits muss sich aus einer Prognose die Erhaltung der Arbeitsplätze ergeben, die im Regelinsolvenzverfahren der vorläufige Insolvenzverwalter und im Fall des Schutzschirmverfahrens der eigenverwaltende Schuldner aufstellt. Grundlage der Prognoseentscheidung ist die Glaubhaftmachung von Tatsachen (§ 294 ZPO), wie etwa erste Maßnahmen im Rahmen der Umsetzung eines konkreten Sanierungskonzepts oder die Erarbeitung eines Sanierungsplans, die der Antragsteller vorzutragen hat³⁶. Sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist auch im Schutzschirmverfahren eine Insolvenzzgeldvorfinanzierung möglich und zulässig.

Es empfiehlt sich, in die Bescheinigung auch Ausführungen in Bezug auf § 188 Abs. 4 SGB III aufzunehmen. Auf diese Weise kann die Bescheinigung gleichzeitig dazu verwendet werden, um die für Insolvenzzgeldvorfinanzierung benötigte Zustimmungserklärung der zuständigen Agentur für Arbeit erteilt zu bekommen.

4. Wie geht das Gericht mit der Bescheinigung um?

Die Bescheinigung macht nur Sinn, wenn das Gericht die Bescheinigung formell und materiell überprüft³⁷. Ohne diese Prüfung seitens des Gerichts, dem die Funktion eines „Torwächters“ zukommen wird, ist die Missbrauchsgefahr 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 den betriebswirtschaftlichen Sachverstand selbst verfügen wird. Es wird deshalb zulässig sein, dass das Gericht einen eigenen Gutachtenauftrag erteilt³⁸. Dadurch entsteht zugleich die Möglichkeit, Erkenntnisse zur Objektivität des Bescheinigers zu erlangen und mögliche Verbindungen zum vorläufigen Sachwalter, den der Schuldner zur Ernennung „mitbringt“, aufzudecken.

Anders als *Obermüller*³⁹ es ausführt, wird sich die Prüfungspflicht des Gerichts nicht schwerpunktmäßig darauf beschränken, ob die Zahlungsunfähigkeit nur droht oder bereits eingetreten ist. Sie er-

36 Vgl. hierzu m. w. N. Schröder, in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2009, § 22 Rn. 129 ff.

37 So auch Obermüller, ZInsO 2011 S. 1809, 1818.

38 So auch Frind, ZInsO 2011 S. 2249, 2261, der zudem auf die eigene Prüfungskompetenz des Gerichts im Hinblick auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 5 Abs. 1 InsO verweist. A.A. Brinkmann/Zipperer, ZIP 2011 S. 1337, 1344; Desch, BB 2011 S. 841.

39 Obermüller, ZInsO 2011 S. 1809, 1818.

40 Der vorgeschlagene Aufbau orientiert sich an der Bescheinigung über das Scheitern des außergerichtlichen Einigungsversuchs (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO) im Verbraucherinsolvenzverfahren, vgl. Anl. 2 und 2 A VbrInsVV.

Vorschlag zur Ausgestaltung der Bescheinigung gemäß § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO⁴⁰**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 Insolvenzsachen 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.
3.

Darüber hinaus war er Verfasser bzw. Mitverfasser folgender Insolvenzpläne:

1.
2.
3.

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 im Sinne der InsO vorliegt und
2. die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.

Ich/Wir erteile(n) diese Bescheinigung auf der Grundlage meiner/unserer 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 Insolvenzsachen 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)

Abb. 1:
Muster der Bescheini-
gung gem. § 270b Abs. 1
Satz 3 InsO

fasst gleichermaßen die Frage, ob die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Dazu bedarf es aber einer Überprüfung des vorgelegten Sanierungskonzepts als Bestandteil der Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO. Die Gerichte werden hier noch eigene Anforderungen aufstellen müssen, in welchen Fällen eine gutachterliche Überprüfung der Bescheinigung nötig sein wird⁴¹. 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 vornimmt⁴². 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 Gerichts nicht verzichtet werden. Zeitliche Verzögerungen lassen sich mit einer frühzeitigen Einbindung des Gerichts, 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.

5. Bestehen Haftungsrisiken für den Bescheiniger?

Es darf nicht verkannt werden, dass das Schutzschirmverfahren gleichermaßen Chancen wie Risiken birgt und aus Sicht des Bescheinigers in erheblichem Umfang Haftungsrisiken für diesen auslösen kann, deren Umfang noch gar nicht überschaubar ist⁴³. Insbesondere wird die Haftung des Bescheinigers im Falle einer fehlerbehafteten Bescheinigung des Vorliegens von Zahlungsfähigkeit dem Grunde nach gut nachweisbar sein. Schon deshalb sei dem Bescheiniger dringend empfohlen, die Bescheinigung mit höchstmöglicher Sorgfalt zu erstellen.

Minimiert wird das Haftungsrisiko des Bescheinigers allerdings wiederum dadurch, dass auch dem vorläufigen Sachwalter sowohl beim Eintreten von Zahlungsunfähigkeit als auch bei einer aussichtslos gewordenen Sanierung gem. §§ 270b Abs. 2 Satz 1, 270a Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 274 Abs. 2 und 3 InsO bzw. § 270b Abs. 4 Satz 2 InsO eine Prüfungs- und Meldepflicht obliegt, sodass die Richtigkeit der Bescheinigung auch von diesem zu hinterfragen sein wird.

6. Zusammenfassung

Das neue Schutzschirmverfahren gem. § 270b InsO bildet einen sehr sinnvollen Baustein, Restrukturierungsmaßnahmen bei einer nahenden Krise planvoll und zielorientiert anzustoßen. Um der zu erwartenden Skepsis der Gerichte gegenüber dem neuen Schutzschirmverfahren von vornherein in ausreichendem Maße zu begegnen und um eine Zurückweisung des Antrags schon aus diesem Grunde nicht zu riskieren, ist dem Berater, der die Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO ausstellt, zu empfehlen, dem Gericht seine persönliche insolvenzrechtliche Sanierungsqualifikation unaufgefordert und belastbar nachzuweisen. Die Bescheinigung ist inhaltlich überzeugend gem. § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO auszugestalten und mit Gründen zu versehen. Eine ergebnisorientierte Kurzmitteilung genügt nicht⁴⁴. Ein Formulierungsmuster enthält die Abb. 1 auf S. 65.

Zertifikatslehrgang „Restrukturierungs- & Sanierungsberater“ am Institut für Unternehmenssanierung und -entwicklung an der SRH Hochschule Heidelberg



- Aktuelles Sanierungs-Know-how für Praktiker (Berater, Interimmanager, Banker)
- Erstklassige Ausbildung durch ein Dozenten-Team aus hochkarätigen Praktikern
- Hohe Praxisrelevanz
- Ausbau Ihres Netzwerks zu anderen Teilnehmern und Absolventen
- Flexible zeitliche Gestaltung, die sich Ihren zeitlichen Möglichkeiten anpasst (berufsbegleitend)
- Abschlusszertifikat „Restrukturierungs- & Sanierungsberater“ als Qualitätssiegel
- Starttermine: April (Sommersemester) und Okt. (Wintersemester)
- Ansprechendes akademisches Umfeld an der SRH Hochschule Heidelberg

Institut für Unternehmenssanierung
an der SRH Hochschule Heidelberg

Prof. Dr. Henning Werner • henning.werner@fh-heidelberg.de • www.institut-sanierung.de

41 Vgl. Frind, ZInsO 2011 S. 2249, 2261. Hirte, ZInsO 2011 S. 401, 404, spricht insoweit von der Gestaltungsmacht des Richters.

42 So Desch, BB 2011 S. 841.

43 Willemsen/Rechel, BB 2011 S. 834, 837, weisen darauf hin, dass unklar sei, ob und inwieweit der Bescheiniger haftet, wenn die Sanierung scheitert.

44 So auch Desch, BB 2011 S. 841; Frind, ZInsO 2011 S. 2249, 2261.