

Buchalik Brömmekamp

NEWSLETTER

SONDERAUSGABE
ZUR NEUEN
INSOLVENZORDNUNG

EDITORIAL

Sehr verehrte Geschäftsfreunde,

ein Jahr ESUG, ein Anlass für uns, den Sondernewsletter zum ESUG aus dem Vorjahr neu aufzulegen. Es waren zwölf aufregende Monate mit Höhen und Tiefen und einem neuen Gesetz, das unsere Erwartungen mindestens erfüllt hat. Es hat drei Wochen gedauert, bis der erste Fall auf dem Tisch lag. Zwischenzeitlich ist das Verfahren abgeschlossen, der Insolvenzplan wurde mit einer 100-Prozent-Quote bestätigt. Danach kamen viele weitere Verfahren, bis zum Verfassen dieses Sondernewsletter insgesamt 28, die wir begleiten oder zumindest beraten. Wir gehen nach unseren derzeitigen Erkenntnissen davon aus, dass wir nach der Zahl der Verfahren und der Insolvenzpläne wohl Marktführer sind. In den 28 Verfahren bereiten wir 15 Insolvenzpläne vor bzw. haben sie schon erstellt und wirken an 23 Gläubigerausschüssen mit. Bei insgesamt maximal 180 Verfahren in Deutschland (§§ 270a, 270b InsO) eine aus unserer Sicht ordentliche Bilanz. Wir durften sogar eine der ersten, vielleicht die erste obergerichtliche Entscheidung zum ESUG herbeiführen. So hob das Landgericht Duisburg auf sofortige Beschwerde unseres Mandanten eine Entscheidung des Amtsgerichtes Duisburg zur Nichteinräumung von Masseverbindlichkeiten zugunsten des Insolvenzschuldners auf.

Wenn auch die ersten Wochen noch von Zurückhaltung gekennzeichnet waren, ist doch mittlerweile der Trend klar

erkennbar: Die Eigenverwaltung wird zunehmend angenommen, immer mehr Unternehmen wollen davon Gebrauch machen. Die weitaus überwiegende Zahl der Insolvenzgerichte steht dem Verfahren aufgeschlossen gegenüber, allerdings formiert sich bei einigen Gerichten Widerstand. Wir haben dabei den Eindruck, dass von Insolvenzverwaltern begleitete Eigenverwaltungen dann eher nicht zu Ende geführt werden und man sich dem Widerstand der Gerichte beugt, vielleicht um einer zukünftigen Bestellung nicht im Wege zu stehen. Wir vertreten die Auffassung, dass ein gut vorbereitetes Verfahren Erfolg haben muss, sehen aber auch, dass bei zunehmender Kompetenz der Gerichte die Professionalität beim Berater deutlich besser werden muss und auf eine gute Vorbereitung eher kein Schwerpunkt gelegt wird.

Wir wollen Ihnen mit diesem Sondernewsletter einen Einblick in die Entwicklung der letzten Monate geben und dort, wo es erforderlich erscheint, Altbekanntes nochmals erläutern. Wir wünschen Ihnen viel Spaß bei der Lektüre.

Ihr



Robert Buchalik



- | | |
|---|---|
| 02 Ein Jahr ESUG – ein Erfahrungsbericht | 27 Anforderungen an die Bescheinigung für das Schutzschirmverfahren |
| 05 Einführung in das neue Insolvenzrecht | 29 DES: vom Gläubiger zum Gesellschafter werden |
| 08 Der vorläufige Gläubigerausschuss: Stärkung der Gläubigermitbestimmung | 30 Die Verbesserung der Risikoposition der Bank durch Insolvenzplan und Eigenverwaltung |
| 10 Auswirkungen des ESUG auf die gerichtliche Praxis | 32 Steuern in der vorläufigen Eigenverwaltung |
| 12 Die richtige Verfahrensvorbereitung und die optimale Abstimmung mit dem Insolvenzgericht | 34 Insolvenzplan in Eigenverwaltung zum Erfolg führen |
| 14 Die Durchsetzung der vorläufigen Eigenverwaltung | 36 Endlich Klarheit – nur der Schuldner darf Masseverbindlichkeiten begründen! |
| 16 Der Ablauf des Schutzschirmverfahrens | 38 Der „unechte“ Massekredit nach ESUG |
| 19 Schutzschirmverfahren versus vorläufige Eigenverwaltung | 40 Insolvenzgeld und dessen Vorfinanzierung |
| 23 Ich und der Schutzschirm – aus der Sicht eines Sanierungsgeschäftsführers | 42 Die Haftung des Sanierungsgeschäftsführers im Schutzschirmverfahren |

Ein Jahr ESUG – ein Erfahrungsbericht

RA Robert Buchalik, Partner der Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater, Düsseldorf/Frankfurt

Mit dem Inkrafttreten des ESUG (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen) am 1. März 2012 hat sich die Welt der Insolvenzabwicklung grundlegend verändert. Das neue Insolvenzrecht ist in den meisten Unternehmen noch nicht angekommen, es gilt noch viel Aufklärungsarbeit zu leisten. Buchalik Brömmekamp konnte schon 28 Anträge auf vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a InsO oder Einleitung eines Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO vorbereiten und diese Verfahren beratend begleiten. Von diesen 28 Verfahren wurden inzwischen mehrere bereits nach Bestätigung der jeweiligen Insolvenzpläne schon wieder aufgehoben. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse und Erfahrungen sind zumeist positiv.

1. Auswirkungen des ESUG auf die Insolvenzantragstellung

Noch ist nicht wirklich klar, wie viele Unternehmen seit dem 1. März 2012 einen Antrag nach § 270a InsO oder § 270b InsO gestellt haben. Experten sprechen von ca. 180 beantragten Verfahren. Die Zahl der Anträge lässt sich nur schwer abschätzen, weil bis zur Eröffnung keine Veröffentlichungspflicht besteht. Dennoch sind es deutlich mehr Verfahren in Eigenverwaltung als vor der Geltung des ESUG. Gleichwohl ist das neue Insolvenzrecht den meisten Unternehmen noch nicht bekannt. Wesentliche Veröffentlichungen dazu gibt es bislang nur in der juristischen Fachpresse. Die Wirtschaftspresse hat das ESUG noch nicht für sich entdeckt, obwohl gerade ihr die wichtige Rolle zukäme, hierüber aufzuklären.

2. Was ist neu am ESUG?

Auch die große Insolvenzrechtsreform 1999 sah die Möglichkeit zur Eigenverwaltung vor, allerdings erst im eröffneten Verfahren. Bis zur Eröffnung verblieb es bei der vorläufigen Insolvenzverwaltung. Die Entscheidung über die Anordnung der Eigenverwaltung fiel erst mit dem Eröffnungsbeschluss. Manche Richter ließen vorab nicht erkennen, ob sie gewillt waren, die Eigenverwaltung mit der Eröffnung des Verfahrens anzunehmen. Rechtsmittel gegen einen ablehnenden Beschluss waren nicht zulässig. Häufig sprach sich der vorläufige Insolvenzverwalter schon aus rein pekuniären Interessen und wegen des für ihn einhergehenden Machtverlustes gegen die Anordnung der Eigenverwaltung aus. Aus Beratersicht war der Zeitraum bis zur Eröffnung des Verfahrens stets eine Zitterpartie, weil dem Insolvenzschuldner nicht mit Sicherheit gesagt werden konnte, ob die beantragte Eigenverwaltung vom Gericht angeordnet wird. Wurde die Anordnung der Eigenverwaltung abgelehnt, dann drohte dem Gesellschafter der Verlust seines Unternehmens, denn das Ziel der Insolvenzverwaltung war in

den seltensten Fällen der Unternehmenserhalt für den Gesellschafter, sondern die Zerschlagung oder die Veräußerung an einen Investor, meist einen Wettbewerber. Häufig wurde dabei argumentiert, dass der Unternehmer mit der beantragten Insolvenz gezeigt habe, dass er nicht in der Lage sei, das Unternehmen erfolgreich zu führen und man es deshalb in andere Hände geben müsse. Der Gesetzgeber will mit diesen Klischees durch das neue Recht aufräumen. Eine frühzeitige Insolvenzantragstellung ist nur dann für den Unternehmer interessant, wenn er sein Unternehmen behalten kann. Diese Möglichkeit wird ihm mit dem neuen Recht eröffnet.

Seit dem 1. März 2012 soll das Gericht die vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a InsO anordnen, wenn der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Wird der Antrag auf Eigenverwaltung von einem einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses unterstützt, hat das Gericht keine nennenswerte Möglichkeit, die (vorläufige) Eigenverwaltung zu verhindern.

3. Anreiz zu frühzeitiger Insolvenzantragstellung

Mit der nunmehr weitgehend bestehenden Planungs- und Rechtssicherheit über die Anordnung der Eigenverwaltung durch das Gericht ist der Anreiz des Schuldners zur frühzeitigen Antragstellung massiv gestiegen. Der professionelle Berater kann, sofern die notwendigen wirtschaftlichen und rechtlichen Voraussetzungen vorliegen, die es vorab zu prüfen gilt, den Erfolg eines solchen Verfahrens in Eigenverwaltung fast garantieren.

4. Anfechtung von Steuerzahlungen und geringere Verfahrenskosten als weitere Argumente für die vorläufige Eigenverwaltung bzw. Schutzschirmverfahren

Insbesondere in größeren, massestarken Verfahren mit hohen Umsätzen gibt es zwei wesentliche Argumente, die

den Weg über vorläufige Eigenverwaltung bzw. das Schutzschirmverfahren schon fast zwingend vorgeben:

Das eine Argument bezieht sich auf einen gesetzlichen Webfehler. Der erst zum 1. Januar 2011 systemwidrig neu eingeführte § 55 Abs. 4 InsO bestimmt, dass Verbindlichkeiten aus dem Steuerschuldverhältnis, die im Eröffnungsverfahren, also dem Zeitraum zwischen Antragstellung und Eröffnung begründet worden sind, im eröffneten Verfahren als Masseverbindlichkeiten gelten. Gezahlte Steuern wie Umsatzsteuer, Brantweinsteuer, Lohnsteuer etc. können somit nach Eröffnung vom Sachwalter gemäß §§ 129 ff. InsO angefochten werden. Bei einem Unternehmen mit 2 Mio. Euro Umsatz/Monat und einer monatlichen Bruttolohnsumme von 500 TEuro kann neue Liquidität über die Insolvenz von fast 2 Mio. Euro generiert werden, sodass der Sanierungserfolg wahrscheinlicher wird.

Das andere Argument sind die deutlich geringeren Verfahrenskosten bei einem Verfahren in Eigenverwaltung. Berücksichtigt man, dass die Verfahrenskosten in der Regelinsolvenz eines Unternehmens dieser Größenordnung bei geschätzt 1,2 Mio. Euro liegen und sich in der Eigenverwaltung auf ein Drittel bis ein Viertel reduzieren, lässt sich die Masse um 800 TEuro gegenüber der Regelinsolvenz anreichern – Geld, das zur Verteilung an die Gläubiger verfügbar ist und die Quote deutlich erhöht. Das liegt daran, dass der Sachwalter in der Regel nur 60 Prozent der für den Insolvenzverwalter bestimmten Vergütung erhält. Zudem entfallen die sonst üblichen Zuschläge auf die Regelvergütung, da einige Tätigkeiten nun vom eigenverwaltenden Schuldner selbst durchgeführt werden. Dazu zählen die Einleitung der Insolvenzgeldvorfinanzierung, die Insolvenzplanerstellung oder die Verhandlungen mit Kunden und Lieferanten. Das Argument, dass diese eingesparten Kosten nun auf den Berater entfallen würden, ist nur bedingt nachvollziehbar. Zum einen bedient sich auch der Insolvenzverwalter im Regelinsolvenzverfahren externer Berater, die er gesondert aus der Masse vergütet. Zum anderen lässt sich das Honorar des Beraters – anders als die Vergütung des Insolvenzverwalters – vorher aushandeln und beläuft sich deshalb in der Regel nur auf einen Bruchteil dessen.

5. Stärkerer Einfluss der Gläubiger auf das Verfahren

Bislang wurde die Insolvenz praktisch zwischen Gericht und Insolvenzverwalter geregelt. Die Gläubiger wurden üblicherweise erst im eröffneten Verfahren einbezogen, dann waren aber die wesentlichen Weichen bereits gestellt und eine Beeinflussung auf das Verfahren war kaum mehr möglich. Die Einflussnahme der Gläubiger ist durch das ESUG deutlich gestärkt worden. Frühzeitig einbezogen bestimmen nunmehr die Gläubiger, ob

es zur Anordnung einer Eigenverwaltung kommt, wer als (vorläufiger) Sachwalter vom Gericht bestellt wird, wer die Bewertungsgutachten und die Kassenprüfung durchführt, genauso wie der vorläufige Gläubigerausschuss die Konditionen dieser Dienstleister mitbestimmt. Sie kontrollieren neuerdings den Schuldner und den (vorläufigen) Sachwalter und erhalten regelmäßige Informationen über den Gang des Verfahrens. Letzteres war bei „unwilligen Verwaltern“ in der Vergangenheit eher die Ausnahme. Noch nicht alle Gläubiger nehmen derzeit diese neuen Rechte – insbesondere wegen nicht auszuschließenden Haftungsrisiken – wahr. Haftungsrisiken lassen sich aber durch die Einschaltung eines externen Kassenprüfers und eine Haftpflichtversicherung vollständig eliminieren.

6. Erheblich gesteigerte Möglichkeiten zur Unternehmenssanierung

Liegt ein belastbares operatives Sanierungskonzept vor und kann auf Dauer die Markt- und Wettbewerbsfähigkeit des Insolvenzschuldners durch operative Restrukturierungsmaßnahmen wiederhergestellt werden, bietet die Planinsolvenz in Eigenverwaltung eine Plattform mit unglaublichen Möglichkeiten. Mit dem Insolvenzgeld, der Rückholung von Steuerzahlungen sowie dem Einfrieren von Altverbindlichkeiten wird die Liquidität massiv gestärkt, sodass zusätzliche Sanierungskredite meist überflüssig werden. Damit wird ein wesentliches Hindernis zur nachhaltigen Sanierung des Unternehmens aus dem Wege geräumt. Hinzu kommt durch die erhebliche Entschuldung auf der Grundlage von Verzichten ungesicherter Gläubiger (u. a. Bundesagentur für Arbeit, ungesicherte Banken und Lieferanten, Pensions-Sicherungs-Verein, Wegfall von Nachranggläubigern) eine Steigerung der Eigenkapitalquote von bis zu 80 Prozent. Das noch vor Antragstellung unterkapitalisierte und illiquide Unternehmen weist nun eine beachtliche Eigenkapitalquote auf, die die nachhaltige Sanierung nicht nur unterstützt, sondern fast schon der Erfolgsgarant für das Gelingen der Sanierung ist. Wesentliches Sanierungshindernis war bislang das Erfordernis, neue Liquidität zur Verlustfinanzierung und Umsetzung der Sanierungsmaßnahmen zur Verfügung zu stellen. Diese konnte im Regelfall nur von den Banken kommen. Mit der Möglichkeit, Liquidität im Verfahren zu generieren, ist eine zusätzliche Bankenfinanzierung meist nicht mehr notwendig.

7. Professionelle Verfahrensvorbereitung als Erfolgsfaktor

Ohne eine professionelle Begleitung ist der Erfolg einer Planinsolvenz in Eigenverwaltung nicht darstellbar. Schon bis zur Antragstellung gibt es mindestens 40 wichtige Punkte abzuar-

beiten, um den Erfolg sicherzustellen. Dazu gehören die Vorbereitung des Insolvenzantrages selbst, die Einleitung der Insolvenzzgeldvorfinanzierung, vorbereitende Gespräche mit den potenziellen vorläufigen Gläubigerausschussmitgliedern, mit dem vorläufigen Sachwalter und mit dem Gericht, die Vorbereitung einer Vereinbarung eines „unechten“ Massekredites, die Erstellung eines Insolvenzsenarios und der Liquiditätsplanung für die Insolvenz, die Einholung von Versicherungsschutz u.v.m. Allein der Insolvenzantrag mit dem Ziel der Eigenverwaltung setzt die Erstellung von ca. 20 Einzeldokumenten voraus. Beim Schutzschirmverfahren ist der Antrag noch erheblich komplexer. Nach einer Erhebung des Amtsgerichtes Charlottenburg vom August 2012 waren bislang über 90 Prozent der gestellten Anträge nach neuem Recht unzulässig, weil es an einer professionellen Vorbereitung fehlte. Ein Insolvenzschnuldner schafft das definitiv nicht alleine. Die erheblichen Chancen, die das neue Recht bietet, wurden in diesen Fällen durch mangelhafte Vorbereitung zunichte gemacht.

8. Akzeptanz durch die Insolvenzverwalter noch nicht durchgängig

Viele Insolvenzverwalter haben mit dem neuen Insolvenzrecht noch Akzeptanzschwierigkeiten. Das ist nachvollziehbar, wenn man die damit verbundenen Einkommenseinbußen und den Verlust an Einfluss berücksichtigt. Die Verwalterszene sollte das neue Recht akzeptieren und sich auf die geänderten Rahmenbedingungen einstellen. Die Erfahrungen mit dem neuen Recht sind für die Beteiligten insgesamt so positiv, dass nicht damit zu rechnen ist, dass der Gesetzgeber das Rad wieder zurückdrehen wird. Ein Verwalter, der das neue Insolvenzrecht öffentlich ablehnt, wird kaum erwarten können, dass er vom Schuldner oder den Gläubigern noch für das Amt des vorläufigen Sachwalters vorgeschlagen wird. Es ist damit zu rechnen, dass die Zahl der relevanten Insolvenzen mit Sanierungspotenzial in Zukunft deutlich steigen wird. Will ein Verwalter an diesem Markt partizipieren, muss er dafür offen sein.

9. Hohe Akzeptanz durch die Gerichte, aber viele Hürden bei der Umsetzung

Die Akzeptanz seitens der Gerichte ist überraschend hoch. Nachdem anfänglich bei den meisten Gerichten erhebliche Unsicherheit über den Gang der neuen Verfahren herrschte, positionieren sich die Gerichte nach den ersten Erfahrungen immer klarer. Allerdings sind die Unterschiede bei den einzelnen Gerichten aufgrund fehlender gesetzlicher Vorgaben und fehlender höchstrichterlicher Entscheidungen noch groß. Es liegt am Berater, die bislang aufgetretenen Rechtsprobleme

durch Studium der bisherigen Gerichtsbeschlüsse zum ESUG zu antizipieren und durch Vorgespräche mit dem zuständigen Gericht auszuschließen bzw. zu lösen. Unterschiedliche Auffassungen vertreten die Insolvenzgerichte in Deutschland gegenwärtig etwa in Bezug auf folgende wesentlichen Punkte: die repräsentative Zusammensetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses, die Personenidentität von Berater und Bescheiniger nach § 270b InsO, die Schwellenwerte für die Kosten des vorläufigen Gläubigerausschusses, die Befugnis zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren durch den eigenverwaltenden Schuldner. Schwierigkeiten ergeben sich auch daraus, dass die meisten Gerichte – selbst bei einer stattgefundenen intensiven Vorbesprechung des Insolvenzantrages im Vorfeld der eigentlichen Antragstellung – ihre Beschlüsse nicht unverzüglich nach der eigentlichen Antragstellung erlassen. Das liegt daran, dass sie erst einmal noch genau prüfen wollen, ob z. B. der vorläufige Gläubigerausschuss, der vom Schuldner vorgeschlagen wurde, formal richtig zusammengesetzt wurde, die Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos ist oder Bedenken im Hinblick auf die Begründung von Masseverbindlichkeiten bestehen. Wenn das Gericht, wie in einem Fall geschehen, für diese Prüfung erst einen Gutachter einsetzt, wird durch den dadurch eintretenden Zeitverlust die weitere Unternehmensfortführung erst einmal blockiert. Der gestellte Antrag wurde in diesem Stadium meist auch schon nach außen kommuniziert. Vor der Einreichung des Gutachtens wird das Gericht aber einen ersten Beschluss in der Regel nicht erlassen. Der Betrieb ist in der Zwischenzeit praktisch lahmgelegt und die Mitarbeiter warten auf ihre Löhne und Gehälter. Nur mit frühzeitigen und intensiven vertrauensbildenden Vorgesprächen mit dem zuständigen Gericht und vor allem der Bereitschaft des Gerichtes, schon vor der Antragstellung erste Prüfungen durchzuführen, kann einem solchen Szenario ausreichend begegnet werden.

10. Ausblick

Obwohl die Anfangsschwierigkeiten mit dem neuen Insolvenzrecht in Teilbereichen offenkundig sind, ist das ESUG insgesamt als großer Erfolg zu bezeichnen. Der Gesetzgeber hat damit ein neues Sanierungsinstrument geschaffen, das von der Praxis angenommen wird. Der oftmals vorgebrachte Missbrauch hält sich in Grenzen. Die ersten Erfahrungen mit den Gerichten zeigen, dass die Richter ihre Torwächterfunktion ausfüllen und eher zur Überregulierung als zur Deregulierung neigen. Wichtig wird es jetzt im nächsten Schritt sein, das neue Recht den von der Insolvenz bedrohten Unternehmen auch zu kommunizieren, damit diese von den neuen Sanierungsmöglichkeiten durch Insolvenz Gebrauch machen.

Einführung in das neue Insolvenzrecht

RA Dr. Jasper Stahlschmidt, Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater, Düsseldorf

Das Insolvenzrecht vor Inkrafttreten des ESUG 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 dem reformierten Insolvenzrecht strebt der Gesetzgeber eine frühzeitige Sanierung von Unternehmen an, um die Spielräume für eine außergerichtliche Sanierung zu erhöhen. Gleichzeitig ist der Weg durch die Insolvenz für den Insolvenzschuldner beherrsch- und berechenbarer.

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/Sachwalters, 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 Eröffnungsantrages 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 wollte die Eigenverwaltung weiter stärken, um im Idealfall im Einvernehmen mit den Gläubigern die Kennt-

nisse und Erfahrungen der bisherigen Geschäftsleitung bestmöglich nutzen zu können und eine zeit- und kostenintensive Einarbeitungszeit eines Insolvenzverwalters zu vermeiden.

Vor der Reform 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 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 Eigenverwaltung 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 Gerichtes bis zu drei Monate Zeit, in einer Art „Schutzschirmverfahren“ unter Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters frei von Vollstreckungsmaßnahmen 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, Rechtsanwaltes 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 vom Berater gut vorbereitet ist und er die Rückendeckung der wichtigsten Gläubiger erhält, ist die Anordnung der Eigenverwaltung 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. Das bisherige Vetorecht der Altgesellschafter ist aufgehoben und Nachschusspflichten des Erwerbers wegen einer Überbewertung ihrer Forderungen sind ausgeschlossen.

b) Einschränkung der Möglichkeiten zur Verhinderung des Planes

(1) Früher war es möglich, dass einzelne Gläubiger unter Berufung auf die Regelungen des § 251 InsO das Zustandekommen des Insolvenzplanes 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. Heute 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 Satz 2 InsO). Damit verhindern selbst jahrelange Prozesse das zügige Zustandekommen des Planes 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. Rechtsmittel sind 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 ist dem Gesetzgeber ein großer Wurf gelungen. Jedenfalls ist seine Intention, insbesondere der Eigenverwaltung und dem Insolvenzplanverfahren endlich zum Durchbruch zu verhelfen und die Gläubigerrechte deutlich zu stärken, an vielen Stellen des Gesetzes Nachdruck verliehen worden. Die praktischen Erfahrungen zeigen, dass die Akzeptanz des neuen Rechts bei Gerichten, Unternehmen und auch Insolvenzverwaltern ständig zunimmt.

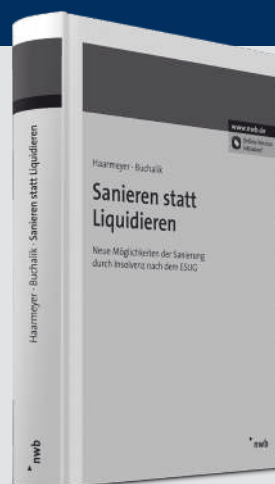
Buch

Von Robert Buchalik und Professor Dr. Hans Haarmeyer

Sanieren statt Liquidieren

Neue Möglichkeiten der Sanierung durch Insolvenz nach dem ESUG. Dieses Praxishandbuch nimmt Sie mit in die Echtzeit der Sanierung. Es klärt Sie über den Umgang mit dem neuen Recht auf und erläutert die Möglichkeiten einer Sanierung anhand von Beispielfällen aus der Praxis. Wichtige Instrumente wie Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren sowie die Möglichkeiten einer professionellen Vorbereitung werden von den Autoren eingehend dargestellt.

Weitere Informationen finden Sie unter: www.buchalik-broemmekamp.de
2012. Gebunden. 253 Seiten. 39,95 Euro, ISBN 978-3-482-64041-4



Der vorläufige Gläubigerausschuss: Stärkung der Gläubigermitbestimmung

Prof. Dr. Hans Haarmeyer, leitender Direktor des DIAI, Bonn

Unbestritten werden die Weichen für ein Unternehmen in der Insolvenz bereits in den ersten 10–14 Tagen in die richtige oder in die falsche Richtung gestellt. Vor diesem Hintergrund haben Schuldner wie Gläubiger nach dem neuen Recht die Möglichkeit erhalten, schon vom ersten Tag eines Verfahrens diese zentralen Weichenstellungen mit zu beeinflussen.

Voraussetzung für eine solche „steuernde Mitwirkung“ ist jedoch, dass ein kriselndes Unternehmen zumindest in der letzten Phase der Krise professionell begleitet wird und den Dialog mit den wichtigsten Gläubigern aufnimmt und sie davon überzeugt, einen gemeinsamen Weg hin zu einer Sanierung des Unternehmens im Schutz des Insolvenzrechtes zu gehen. Unternehmen hingegen, die ihre Gläubiger mit einem Insolvenzantrag überraschen, sollen von diesen Möglichkeiten eines gesteuerten Verfahrens zu Recht ausgeschlossen werden. Zentrales Steuerungsinstrument 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. Die Legitimation für einen steuernden Einfluss der Gläubiger folgt aus der Repräsentativität der Mitglieder. Ein im Eröffnungsverfahren vorgeschlagener vorläufiger Gläubigerausschuss sollte 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 zugleich ein vorläufiger Gläubigerausschuss vorgeschlagen, in dem die fünf Gruppen von Gläubigern eindeutig und repräsentativ vertreten sind, so ist dieser als vorläufiger Gläubigerausschuss vom Gericht zu

bestellen. Damit wird der Schuldner „belohnt“, der sich rechtzeitig an seine Gläubiger wendet und das Verfahren professionell vorbereitet. Gleichzeitig ist damit dann gewährleistet, dass die Gläubiger vom ersten Tag des Verfahrens – ohne dass ein verzögerndes Element eintreten kann – Einfluss auf die weitere Gestaltung, Bestimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters, die Wahrnehmung von Sanierungsmöglichkeiten sowie eine möglichst schnelle Eröffnung nehmen können.

Rechte und Aufgaben eines vorläufigen Gläubigerausschusses:

- Mitwirkung bei allen wichtigen Entscheidungen im Eröffnungsverfahren
- Anhörungsrecht vor Bestellung eines (vorläufigen) Verwalters durch Benennung eines konkreten Anforderungsprofils (§ 56a Abs. 1 InsO)
- Einstimmiger, bindender Vorschlag eines Verwalters (§ 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. 2 InsO)
- Stellungnahme zum Antrag auf Eigenverwaltung (§ 270 Abs. 3 InsO)
- Gesetzliche Aufgaben nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a InsO i.V.m. § 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 gericht-

lichen 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 vorkommt, sich in unzähligen Varianten unterscheiden wird. Wichtig ist aber zu wissen, dass das Recht zum Vorschlag geeigneter Personen den Gläubigern zusteht und nicht dem Gericht.

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 Verfahrenslage von Amts wegen zur Anwendung gebracht werden. Eine Besonderheit ist, dass wegen fehlender Betriebsnähe Nichtgläubiger oder sachverständige Dritte in einem vorläufigen Gläubigerausschuss nicht vertreten sein dürfen, wohl aber Gläubiger, die erst mit Eröffnung Gläubiger werden. Dazu gehören nicht nur der Pensions-Sicherungs-Verein (PSVaG) 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 (Umsatz ca. 10 Mio. Euro, Bilanzsumme ca. 5 Mio. Euro, 50 Arbeitnehmer) 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. Damit kann faktisch in jeder Unternehmensinsolvenz ein vorläufiger Gläubigerausschuss eingesetzt werden. Diesem Antrag ist stattzugeben, wenn dem Gericht Personen benannt werden, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen, deren Einverständniserklärungen dem Antrag beigefügt sind und keine Ausschlussgründe (§ 22a Abs. 3 InsO) der Einsetzung entgegenstehen. Geht ein solcher An-

trag direkt mit dem Antrag ein, dann darf das Gericht schon wegen der möglicherweise eintretenden wirtschaftlichen Folgen nicht zögern, den Ausschuss zu bestellen. Aber auch hier gilt der Grundsatz der Repräsentativität und der Notwendigkeit eines Interessenausgleiches 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 gesetzlich 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 beigefügt sein. Fehlen diese Anlagen oder sind sie unvollständig, dann ist der Antrag unzulässig. Die Komplexität der Antragsunterlagen macht hier eine professionelle Vorbereitung unerlässlich. Von der Einsetzungspflicht befreien allein die zu erwartenden Belastungen für die Insolvenzmasse, die aber zu vernachlässigen sein dürfte, sowie eine über die Einsetzung erheblich hinausgehende Verzögerung (§ 22a Abs. 3 InsO). Hat das Gericht von der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses zunächst abgesehen und sofort einen vorläufigen Verwalter bestellt, so muss es die Einsetzung unverzüglich nachholen, damit dieser gegebenenfalls von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch machen kann und in seiner ersten Sitzung einstimmig einen anderen Verwalter wählen kann (§ 56a Abs. 3 InsO).

Auswirkungen des ESUG auf die gerichtliche Praxis

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

Das ESUG hat Auswirkungen auf die gerichtliche Praxis gezeigt. Schwierigkeiten bei der Umsetzung sind vornehmlich dadurch entstanden, dass die in Kraft getretenen Vorschriften zum Teil unklar und unscharf gestaltet worden sind. Insoweit ist an den Gesetzgeber zu appellieren, vor weiteren Änderungen der Insolvenzordnung verstärkt auf die (insolvenzgerichtliche) Praxis zu hören.

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 im Eröffnungsverfahren beantragt, werden bestimmte Angaben zur Gläubigerstruktur Pflicht.

Neuregelungen sind nicht eindeutig

Die Neuregelung des § 13 InsO ist bedauerlicherweise unscharf gefasst. So ist es unklar, ob auch die Angaben zum Umfang des Betriebes (Angaben zur Bilanzsumme, Umsatzerlösen und der durchschnittlichen Zahl der Arbeitnehmer, § 13 Abs. 1 Satz 5 InsO) immer oder nie zwingend sind oder erst dann zwingend werden, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 Satz 6 InsO vorliegen. Da alle drei Auslegungsmöglichkeiten vertretbar sind, führt dies zu Unsicherheiten bei der Antragstellung. Zudem werden Angaben aus dem vorangegangenen Geschäftsjahr abgefragt, sodass diese bei Antragstellung nicht mehr aktuell sein müssen. Fehlerhafte Angaben des Schuldners bleiben ohne Sanktion. Die Praxis zeigt, dass Schuldner die Neufassung des § 13 InsO weitaus überwiegend nicht beachten, insbesondere fehlt am häufigsten die Versicherung des Schuldners, dass das erstellte Gläubiger- und Forderungsverzeichnis richtig und vollständig ist. Dies ist problematisch, wenn es sich um einen laufenden Geschäftsbetrieb handelt, bei dem die Anordnung vorläufiger Maßnahmen dringlich ist.

Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses

In §§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a, 22a InsO ist die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses im Eröffnungsverfahren eingeführt worden. Erfüllt der Schuldner zwei

der in § 22a Abs. 1 InsO 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. Nicht selten kommen jedoch 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 unter anderem auf einen vorläufigen Insolvenzverwalter und/oder dessen Anforderungsprofil einigen muss, wird auch bei einem guten Zusammenspiel zwischen Gericht, Schuldner und Gläubigerausschuss mindestens eine Woche vergangen sein. Dieser Zeitraum dürfte für die meisten laufenden Betriebe unzutraglich sein, da das Unternehmen in diesem Zeitraum quasi „führungslos“ ist. Eine erfolgreiche Beteiligung an der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters wird sich 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 und unabhängigen Verwalters ermöglicht.

Unbestimmte Rechtsbegriffe im Schutzschirmverfahren

Ein weiteres 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.

Hier stellen sich unterschiedliche Fragen rechtlicher und praktischer Natur. Die mit Gründen zu versehenen Bescheinigung gemäß § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO, dass eine Zahlungsunfähigkeit und eine offensichtliche Aussichtslosigkeit der Sanierung nicht gegeben ist, ist von den Gerichten zu prüfen. Bezüglich der Person des Testierenden arbeitet der Gesetzgeber mit dem Begriff des „in Insolvenzverfahren erfahrenen ...“. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff ist von den Gerichten auszulegen. Bestehen begründete Zweifel an der Schlüssigkeit des Testates, ist der Schuldner aufzufordern, seinen Vortrag oder die Bescheinigung nachzubessern. Bei verbleibenden ernstlichen Zweifeln wird auch die Einschaltung eines Sachverständigen zu erwägen sein. Um Streitigkeiten zu Beginn des Verfahrens zu vermeiden, erscheint eine frühzeitige Einbeziehung des jeweiligen Insolvenzgerichtes angezeigt, um Einvernehmen hinsichtlich der Person des Testierenden und der Aussagetiefe der Bescheinigung zu erzielen.

Vorschlag Sachwalter

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 vorgeschlagener Sachwalter bei den Gläubigern Misstrauen an dessen Unabhängigkeit hervorrufen wird, dies gilt insbesondere dann, wenn dieser „mitgebrachte“ Sachwalter auch zuvor den Schuldner beraten hat. Ein Schuldner ist insoweit gut beraten, einen von ihm und dem Bescheiniger vollkommen unabhängigen vorläufigen Sachwalter vorzuschlagen.

Begründung von Masseverbindlichkeiten

Probleme im Rahmen der Eigenverwaltung entstehen insbesondere bei der Frage, wer im Eröffnungsverfahren zur Begründung von Masseverbindlichkeiten befugt ist. Für das sogenannte Schutzschirmverfahren ist geregelt, dass auf Antrag des Schuldners das Insolvenzgericht anzuordnen hat, dass dieser Masseverbindlichkeiten begründen darf (§ 270b Abs. 3 Satz 1 InsO). Eine auch nur ähnliche Formulierung findet sich allerdings für das normale vorläufige Eigenverwaltungsverfahren gemäß § 270a InsO nicht. Es wundert nicht, dass sich verschiedene Ansichten zur Frage gebildet haben, ob und wer im Rahmen des § 270a InsO Masseverbindlichkeiten begründen darf.

Vier Ansichten sind zu verzeichnen. So wird die Auffassung vertreten, dass mangels gesetzlicher Grundlage eine entsprechende Befugnis nicht eingeräumt werden kann. Andere Meinungen gehen davon aus, dass der eigenverwaltende Schuldner entsprechend dem sogenannten vorläufigen starken Insolvenzverwalter per se Masseverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren erzeugt. Wird der Weg über eine Einzelermächtigung für vertretbar gehalten, wird noch danach differenziert, ob diese dem Schuldner oder dem vorläufigen Sachwalter zu erteilen ist.

Einarbeitung ins Planverfahren

Die Gestaltungsmöglichkeiten von Insolvenzplänen wurden durch das ESUG erheblich erweitert. So können im Insolvenzplan sämtliche gesellschaftsrechtlich zulässigen Regelungen getroffen werden, wobei die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (debt to equity swap) besonders hervorzuheben ist.

Die zum 1. Januar 2013 in Kraft tretende Verlagerung der Planverfahren aus dem Zuständigkeitsbereich der Rechtspflegerschaft in den Bereich der Richterschaft wird zunächst zu Verzögerungen führen, da nicht nur die entsprechenden personellen Kapazitäten fehlen, sondern auch erst eine Einarbeitung in die neue Materie erforderlich ist. Die Übergangsregelung, dass eine entsprechende Zuständigkeit des Richters nur für Planverfahren besteht, wenn das zugrundeliegende Insolvenzverfahren nach dem 1. Januar 2013 beantragt worden ist, schwächt dieses Problem nur unerheblich ab.

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. Vor diesem Hintergrund wird die knappe zweiwöchige Frist des § 231 Abs. 1 Satz 2 InsO schwer einzuhalten sein. Ein Insolvenzplan sollte vor diesem Hintergrund möglichst mit Antragstellung als Entwurf eingereicht werden, um den Gerichten als auch den weiteren Beteiligten ausreichend Gelegenheit zu geben, ohne zeitliche Nöte Problemfelder des Planes in Ruhe zu erörtern. Dies gilt auch für die Frist gemäß § 232 Abs. 3 Satz 2 InsO, innerhalb derer die Beteiligten zum Plan Stellung nehmen können.

Die richtige Verfahrensvorbereitung und die optimale Abstimmung mit dem Insolvenzgericht

RA Prof. Dr. Jochen Vogel, Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater, Düsseldorf

Der Erfolg der Einleitung eines vorläufigen Eigenverwaltungsverfahrens nach § 270a InsO oder eines Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO hängt von vielen Faktoren ab. Wesentlich ist die professionelle Abstimmung und Kommunikation zwischen dem Schuldner und dessen Beratern (Sanierungsberater), dem vorläufigen Gläubigerausschuss, dem vorläufigen Sachwalter sowie dem Insolvenzgericht. Gerade die Kommunikation mit und zu dem Insolvenzgericht ist ein unverzichtbarer Bestandteil für den Erfolg eines Verfahrens nach § 270a und/oder § 270b InsO.

Die Erfahrungen des ersten Jahres ESUG zeigen nunmehr sehr deutlich: Ohne eine frühzeitige Abstimmung mit den Insolvenzgerichten drohen erhebliche Verfahrensverzögerungen, die den gesamten Sanierungsprozess gefährden oder gar unmöglich machen können. Ein Insolvenzgericht, welches sich erstmals am Tage der Antragstellung mit einem Insolvenzantrag nach neuem Recht befasst, wird nur in den seltensten Fällen bereits am selben Tag noch einen Beschluss über die Anordnung einer vorläufigen Eigenverwaltung oder gar eines Schutzschirmverfahrens erlassen. Denn zu Recht nehmen die Insolvenzgerichte für sich in Anspruch, die eingereichten Unterlagen umfassend zu prüfen. Und ein sorgfältig vorbereitetes Verfahren nach neuem Recht kann schnell einen oder mehrere Aktenordner mit Anträgen und weiteren ergänzenden Unterlagen füllen. Alleine die schiere Masse erfordert bereits einen entsprechenden zeitlichen Prüfungsaufwand.

Frühzeitige Kommunikation mit dem Richter

Hinzu kommt, dass der Geschäfterteilungsplan regelmäßig erst mit dem Antrag den zuständigen Richter zuweist. Dennoch zeigt die Praxis, dass bei zahlreichen Insolvenzgerichten die Richter gerade in diesen Fällen auch kollektiv für Vorbesprechungen zur Verfügung stehen. In einer mündlichen Vorbesprechung kann eine zügige Darstellung komplizierter Sachverhalte erfolgen und so die eigentliche Prüfungsarbeit durch das Insolvenzgericht deutlich effizienter gestaltet werden.

Allerdings gibt es auch andere Beispiele. Ebenso wie teilweise Verfahren nach §§ 270a, 270b InsO über Wochen ohne klare Kommunikation eingeleitet durch die betreuenden Berater begleitet werden, verweigern sich eine Reihe von Insolvenzgerichten bzw. einzelne Richter kategorisch einer Vorbe-

sprechung. Mit weitreichenden Folgen für das Unternehmen. Zwangsläufig müssen die Sanierungsberater deutlich umfassendere Unterlagen erstellen, um alle Einzelfragen in einer individuell gewünschten Tiefe beantwortet zu können. Dies wiederum verlängert automatisch den zeitlichen Prüfungsaufwand des Insolvenzgerichtes.

Den Insolvenzgerichten, die Vorgespräche kategorisch ablehnen, scheint häufig nicht bewusst zu sein, welche Komplikationen sie damit auslösen, aber auch welche Risiken sie dadurch eingehen. Neben einer Gefährdung des Sanierungserfolges in Teilen oder als Ganzes werden bereits Amtshaftungsansprüche in Fällen diskutiert, in denen die Verweigerung der Insolvenzgerichte zu einer faktischen Handlungsunfähigkeit des antragstellenden Unternehmens führte.

Fehlende Erfahrung

Dabei beruht die Ablehnung eines Vorgesprächs aus unserer Erfahrung regelmäßig nicht auf Böswilligkeit, sondern auf fehlender Einschätzung und Erfahrung mit dem neuen Recht und den komplexen Verfahren. Denn das Insolvenzgericht wird bei einer Antragstellung nach §§ 270a, 270b InsO mit einer ganzen Reihe von juristisch-betriebswirtschaftlichen Einschätzungen und Begründungen konfrontiert, die so – das spiegeln die Gespräche mit den Richtern wider – eben nicht zu deren Tagesgeschäft gehören.

Die Praxis zeigt, dass Gerichte, die bereits Verfahren nach §§ 270a, 270b InsO durchgeführt haben, die Möglichkeit eines Vorgesprächs mit dem Sanierungsberater/Sanierungsgeschäftsführer dazu nutzen, um Tage vor der Antragstellung die nicht unterschriebenen Antragsunterlagen frühzeitig zu besprechen und sich ergebende Problemstellungen vorzudiskutieren. Auch kann so der Sanierungsberater

gerichtsspezifischen Besonderheiten (Anforderungen an die Darstellung oder bestimmte, zusätzlich beizubringende Unterlagen) frühzeitig Rechnung tragen.

Beim Schutzschirm ist Vorgespräch unschädlich

Ein solches Gespräch sollte im Idealfall mindestens zwei bis drei Tage vor der Insolvenzantragstellung erfolgen, beim Schutzschirmverfahren auch deutlich früher. Letzteres ist haftungsrechtlich unschädlich, weil der Insolvenzschuldner für dieses Verfahren zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht zahlungsunfähig sein darf (vgl. § 270b Abs. 1 Sätze 1 und 3 InsO). Anders verhält es sich beim Verfahren nach § 270a InsO. Hier ist Vorsicht geboten. In dem Moment, in dem nach außen dokumentiert wird, dass ein Insolvenzantrag wegen Zahlungsunfähigkeit gestellt werden soll, muss sichergestellt sein, dass der Lieferant, der jetzt noch Ware liefert, nicht geschädigt wird und dass der Waren- oder Dienstleistungsbezug vor Antragstellung bezahlt wird. Das wird in der Praxis nicht einfach zu bewerkstelligen sein.

Gegenstand eines Vorgespräches sollte im Idealfall eine Verständigung mit dem zuständigen Insolvenzrichter über die folgenden Punkte sein:

- 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). Dabei sollte der Insolvenzschuldner darauf achten, dass der vorläufige Gläubigerausschuss auch repräsentativ ausgesucht wird, d. h., den gesetzlichen Vorgaben entsprechend vorgeschlagen wird. Einzelheiten ergeben sich bekanntermaßen aus § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a InsO i.V.m. § 67 Abs. 2 InsO. Auch hier kann es die Schwierigkeit geben, dass mancher angesprochene und prädestinierte Gläubiger nicht im Gläubigerausschuss mitwirken will. Hier spielen häufig zeitliche Gründe (so zeigt die Erfahrung, dass die zuständigen Mitarbeiter von Großbanken erst ab gewissen Größenordnungen tätig werden) und mögliche Haftungsrisiken eine Rolle. Eine Mitwirkungsablehnung muss dem Gericht im Zweifel durch eine entsprechende Erklärung belegt werden und lässt sich im Vorgespräch erörtern.
- Person des vorläufigen Sachwalters:
Der Schuldner kann dem Gericht bei Beantragung eines Schutzschirmverfahrens einen vorläufigen Sachwalter vorschlagen. Von diesem Vorschlag darf das Gericht nur abweichen, wenn der vorläufige Sachwalter aus Sicht des Gerichtes offensichtlich ungeeignet ist (siehe § 270b Abs. 2 Satz 2 InsO). Das liegt vor, wenn es ihm an der erforderlichen Unabhängigkeit fehlt. Im Übrigen empfiehlt es sich, mit dem Gericht eine vertrauensvolle Abstimmung im Hinblick auf die Person des vorläufigen Sachwalters herbeizuführen. Bei einem vorläufigen Sachwalter, den das Gericht nicht kennt oder anerkennt, wird zunächst einmal Skepsis vorherrschen und das Gericht wird umfangreiche Erkundigungen über die Person des Vorgeschlagenen durchführen. Viel sinnvoller ist es, einen Sachwalter vorzuschlagen, der bei diesem Gericht gelistet und regelmäßig dort bestellt wird. Diese Abstimmungsarbeit mit dem Gericht gilt es auch in einem Verfahren nach § 270a InsO zu leisten, wenn ein einstimmiger Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des vorläufigen Sachwalters vorliegt (siehe §§ 270a Abs. 1 Satz 2, 274 Abs. 1, 56a Abs. 2 InsO).
- 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 (siehe dazu den Beitrag auf Seite 27). 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. Das wird aber zu Verzögerungen führen. Die Entscheidung des Gerichtes über die Einleitung eines Schutzschirmverfahrens kann sich dann bis zu einer Woche hinauszögern. In dieser Zeit können möglicherweise dann weder Waren und Dienstleistungen bestellt, noch produziert und über Zahlungseingänge verfügt werden.

Die Durchsetzung der vorläufigen Eigenverwaltung in der Praxis

RA Dr. Jasper Stahlschmidt, Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater, Düsseldorf

Für eine erfolgreiche Durchführung eines vorläufigen Eigenverwaltungsverfahrens (§ 270a InsO) ist es im Hinblick auf die Außenwirkung gegenüber den Vertragspartnern immens wichtig, dass das schuldnerische Unternehmen – und nicht etwa der vorläufige Sachwalter – im Eröffnungsverfahren ermächtigt wird, Masseverbindlichkeiten zu begründen. Weiterhin ist das Insolvenzgericht an einen einstimmigen die Eigenverwaltung unterstützenden Beschluss und einen einstimmigen Vorschlag über die Person des vorläufigen Sachwalters durch den vorläufigen Gläubigerausschuss gebunden. Die vorliegenden zwei Verfahren, bei denen Buchalik Brömmekamp beratend tätig war, zeigen auf, dass sich einige Insolvenzrichter mit diesen ESUG-spezifischen Neuerungen (noch) schwertun. Nur bei professioneller Beratung mit entsprechender konsequenter Herangehensweise können diese wichtigen Aspekte auch durchgesetzt werden.

1. ESUG-Verfahren beim AG Duisburg

Buchalik Brömmekamp hat im Oktober 2012 für ein Bauunternehmen beim Insolvenzgericht Duisburg einen Insolvenzantrag zur Einleitung eines vorläufigen Eigenverwaltungsverfahrens gemäß § 270a InsO gestellt. Verbunden damit war ein Antrag auf Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten. Hierfür wurde eine umfangreiche Einzelaufstellung von künftigen Masseverbindlichkeiten unter Angabe des möglichen Eurobetrages eingereicht.

Obwohl ein vorab gerichtlich eingesetzter Sachverständiger die Begründung der angegebenen Masseverbindlichkeiten befürwortet hat, hat das Insolvenzgericht nicht etwa das schuldnerische Unternehmen – so wie beantragt –, sondern den eingesetzten vorläufigen Sachwalter ermächtigt, diese Masseverbindlichkeiten zu begründen. Dies führte in der praktischen Umsetzung zu erheblichen Problemen. Der vorläufige Sachwalter sah sich in der schwierigen Situation, dass er nunmehr für die Masseverbindlichkeiten haftete, aber auf der anderen Seite nicht dazu ermächtigt war, Forderungen einzuziehen. Im Außenverhältnis musste das Unternehmen nunmehr gegenüber den Neugläubigern jedes neue Vertragsverhältnis vom vorläufigen Sachwalter unterzeichnen lassen. Das widerspricht der Idee des Gesetzgebers, bei der Eigenverwaltung die Geschäftsführungsbefugnisse beim Unternehmen zu belassen und nicht etwa auf den vorläufigen Sachwalter zu übertragen. Dementsprechend wurde innerhalb einer Woche beim AG Duisburg sofortige Beschwerde eingereicht, der nicht abgeholfen wurde. Dagegen hat dann das Landgericht Duisburg auf die sofortige Beschwerde den Beschluss des Insolvenzgerichtes antragsgemäß abgeändert und das schuldnerische Unternehmen ermächtigt, Masseverbindlichkeiten zu begründen. In der Entscheidung

hat das Landgericht in deutlichen Worten zum Ausdruck gebracht, dass nur dies der Gesetzessystematik und dem Sinn und Zweck der Eigenverwaltung entspreche (siehe hierzu auch den Beitrag auf S. 36).

2. ESUG-Verfahren beim AG Kleve

Bei anderen ESUG-Verfahren, die Buchalik Brömmekamp für zwei Unternehmen beim Amtsgericht Kleve beantragte, weigerten sich die Insolvenzrichter, bereits im Vorfeld der Antragstellung ein Vorgespräch mit den Beratern zu führen. In diesem Gespräch sollten die Richter vorab über die Insolvenzanträge und deren Inhalt informiert werden, um eine nach Antragsstellung kurzfristige Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung gemäß § 270a InsO zu ermöglichen. Ein solches Vorgespräch war jedoch beim dortigen Gericht weder telefonisch noch nach persönlicher Anwesenheit vor Ort möglich. So verwiesen die Richter darauf, dass sich die gerichtsinterne Zuständigkeit nach den Eingangsziffern richte und somit in dem vorliegenden Fall noch nicht klar sei, welcher Richter überhaupt am Tag der eigentlichen Antragstellung zuständig sei. Der Vorschlag, dann mit den drei in Betracht kommenden Insolvenzrichtern zusammen ein Gespräch zu führen, wurde abgelehnt. Der nachhaltige Hinweis, dass lediglich mögliche Vorfragen durch Besprechung der umfangreichen Antragsentwürfe geklärt werden sollten, half nicht. Am 30.11.2012, einem Freitag, war dann erst mit Einreichung der Insolvenzanträge ein persönliches Gespräch mit den beiden zuständigen Insolvenzrichtern möglich. Die Insolvenzanträge beinhalteten neben dem Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung und dem Antrag auf Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten auch das Protokoll der Sitzung eines eingesetzten präsum-

tiven vorläufigen Gläubigerausschusses. In dieser Sitzung wurde einstimmig die (vorläufige) Eigenverwaltung befürwortet und einstimmig eine Person als (vorläufiger) Sachwalter vorgeschlagen, die beim Insolvenzgericht in Kleve auch auf der Vorauswahlliste gelistet war. Insgesamt umfassten die beiden Insolvenzanträge jeweils mehrere hundert Seiten. Es kam dann zu Ereignissen, die durch ein vorheriges Gespräch mit dem Gericht hätten vermieden werden können. Angesichts der insoweit unvorbereiteten Insolvenzrichter ist es erst am Donnerstag der darauffolgenden Woche, dem 06.12.2012, zur Beschlussfassung gekommen, nachdem vorher ein vorläufiger Gläubigerausschuss eingesetzt worden war. Hierdurch verzögerte sich die bereits organisierte Auszahlung des vorfinanzierten Insolvenzgeldes an die Arbeitnehmer, die deswegen schon angesichts der fehlenden Gehaltsauszahlung vor dem Insolvenzgericht demonstrieren wollten. Von einem Eilverfahren, wie es der Gesetzgeber beim Insolvenzantragsverfahren vorsieht, konnte hier nicht mehr gesprochen werden.

Es kam jedoch nicht nur zu einer zeitlichen Verzögerung. Die Richter ordneten auch entgegen der beantragten (vorläufigen) Eigenverwaltung die vorläufige Insolvenzverwaltung an und bestellten eine andere Person als den vorgeschlagenen vorläufigen Sachwalter zum vorläufigen Insolvenzverwalter. Die Geschäftsführung ist damit faktisch entmachtet worden. Hierzu kam es, weil ein vorher vom Gericht bestellter Sachverständiger in seinem sogenannten „Erstbericht“ indizielle und wertende Aussagen gegen eine (vorläufige) Eigenverwaltung aufführte. Die auf den Tag der Beschlussfassung vorbereitete konstituierende Sitzung des vorläufigen Gläubigerausschusses ist daraufhin angesichts der insoweit veränderten Sachlage auf den folgenden Tag verschoben worden. Innerhalb dieses Tages ist dann für die folgende Sitzung eine umfangreiche Stellungnahme zum sogenannten „Erstbericht“ des Gutachters und bestellten vorläufigen Insolvenzverwalters für den vorläufigen Gläubigerausschuss vorbereitet worden. In der mehrstündigen Sitzung ist dann mit den anwesenden Beratern des Unternehmens und dem vorläufigen Insolvenzverwalter die Sachlage diskutiert worden. In der hat der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig nochmals die (vorläufige) Eigenverwaltung beschlossen und statt den vom Gericht eingesetzten vorläufigen Insolvenzverwalter den ursprünglich vorgeschlagenen (vorläufigen) Sachwalter gewählt. Erst daraufhin erfolgte die antragsgemäße Beschlussfassung durch das Insolvenzgericht, also die Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung und die Bestellung des vom vorläufigen Gläubigerausschuss vorgesehenen vorläufigen Sachwalters. Der vom Gericht bestellte vorläufige Insolvenzverwalter wurde abberufen.

3. Professionelle Beratung ist wichtig

Wenn sich ein Unternehmen entschließt, das Insolvenzverfahren unter (vorläufiger) Eigenverwaltung zu beantragen, ist hierfür eine professionelle Beratung erforderlich. Aus obigen Erfahrungen lassen sich drei Schlussfolgerungen ziehen:

- Nur Spezialisten im Insolvenzrecht sind in der Lage, neben der umfangreichen Erstellung des Insolvenzantrages und dem Antrag auf Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung auch nach Einleitung des Verfahrens, die spezifischen Besonderheiten der Eigenverwaltung gegenüber dem Insolvenzgericht durchzusetzen.
- Es ist eine entsprechende personelle Kapazität seitens der Berater erforderlich, denn die erforderlichen Rechtsmittel und Schriftsätze gegen Beschlüsse des Insolvenzgerichtes, die der Eigenverwaltung widersprechen, müssen gerade im Hinblick auf die Außenwirkung für das Unternehmen schnell eingereicht werden. Der zeitliche Faktor ist nicht zu unterschätzen.
- Die juristischen Berater, die ein Unternehmen bei der Insolvenz in (vorläufiger) Eigenverwaltung begleiten, müssen vom Insolvenzgericht unabhängig sein. Rechtsanwälte, die auch vom selben Insolvenzgericht zum Insolvenzverwalter bestellt werden, stehen in einem Interessenkonflikt und werden im Hinblick auf künftige Bestellungen durch das Insolvenzgericht nicht mit der notwendigen Konsequenz gegen antragswidrige Beschlüsse der Insolvenzrichter vorgehen.

Der Ablauf des Schutzschirmverfahrens

RA Robert Buchalik, Partner der Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater, Düsseldorf/Frankfurt

Das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO eröffnet neben der vorläufigen Eigenverwaltung nach § 270a InsO neue Sanierungsmöglichkeiten. 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. Das Verfahren selbst ist aufwendiger und kostenintensiver als eine vorläufige Eigenverwaltung und kann deutlich einfacher scheitern als ein Verfahren nach § 270a InsO.

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. 18).

Der Erfolg des Schutzschirmverfahrens hängt vor allem von der professionellen Vorbereitung ab. Dazu ist auch die Erarbeitung eines operativen Restrukturierungskonzeptes erforderlich (vgl. Übersicht Punkt 3. und den Beitrag auf S. 34). Nur wenn die Markt- und Wettbewerbsfähigkeit wiederhergestellt werden kann, macht ein Schutzschirmverfahren auch Sinn. Antragsvoraussetzung für ein Schutzschirmverfahren ist die Vorlage einer mit Gründen versehenen Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwaltes, die dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens beizufügen ist. Aus dieser Bescheinigung muss sich ergeben, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, nicht aber Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. In diesem Zusammenhang sind eine Vielzahl von Fragen ungeklärt, z. B. ob es zulässig ist, ob Sanierungsberater und Bescheiniger personenidentisch sein dürfen, welche inhaltlichen Anforderungen an die Bescheinigung zu stellen sind und ob beispielsweise anstelle der genannten Berufsträger auch andere Personen vergleichbarer Qualifikation als Bescheiniger in Betracht kommen. Die Gerichte haben diese Fragen bislang sehr unterschiedlich beantwortet. Die falsche Entscheidung seitens des Beraters kann zum Scheitern des ganzen Verfahrens führen. Einerseits ist deshalb erforderlich, die sicherste Variante zu wählen, andererseits ist eine frühzeitige Abstimmung mit dem Insolvenzgericht im Hinblick auf die o. g. Fragen unerlässlich, um ein Scheitern oder auch eine erhebliche Verzögerung des Verfahrens zu verhindern. Im Übrigen darf nicht übersehen werden, dass mit der Bescheinigung erhebliche zusätzliche Kosten ausgelöst werden und ein zeitlicher Zusatzaufwand notwendig wird. Geht man den

sicheren Weg und lässt die Bescheinigung von einem Dritten und nicht dem Sanierungsberater erstellen, fallen zusätzliche Kosten und wahrscheinlich mindestens eine Woche zusätzlicher zeitlicher Aufwand an, denn der Dritte muss sich ja in das Thema einarbeiten.

Liegt ein Sanierungskonzept vor und ist es trotz aller Schwierigkeiten gelungen, die Bescheinigung in Abstimmung mit dem Insolvenzgericht inhaltlich richtig und auch durch den richtigen Bescheiniger zu erstellen, müssen für die Einleitung des Schutzschirmverfahrens nach § 270b Abs. 1 InsO 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 legt der Insolvenzschuldner die zuvor angesprochene Bescheinigung gemäß § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO vor, die das Gericht auch im Falle der Vorabstimmung formell und materiell zu prüfen hat (vgl. Übersicht Punkt 6.). Im Hinblick auf die Prüfungspflicht des Gerichtes geht keine wertvolle Zeit verloren, wenn es im Vorfeld schon zu einem ausreichenden Abstimmungsprozess zwischen Gericht und Berater gekommen ist. Dabei sollte festgelegt werden, ob das Gericht die Bescheinigung selbst prüft oder von einem Dritten prüfen lässt. Letzteres kann auch schon vor Antragstellung erfolgen, wenn das Gericht mitzieht, was aber nicht unbedingt einfach sein wird. Wahrscheinlich wird es auf eine zusätzliche Prüfung seitens eines Dritten verzichten, wenn Sanierungsberater und Bescheiniger nicht identisch sind. Aber auch das gilt es, vorher zu erfragen.

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.

Im Schutzschirmverfahren ist der Schuldner berechtigt, einen eigenen Vorschlag zur Person des (vorläufigen) Sachwalters zu 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. Nichteignung liegt vor, wenn es an der notwendigen Unabhängigkeit fehlt. Eine abweichende Entscheidung durch das Gericht ist eine nicht justiziable Ermessensentscheidung, die lediglich zu begründen ist (vgl. § 270b Abs. 2 Satz 2 InsO). Eine vor Antragstellung mit dem Gericht erfolgte Abstimmung 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 beigefügt 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. 8).

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 Insolvenzplanes, § 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 Punkte 8. und 13.) und
- ggf. Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses (vgl. Übersicht Punkte 10. und 13.).

Vom Gesetzgeber offengelassen wurde, ob dieser Beschluss zu veröffentlichen ist. Derzeit geht die Praxis davon aus, dass es nicht zu einer Veröffentlichung kommt, was insbesondere dann, wenn das Schutzschirmverfahren zur Disziplinierung von Gläubigern eingesetzt wird, von großem Vorteil ist.

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 Schuldner 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). Allerdings sollte in der Praxis darauf geachtet werden, dass von dieser Kompetenz nicht uneingeschränkt Gebrauch gemacht wird, denn es sollen ja nicht unbedingt alle Neuverbindlichkeiten auch Masseverbindlichkeiten sein. So wird zwar die Umsatzsteuer zwischen Antragstellung und Eröffnung gezahlt, nach Eröffnung aber im Wege der Anfechtung vom Finanzamt wieder zurückgeholt. Das ist nicht möglich, wenn sich der Schuldner uneingeschränkte Kompetenz zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten hat einräumen lassen, denn dann sind alle von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten Masseverbindlichkeiten.

Aus diesem Grunde muss er sich jeweils Einzelermächtigungen vom Gericht zur Eingehung ganz bestimmter Masseverbindlichkeiten geben lassen. Diese Einzelermächtigung wird er auch erhalten, weil sie ein Minus zur Generalermächtigung darstellt. Das Verfahren ist zwar deutlich aufwendiger, dem Unternehmen steht jedoch am Ende des Verfahrens deutlich mehr Liquidität zur Verfügung. Damit steigen die Sanierungsaussichten erheblich.

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 ist die Insolvenzgeldvorfinanzierung üblich.

Aus § 55 Abs. 3 InsO wird ersichtlich, dass die Ansprüche der Bundesagentur für Arbeit wegen der Zahlung von Insolvenzgeld immer Insolvenzforderungen sind, insbesondere, 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. Eine verbindliche Stellungnahme der Bundesagentur für Arbeit zu dieser Thematik liegt zwischenzeitlich vor. Darin wird in Abstimmung mit dem Bundesministerium der Justiz bestätigt, dass der § 55 Abs. 3 InsO auch im Schutzschirmverfahren Anwendung findet.

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 Eröffnungsantrages noch keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, vgl. § 270b Abs. 1 Satz 1 InsO. Allerdings ist die Zahlungsfähigkeit während des Schutzschirmverfahrens mindestens alle zwei Wochen zu prüfen und bei Eintritt dem Gericht anzuzeigen, ohne dass dies unmittelbaren Einfluss auf das Verfahren hat. Jedoch ist nicht zu verkennen, dass dies ein Negativaspekt ist, der auch an den vorläufigen Gläubigerausschuss zu kommunizieren ist. Ob dadurch das Verfahren u. U. gefährdet wird, muss die Praxis zeigen.

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)**



Schutzschirmverfahren versus vorläufige Eigenverwaltung oder „Wie erkläre ich es meinen Gläubigern?“

RA Robert Buchalik, Partner der Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater, Düsseldorf/Frankfurt

Vonseiten der Schuldner wird regelmäßig die Einleitung eines Schutzschirmverfahrens gewünscht, was darauf zurückzuführen ist, dass das ESUG in der Wirtschaft unmittelbar mit diesem Begriff identifiziert wird. Das vorläufige Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO ist dagegen kaum bekannt. Hintergrund des Wunsches nach einem Schutzschirmverfahren ist die Begrifflichkeit, denn damit wird dem öffentlichen Rechtsverkehr nach außen suggeriert, dass sich das Unternehmen nicht in einem Insolvenzverfahren befinde, sondern in einem speziellen Sanierungsverfahren. Dabei sind die Vorteile des Schutzschirmverfahrens gegenüber einem Verfahren nach § 270a InsO begrenzt, die Nachteile aber nicht zu vernachlässigen.

Schutzschirm nach § 270b InsO oder vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a InsO?

Das Schutzschirmverfahren ist in erster Linie ein eigenständiges Sanierungsverfahren unter Insolvenzschutz. Gleichzeitig ist es auch ein Insolvenzeröffnungsverfahren im klassischen Sinne, da ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt wird. Das ist zwingend notwendig, da ansonsten der angestrebte Schutz des gerichtlichen Verfahrens nicht erreicht werden kann. Mit dem Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO wird Personen und Unternehmen erstmals ein Verfahren zur Verfügung gestellt, bei dem der Schuldner frei von Vollstreckungsmaßnahmen in Eigenverwaltung einen Sanierungsplan ausarbeiten kann.

Ziel und Wege des Schutzschirmverfahrens

Ein Schutzschirmverfahren macht insbesondere dann Sinn, wenn es unter dem Schutzschirm gelingen sollte, sich mit den Gläubigern auf ein Sanierungskonzept zu einigen und das Insolvenzgeld keine so große Rolle spielt. Hintergrund für ein Schutzschirmverfahren kann auch die Disziplinierung von Gläubigern, insbesondere von Nachranggläubigern, sein. Auch beim Schutzschirmverfahren handelt es sich faktisch um eine vorläufige Eigenverwaltung, das allerdings nur unter erhöhten Anforderungen angeordnet wird, dafür aber dem Insolvenzschuldner weitergehende Rechte einräumt. Gemeinsamkeiten beider Verfahren sind die Bestellung eines vorläufigen Sachwalters und das Verbleiben der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis beim Insolvenzschuldner. Beim Schutzschirmverfahren muss das Gericht dem Schuldner auf Antrag die Befugnis zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten in unbegrenztem Umfang einräumen (siehe

§ 270b Abs. 3 Satz 1 InsO). Beim Verfahren nach § 270a InsO ist das nur bei Einholung entsprechender Einzelermächtigungen im Voraus durch das Gericht zulässig, die Praxis behilft sich insoweit mit vom Gericht zu erteilenden Gruppen- bzw. Projektermächtigungen, innerhalb derer das Eingehen von Masseverbindlichkeiten zulässig ist. Während beim Schutzschirmverfahren dem Schuldner auf Antrag Vollstreckungsschutz zu gewähren ist (vgl. § 270b Abs. 2 Satz 3 InsO), wird das Gericht einem solchen Ansinnen im §-270a-Verfahren im Regelfall (jedenfalls bei schlüssiger Begründung) folgen, muss dies aber nicht. Beim Schutzschirmverfahren hat der Insolvenzschuldner ein eigenes Vorschlagsrecht im Hinblick auf die Person des vorläufigen Sachwalters (vgl. § 270b Abs. 2 Satz 2 InsO), nicht so beim Verfahren nach § 270a InsO. Allerdings kann er bei Vorlage eines einstimmigen Beschlusses des vorläufigen Gläubigerausschusses das Gericht in gleicher Weise dazu „verpflichten“, den vom vorläufigen Gläubigerausschuss und damit im Regelfall von ihm selbst gewollten vorläufigen Sachwalter zu bestellen (vgl. §§ 270a Abs. 1 Satz 2, 274 Abs. 1, 56a Abs. 2 Satz 1 InsO). Der Schuldner sollte das Verfahren so vorbereiten, dass er den vorläufigen Sachwalter mit aussucht, mit diesem Vorgespräche führt und diesen dem vorläufigen Gläubigerausschuss vorschlägt. Bei guter Argumentation ist die Zustimmung des Ausschusses sehr wahrscheinlich.

Hohe Anforderungen an ein Schutzschirmverfahren

Die weitergehenden Rechte des Insolvenzschuldners im Schutzschirmverfahren führen zu deutlich höheren Anforderungen an die Anordnung durch das Insolvenzgericht. So hängt die Anordnung insbesondere von der Vorlage einer mit Gründen versehenen Bescheinigung eines in Insolvenz-

sachen erfahrenen Berufsträgers ab. Aus der Bescheinigung muss sich ergeben, dass zwar drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist (siehe dazu auch die Beiträge auf S. 16 und S. 27). Diese Bescheinigung kann im Einzelfall eine (zu) hohe Hürde sein, die bei einigen Verfahren schon zur Ablehnung der Anordnung eines Schutzschirmverfahrens durch das Insolvenzgericht geführt hat. Darüber hinaus kann die Verpflichtung zur Vorlage der Bescheinigung zu erheblichen Verzögerungen führen. So hat das Amtsgericht München per Beschluss vom 29.03.2012 (Az.: 1507 IN 1125/12) die Anordnung des Schutzschirmverfahrens abgelehnt, weil Sanierungsberater und Bescheiniger personenidentisch waren. In gleicher Weise ist nicht auszuschließen, dass in Einzelfällen die Gerichte die Bescheinigung bei Insolvenzantragstellung von dritter Seite prüfen lassen. Diese Prüfung kann sich lange hinziehen. Bis dahin kommt es nicht zu einer gerichtlichen Beschlussfassung und damit zu erheblichen Störungen im geplanten Ablauf. Einfacher ist es daher, den Weg über den § 270a InsO zu wählen, der letztendlich – aber rechtssicherer – zum gleichen Ziel führt.

Sanierung durch Schutzschirmverfahren bei Problemen mit der Einzelermächtigung im Verfahren nach § 270a InsO

Die meisten Gerichte erteilen mittlerweile auch beim Verfahren nach § 270a InsO dem Insolvenzschuldner die Befugnis zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten (siehe dazu auch den Beitrag auf S. 36). Auch wenn es mit dem Gesetz und dem Willen des Gesetzgebers kaum vereinbar ist, weichen einzelne Gerichte (z. B. AG Fulda, AG Hamburg) hiervon dennoch ab und erteilen überhaupt keine Einzelermächtigung oder erteilen sie nur dem vorläufigen Sachwalter. Zeichnet sich diese Konstellation ab, kann man im Einzelfall eine Masseverbindlichkeitenkompetenz des Schuldners dadurch erreichen, indem man – sofern die Voraussetzungen vorliegen sollten – auf die Beantragung eines Schutzschirmverfahrens ausweicht.

Schwierigere Vorfinanzierung von Insolvenzgeld

Mit dem Schutzschirmverfahren können weitere Schwierigkeiten verbunden sein, wie z. B. eine erschwerte Insolvenzgeldvorfinanzierung. So steht bei vorzeitiger Beendigung durch den vorläufigen Gläubigerausschuss nicht fest, wann das Insolvenzverfahren eröffnet wird oder ob es zu einer Nichteröffnung mangels Masse kommt. Beides sind jedoch

sog. Insolvenzergebnisse im Sinne des § 165 Abs. 1 SGB III. Treten sie verspätet ein, läuft der Vorfinanzierer Gefahr, mit einer Rate oder mehreren vorfinanzierten Raten auszufallen. Möglicherweise wird er deshalb im Schutzschirmverfahren nur einen Teil des Insolvenzgeldes vorfinanzieren. Damit kann dem Unternehmen dringend benötigte Liquidität fehlen.

Ergebnis und Empfehlung

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass der Weg über § 270a InsO das einfachere und zwischenzeitlich rechtssichere Verfahren ist. Deswegen sollten die Argumente genau abgewogen werden. Das angestrebte Ziel einer Sanierung durch Insolvenz in Eigenverwaltung wird auch im Verfahren nach § 270a InsO erreicht. Ein Schutzschirmverfahren sollte vor allem dann angestrebt werden, wenn das vorrangige Ziel die Sanierung und nicht die Eröffnung und Gewährung von Insolvenzgeld ist. Wird die Eröffnung angestrebt, so macht die Einleitung eines Schutzschirmverfahrens nur eingeschränkt Sinn, denn spätestens mit der Eröffnung ist das nicht gewollte Wort „Insolvenz“ ohnehin zu verwenden. So leiten die Vorlagen der Justizverwaltung beim Schutzschirmverfahren den gerichtlichen Beschluss mit den Worten „In dem Insolvenzeröffnungsverfahren“ ein. Auch lassen sich die Lieferantengläubiger vom Begriff „Schutzschirmverfahren“ nicht beeindrucken. Sollte sich das Gericht allerdings nicht bereit erklären, dem Insolvenzschuldner Einzelermächtigungen im Rahmen eines Verfahrens nach § 270a InsO zu erteilen, sollte nach Möglichkeit auf das Schutzschirmverfahren ausgewichen werden. Hier ist das Gericht verpflichtet, die Einzelermächtigung zu erteilen, weil es sogar eine Generalermächtigung zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten erteilen muss (siehe § 270b Abs. 3 S. 1 InsO).

Ich und der Schutzschirm – aus der Sicht eines Sanierungsgeschäftsführers

Heinz-Peter Derrix-Belau, Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung, Düsseldorf

Die Praxis zeigt, dass seit dem Inkrafttreten des ESUG noch viele Lücken zu füllen sind. Heinz-Peter Derrix-Belau von der Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung begleitete von Mai bis Oktober 2012 ein Handelsunternehmen mit knapp 100 Filialen als Chief Restructuring Officer (CRO) durch ein Schutzschirmverfahren. Nachstehend sein Erfahrungsbericht:

Das Einzelhandelsunternehmen aus NRW war an Buchalik Brömmekamp herangetreten mit der Bitte um Erstellung und Umsetzung eines Sanierungskonzeptes. Alternativ sollten verschiedene Insolvenzszzenarien gerechnet werden. Das Unternehmen befand sich zwar in einer Krise, hatte aber ausreichende Substanz, um eine Sanierung ohne Insolvenz möglich zu machen. Jedoch konnten die damit verbundenen Kosten weder durch den Gesellschafter aufgebracht werden, noch haben sich Banken zu einer weiteren Finanzierung bereit erklärt. Ein Insolvenzplanverfahren in Eigenverwaltung unter einem Schutzschirm musste deshalb in die Tat umgesetzt werden.

Die Bescheinigung

Voraussetzung für die Teilnahme am Schutzschirmverfahren war das Vorliegen einer bloß drohenden Zahlungsunfähigkeit, was gemäß § 270b InsO Abs. 1 S. 3 InsO von einer in Insolvenzsachen erfahrenen Person zu bescheinigen war. Gleichzeitig musste in der Bescheinigung ausgeführt werden, dass die Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Es stellte sich hierbei die Frage, ob der mandatierte Berater diese Bescheinigung selbst ausstellen konnte oder aber, ob dies durch einen Dritten zu erfolgen hat. Die neue Insolvenzordnung legt sich hierzu nicht fest. Der Bescheiniger hat lediglich gemäß § 270b Abs. 2 S. 1 InsO personenverschieden vom vorgeschlagenen vorläufigen Sachwalter zu sein. Eine frühzeitige informelle Anfrage beim örtlich zuständigen Insolvenzgericht ohne Nennung des betroffenen Unternehmens mündete in der Empfehlung des Gerichtes, die Bescheinigung durch einen unabhängigen Dritten ausstellen zu lassen, um eigene zeitraubende Überprüfungen des Gerichtes in Bezug auf die Ordnungsgemäßheit der Bescheinigung zu vermeiden. Das Sanierungskonzept wurde deshalb einem Fachanwalt für Insolvenzrecht aus der Region zur Verfügung gestellt, das dieser überprüfte und zusammen mit Betriebswirten aus seiner Kanzlei dezidiert hinterfragte. Der Fachanwalt für Insolvenzrecht stellte auf dieser Grund-

lage die für das Schutzschirmverfahren erforderliche Bescheinigung im Sinne des § 270b Abs. 1 S. 3 InsO aus.

Der vorläufige Gläubigerausschuss

Gemäß § 22a Abs. 1 InsO ist bei nicht eingestelltem Geschäftsbetrieb ein vorläufiger Gläubigerausschuss zu bilden, wenn die Bilanzsumme 4,84 Mio. Euro erreicht, der Umsatz jenseits von 9,68 Mio. Euro liegt und die Belegschaft aus mehr als 50 Arbeitnehmern besteht (es müssen mindestens zwei der drei Kriterien erfüllt sein). Im vorliegenden Fall waren sämtliche Merkmale erfüllt. Es wurde deshalb ein vorläufiger Gläubigerausschuss mit fünf Mitgliedern entsprechend der Vorgaben der §§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a, 67 Abs. 2 InsO gebildet. Wir konnten einen Lieferanten (absonderungsberechtigter Gläubiger), einen Kreditgeber (Gläubiger mit der höchsten Forderung), einen Kleingläubiger und einen Arbeitnehmervertreter für diese Aufgabe gewinnen. Bedingt durch die vielen angemieteten Filialen wurde zusätzlich ein Vertreter für die Vermieter in den Ausschuss aufgenommen, was zu einer ungeraden Zahl von Mitgliedern führte und so Pattabstimmungen ausschloss.

Die erste Sitzung des präsumtiven vorläufigen Gläubigerausschusses fand zwei Tage vor der Antragstellung statt. Für ausreichenden Versicherungsschutz der vorläufigen Gläubigerausschussmitglieder wurde gesorgt. Belehrungsunterlagen über Rechte und Pflichten eines Gläubigerausschussmitglieds wurden ausgeteilt, eine Satzung wurde einstimmig verabschiedet. Gleichzeitig nahmen die Teilnehmer ihre Mitgliedschaft in diesem Gremium durch Unterzeichnung einer entsprechenden Einverständniserklärung an. Sie erklärten ferner einstimmig, dass sie eine Eigenverwaltung unter einem Schutzschirm unterstützen. Außerdem machten die Gläubigerausschussmitglieder einstimmig einen Vorschlag zur Person des vorläufigen Sachwalters. Ausschlaggebend war dabei dessen Erfahrung mit Einzelhandelsinsolvenzen und dass der vorgeschlagene vorläufige Sachwalter regelmäßig vom örtlich zuständigen Insolvenzgericht bestellt wird.

Der Antrag

Im Vorfeld des eigentlichen Antrages wurde mit dem zuständigen Insolvenzgericht ein Vorgespräch geführt. Das Gericht erklärte sich hierzu bereit, obwohl die Zuständigkeitsfrage – wie bei vielen Gerichten üblich – erst am Tage der Antragstellung geklärt werden kann. Wir händigten insoweit dem Gericht sämtliche Unterlagen zur Antragstellung als Entwurfsfassung aus und besprachen sie mit einem anwesenden Richter. Alle verfügbaren Richter und Rechtspfleger hatten sich daraufhin zusammengesetzt, um den Antrag vorher zu überprüfen und zu diskutieren. Die vom Gericht noch am gleichen Tag geäußerten Änderungs- und Ergänzungswünsche konnten wir problemlos noch in den finalen Antrag einbauen bzw. berücksichtigen. So war die eigentliche Antragstellung nur noch Formsache.

Gemäß § 270b Abs. 3 InsO hat das Gericht auf Antrag des Schuldners anzuordnen, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründet. Dieser Antrag des Schuldners kann insoweit als Pauschalermächtigung oder als Einzelermächtigung gestellt werden. Letzteres hat den Vorteil, dass der Insolvenzschuldner auf diese Weise nur einzelne privilegiert zu bedienende Verbindlichkeiten (Masseverbindlichkeiten) generieren kann.

§ 55 Abs. 3 InsO regelt im Ergebnis, dass die Forderungen der Bundesagentur für Arbeit im Rahmen der Insolvenzgeldvorfinanzierung keine Masseverbindlichkeiten sind und somit im eröffneten Verfahren nicht vom Insolvenzschuldner zu bedienen sind. Zum Zeitpunkt der Antragstellung war nicht klar, ob diese Regelung auch im Schutzschirmverfahren Anwendung findet, zumal § 270b Abs. 3 S. 2 InsO nur auf die entsprechende Geltung des § 55 Abs. 2 InsO verweist. Rein vorsorglich wurde von der Schuldnerin keine an sich nach § 270b Abs. 3 S. 1 InsO zulässige Generalermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten beantragt, sondern nur im Voraus bestimmte Einzelermächtigungen eingeholt, nicht aber für die Ansprüche auf Arbeitsentgelt, die im Zusammenhang mit der Insolvenzgeldvorfinanzierung stehen. Heute steht fest, dass § 55 Abs. 3 InsO auch im Schutzschirmverfahren direkt anwendbar ist (siehe dazu auch den Beitrag auf Seite 36).

Der vorläufige Sachwalter

Im Schutzschirmverfahren ist das Gericht verpflichtet, dem Vorschlag des Insolvenzschuldners im Hinblick auf die Person des vorläufigen Sachwalters nachzukommen (vgl. § 270b Abs. 2 S. 2 InsO), es sei denn, die vorgeschlagene Person ist für das Amt offensichtlich ungeeignet. Insoweit bestand im Fall mit dem Filialisten zu keiner Zeit ein Problem, da der vorgeschlagene vorläufige Sachwalter regelmäßig vom örtlichen Insolvenzgericht

bestellt wird und dieser im Vorfeld der Antragstellung dem Gericht durch Aushändigung eines ausgefüllten Unabhängigkeitsfragebogens versichert hatte, dass er im vorliegenden Fall unabhängig ist, insbesondere er den Schuldner noch nie beraten hat.

Der Beschluss

Der Antrag wurde am 25.05.2012 beim örtlich zuständigen Amtsgericht, Insolvenzgericht, eingereicht. Aufgrund der guten Vorbereitung des Insolvenzantrages und der im Vorfeld erfolgten Vorbesprechung mit dem Gericht erhielt das Unternehmen noch am selben Tag den Beschluss zur Anordnung eines Insolvenzeröffnungsverfahrens nach § 270b InsO (Schutzschirmverfahren).

Die Betriebsversammlungen

Gleich nach dem ergangenen Beschluss wurden die Mitarbeiter der nahe gelegenen Filialen in einer Betriebsversammlung hierüber informiert. Weitere Versammlungen folgten zeitgleich in verschiedenen Filialen, sodass sämtliche Mitarbeiter umgehend erreicht wurden. Es war sowohl für den vorläufigen Sachwalter als auch für mich als Sanierungsgeschäftsführer sehr ungewohnt, Worte wie Insolvenz, Insolvenzverwalter oder Verwertung zu vermeiden und stattdessen von einem speziellen Sanierungsverfahren, von einem vorläufigen Sachwalter und von Schutzschirm zu sprechen. Dennoch gelang es durch das Vorstellen des neuen Verfahrens, bei den Mitarbeitern die Hoffnung zu wecken, dass das Unternehmen erhalten und weiter bestehen würde.

Das Insolvenzgeld

Das Insolvenzgeld ist einer der wesentlichen Sanierungsbeiträge, da durch den dreimonatigen Wegfall der Lohnzahlungen die Liquiditätssituation erheblich verbessert werden kann. Die für die Insolvenzgeldvorfinanzierung benötigte Zustimmung der Agentur für Arbeit gemäß § 170 Abs. 4 SGB III wurde problemlos erteilt, was auch daran lag, dass man hier sehr intensiv mit einem Dienstleister und der vorfinanzierenden Bank zusammengearbeitet hat.

Das Anderkonto

Die Kassenführung lag beim eigenverwaltenden Schuldner, da der vorläufige Sachwalter von seinem Recht nach § 275 Abs. 2 InsO keinen Gebrauch machte, die Kassenführung an sich zu ziehen.

Die Kontoführung der Insolvenzschuldnerin erfolgte weiterhin bei deren Hausbank. Dazu wurde zunächst der bei Insolvenzantragstellung bestehende Saldo auf ein Unterkonto umgebucht. Künftige Einzahlungen erfolgten auf das bisherige Konto bei der Hausbank unter der bisherigen Stammmnummer. Der vorläufige Gläubigerausschuss stimmte dieser Vorgehensweise einstimmig zu.

Die Buchhaltung

Die Buchhaltung war mit dem ergangenen Gerichtsbeschluss völlig neu aufzusetzen. Der laufende Monat Mai 2012 war mit dem ergangenen Beschluss am 25.05.2012 automatisch beendet, buchhalterisch begann am 25.05.2012 bereits der Monat Juni 2012.

Den Aufwand, neue Rechnungen von alten zu trennen auch in Bezug auf Rechnung aus Dauerschuldverhältnissen (Leasing, Telefon etc.) kennt man aus Regelinsolvenzen. Insoweit galt hier nichts anderes. Anzuraten sind hier zur Arbeits erleichterung einfache Stempel mit dem Aufdruck „alte Rechnung“ oder „neue Rechnung“. Ähnlich verhält es sich mit erfolgten Abbuchungen im Lastschriftverfahren und deren Widerruf.

Prüfung der Zahlungsunfähigkeit

Das Schutzschirmverfahren kann nur von solchen Schuldner genutzt werden, die zum Zeitpunkt der Antragstellung lediglich drohend zahlungsunfähig sind. Wenn im Verlauf des Verfahrens die Zahlungsunfähigkeit tatsächlich eintreten sollte, ist dies nach § 270b Abs. 4 S. 2 InsO vom Schuldner oder auch vom vorläufigen Sachwalter dem Gericht unverzüglich anzuzeigen. Diese zeitintensive Prüfung wurde in kurzen Abständen vom Unternehmen regelmäßig durchgeführt und mit dem vorläufigen Sachwalter besprochen. Das Unternehmen hatte es geschafft, dass das Insolvenzverfahren später auch wegen drohender Zahlungsunfähigkeit eröffnet wurde. Dies konnte nur deshalb gelingen, weil die involvierten Banken davon überzeugt wurden, ihre Linien nicht zu kündigen. Viele Geschäftspartner zeigten so deutlich mehr Vertrauen in das Unternehmen als sie es bei tatsächlicher eingetretener Illiquidität getan hätten.

Die Steuern und die SV-Beiträge

Für die Abführung der Steuern und der Sozialversicherungsbeiträge ist der Geschäftsführer verantwortlich. Ein Zuwider-

handeln bringt dessen persönliche Haftung und ggfs. eine strafrechtliche Verfolgung mit sich. Der eigenverwaltende Schuldner im Insolvenzeröffnungsverfahren nach § 270b InsO hat die Masse zu sichern und zu erhalten und darf Verbindlichkeiten, die vor Antragstellung begründet wurden, nicht mehr begleichen. Da Geschäftsführer und eigenverwaltender Schuldner personenidentisch sind, ist eine Interessenkollision automatisch gegeben: Soll die handelnde Person nunmehr ihrer Verpflichtung auf Steuerzahlung und Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung nachkommen oder aber mit Blick auf Massesicherungspflicht diese eben nicht mehr abführen? Aufgrund der recht komfortablen Liquiditätssituation (nur drohende Zahlungsunfähigkeit) wurden hier die Leistungen als sicherster Weg abgeführt, nachdem die jeweiligen Empfänger über die vorliegende Insolvenzsituation unterrichtet wurden. Durch diese „Bösgläubigmachung“ wurde der Sachwalter in die Lage versetzt, nach Verfahrenseröffnung die abgeführten Zahlungen im Wege der Insolvenzanfechtung wieder zurückzuholen. Das hat dieser auch gemacht und auf diese Weise dem Unternehmen schnell wieder weitere Liquidität zugeführt.

Die Akzeptanz seitens der Lieferanten

Bedingt durch das neue und zu diesem Zeitpunkt weitestgehend noch unbekanntes Verfahren hatte das Unternehmen speziell auf der Lieferantenseite mit erheblichen Vorbehalten zu kämpfen. Da Lieferanten nur mit Regelinsolvenzverfahren vertraut waren, wurde immer wieder die Unterschrift des vorläufigen Sachwalters unter die Bestellungen gefordert. Denen, die „den Karren in den Dreck gefahren hatten“, vertrauten die Lieferanten dagegen eher weniger. Erst durch erhebliche Aufklärungsarbeit und dem tatsächlichen Nachweis der Qualität des Managements (Altgeschäftsführer nebst Sanierungsgeschäftsführer und Sanierungsberater) wurden diese Ressentiments sukzessive abgebaut.

Auf Kundenseite dagegen traten keine Probleme auf. Die Kunden haben von dem Verfahren nahezu nichts gemerkt, zumal das Schutzschirmverfahren auch nicht öffentlich bekannt gemacht wurde.

Die Eröffnung des Verfahrens in Eigenverwaltung

Nachdem das Schutzschirmverfahren nicht zuletzt durch die Frist zur Planvorlage und den Ablauf des Insolvenzgeldzeitraumes weitestgehend beendet war, erfolgte nach Vorlage des durch den vorläufigen Sachwalter erstellten Sachverständigengutachtens am 30.07.2012 die Eröffnung des In-

solvenzverfahrens in Eigenverwaltung. Der Berichts- und Prüfungstermin sowie der Erörterungs- und Abstimmungstermin wurden am 12.10.2012 durchgeführt und das Verfahren anschließend am 31.10.2012 aufgehoben. Das eröffnete Verfahren in Eigenverwaltung unterschied sich nicht von anderen, schon vor der Zeit der neuen Insolvenzordnung durchgeführten Insolvenzplanverfahren in Eigenverwaltung.

Nach knapp fünf Monaten war das Unternehmen bilanziell saniert. Zum Jahresende 2012 standen die ersten Planzahlungen an.

Schutzschirm in der Öffentlichkeit

Bedingt durch die Neuartigkeit des Verfahrens hatte das Unternehmen gerade zu Beginn erhebliche Schwierigkeiten in der Außendarstellung. Die Akzeptanz des Schutzschirmverfahrens durch die Geschäftspartner wird sich sukzessive durch die vermehrte Bekanntheit dieses Verfahrens in der Praxis verbessern.

Auch werden die meisten noch offenen Rechtsfragen mittelfristig beantwortet sein, sodass die Durchführung eines Schutzschirmverfahrens zukünftig einfacher, noch planungssicherer und auch für die Akteure risikoärmer sein wird.

Der Schutzschirm ist als spezielles Sanierungsverfahren gedacht. Gleichwohl stellt er einen Teil des Insolvenzrechtes dar und wird speziell in der Diktion als Insolvenzeröffnungsverfahren weiter fortgeführt. Die Bezeichnung „Insolvenzeröffnungsverfahren“ schreckt generell Unternehmen und Gläubiger ab. Allein durch das Weglassen des Wortes „Insolvenz“ würde sich die Akzeptanz dieses Verfahrens sicherlich noch erheblich steigern lassen.

Die Nichtveröffentlichung des gerichtlichen Beschlusses macht im Hinblick auf die Kundenbeziehungen Sinn. In Bezug auf das Eingehen von Masseverbindlichkeiten ist das Unternehmen allerdings gezwungen, den Lieferanten den diesbezüglichen Beschluss zur Verfügung zu stellen.

Optimierungsbedarf

Der Schutzschirm wird durch die Eröffnung des Verfahrens zu abrupt beendet. Mit dem Eröffnungsbeschluss beginnt ein Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung, wie es schon vor dem 01.03.2012 stattgefunden hat. Spätestens jetzt erfolgt von Amts wegen die Veröffentlichung des Verfahrens im Internet und die Gläubiger werden aufgefordert, ihre Forderungen

beim Sachwalter anzumelden. Aus dem bisherigen Schutzschirm wird eine normale Planinsolvenz in Eigenverwaltung. Die Gläubigerseite merkte mehrfach zutreffend an, dass der Schutzschirm quasi nur ein „Vorgeplänkel“ zur Normalinsolvenz sei. Der Sanierungsgedanke sollte daher deutlicher mit in das eröffnete Verfahren genommen werden, um zu betonen, dass es sich gerade nicht um eine Regelinsolvenz handelt.

Aspekte wie „Vertrauensbasis“ und „Netzwerke“ genießen im Schutzschirmverfahren einen besonderen Stellenwert. Wenngleich die Akteure, die für die Notwendigkeit des Verfahrens verantwortlich sind, nicht bei allen Gläubigern weiter volles Vertrauen genießen, so gibt es doch in der Regel auch gewachsene Verbindungen, Kooperationen und Freundschaften, die durch einen gewöhnlichen (vorläufigen) Insolvenzverwalter nicht so ohne Weiteres fortgesetzt werden können. Stellt z. B. ein Lieferant die Lieferungen ein, können sie nur über solche Netzwerke, Kooperationen und Freundschaften überbrückt werden. Ein Insolvenzverwalter tut sich hier sehr schwer. Auch sind Spezialkenntnisse aus Branche und Historie nur dem eigenverwaltenden Schuldner bekannt. Bis sich ein (vorläufiger) Insolvenzverwalter dieses Wissen angeeignet hat, kann zu viel Zeit vergangen sein.

Fazit

Das Schutzschirmverfahren ist eine sehr sinnvolle Lösung zur Firmenrettung sanierungswürdiger Unternehmen. Speziell im zuvor beschriebenen Fall hat sich das Verfahren schon alleine dadurch bewährt, da die Kundschaft nur in den wenigsten Fällen von dem gesamten Insolvenzverfahren überhaupt Kenntnis erhalten hat. Das ansonsten in Regelinsolvenzen aufkommende Problem der Gewährleistung blieb völlig außen vor. Kein Kunde zweifelte daran, eventuell seine Gewährleistungsansprüche bei Neukauf nicht durchgesetzt zu bekommen.

Anforderungen an die Bescheinigung für das Schutzschirmverfahren

Bozidar Radner, Geschäftsführer der Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung, Düsseldorf
RA Alfred Kraus, Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater, Düsseldorf

Die Anforderungen für den Antrag auf Anordnung eines Schutzschirmverfahrens sind erheblich. Insbesondere hat der Schuldner mit dem Insolvenzantrag eine Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO vorzulegen. Der Gesetzgeber hat im Hinblick auf die Ausgestaltung und den Inhalt dieser Bescheinigung auf konkrete Formulierungen verzichtet und anstelle dessen unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet. Die Auslegung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe muss sich in der Insolvenzpraxis entwickeln. Mit dem IDW ES 9 „Bescheinigung nach § 270b InsO“ hat das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (IDW) einen Entwurf eines Standards für die Anforderungen an die Bescheinigung vorgelegt. Dieser Standard genügt nicht den umfangreichen rechtlichen sowie betriebswirtschaftlichen Anforderungen an die Bescheinigung, sodass Nachbesserungen erforderlich sind.

Anforderungsmerkmale an die Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO:

1. Anforderungen an die Person des Bescheinigers

Die Bescheinigung muss von einem in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwalt oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation ausgestellt sein, § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO. Infolgedessen kann als Bescheiniger nur ein Berufsträger infrage kommen, somit nur eine natürliche Person.

Des Weiteren soll der Berufsträger in „Insolvenzsachen erfahren“ sein. Hierüber kann es sicherlich unterschiedliche Auffassungen geben. Das IDW sieht dieses Merkmal als eher nachrangig an. Allerdings rückt schon alleine der Sinn und Zweck der Bescheinigung (Sanierung in der Insolvenz unter einem Schutzschirm) dieses Tatbestandsmerkmal in den Vordergrund. Sanieren ist das Stichwort. Somit ist ein krisenerfahrener Bescheiniger im Sinne eines neutralen Gutachters unabdingbar. Den das Unternehmen beratenden Rechtsanwalt oder Steuerberater generell als „befangen“ zu qualifizieren (so das AG München, Beschl. v. 29.03.2012, Az. 1507 IN 1125/12), geht im Ergebnis zu weit.

2. Anforderungen an den Inhalt der Bescheinigung

Die Gerichte müssen sich anhand des Inhaltes der Bescheinigung ein Urteil über die Chancen des Unternehmens, nach erfolgter Sanierung am Markt zu bestehen, bilden. Der Gesetzgeber verlangt nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO

neben dem Vorliegen von drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung lediglich die Feststellung, dass „die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist“.

a) Drohende Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung

Aus der Bescheinigung muss sich zunächst ergeben, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung nur eine drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliegt und nicht bereits die Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens eingetreten ist. Bei den Insolvenzanträgen, die bisher in diesem Stadium gestellt wurden, lag regelmäßig schon die Zahlungsunfähigkeit vor. Daher muss die Bescheinigung die drohende Zahlungsunfähigkeit sehr substantiiert darlegen. Im IDW PS 800 wird dezidiert erläutert, wie diese Prüfung durchzuführen ist.

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht lassen sich im Rahmen eines Liquiditätsstatus/-planes relativ exakte Werte ermitteln. Daher ist die Frage nach der drohenden Zahlungsunfähigkeit ein handwerkliches bzw. definitorisches Problem.

Am 09.11.2012 hat der Deutsche Bundestag – versteckt im „Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess“ – in zweiter und dritter Lesung die Entfristung des insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriffes (§ 19 Abs. 2 InsO) beschlossen. Danach liegt auch über das Jahresende 2013 hinaus eine Überschuldung (nur) vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.

b) Nicht offensichtliche Aussichtslosigkeit der Sanierung

Die komplexere und bedeutendere Fragestellung ist jedoch die nach der nicht offensichtlichen Aussichtslosigkeit der Sanierung im Sinne des § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO. Dieses Tatbestandsmerkmal erfordert ein fundiertes betriebswirtschaftliches Sanierungskonzept, welches die Erfolgchancen der Sanierung herausarbeitet. Die Bescheinigung sollte – wie in der verabschiedeten Neufassung des IDW S 6 (Stand: 20.08.2012) gefordert – eine Wahrscheinlichkeitsaussage zur Sanierungs- bzw. Fortführungsfähigkeit (insbesondere zur Wettbewerbs- und Renditefähigkeit) enthalten.

Da eine Sanierung ohne die Mitwirkung der Stakeholder ausgeschlossen ist, sind auch dahingehende Prüfungsarbeiten zu leisten. Das IDW scheint die Tragweite dieses Sachverhaltes nicht erkannt zu haben, da es in IDW ES 9 sogar ausführt, dass eine Befragung der Gläubiger, die wohl die wichtigste Interessengruppe darstellen dürfte, per se nicht notwendig sei. Ein Gespräch mit den wesentlichen Gläubigern wird insbesondere dann notwendig sein, wenn bereits vor Ausstellung der Bescheinigung zu erkennen ist, dass die wichtigsten Stakeholder ein wie auch immer geartetes Sanierungskonzept prinzipiell nicht mittragen wollen.

Wie kann die Bescheinigung die nicht offensichtliche Aussichtslosigkeit der Sanierung belegen? Ein IDW S 6-Gutachten scheint hierfür ein probates Mittel zu sein. In der Regel dürften dafür weder die Zeit noch die finanziellen Mittel zur Verfügung stehen. IDW ES 9 fordert lediglich ein deutlich abgeschwächtes Grobkonzept als Grundlage für die Beurteilung der Sanierungsfähigkeit. Ein derartiges „grobes“ Konzept wird jedoch nicht der „Gatekeeper-Funktion“ der Bescheinigung gerecht, die einen leichtfertigen Missbrauch des „Schutzschirmes“ zum Schutze der Gläubiger verhindern soll.

In diesem Zusammenhang ist zumindest ein Konzept in Anlehnung an bestimmte Punkte des IDW S 6 erforderlich, um das nötige Vertrauen der Gerichte sowie der sonstigen Stakeholder zu gewinnen und die Erfolgchancen für eine nachhaltige Sanierung zu erhöhen. Ähnliche Stimmen werden in den abgegebenen Stellungnahmen zum IDW ES 9 laut. So spricht sich u. a. der Arbeitskreis Rechnungslegung des Deutschen Steuerberaterverbandes e.V. dafür aus, dass zur Beurteilung des Sanierungserfolges bzw. der Aussichtslosigkeit der Sanierung ein Grobkonzept und eine ergänzende Befragung der gesetzlichen Vertreter nicht ausreichend seien.

Weiterhin ist die Frage nach einer integrierten Sanierungs-/Businessplanung für das laufende Geschäftsjahr und zwei Folgejahre als Bestandteil der Bescheinigung teilweise umstritten. So hält etwa die Wirtschaftstreuhand GmbH diese Forderung für zu weitreichend, sie begründet aber ihre Auffassung nicht. Jedoch können die Gerichte nur bei einer längerfristigen Planung die Sanierungsfähigkeit nachvollziehen und beurteilen. Für das betreffende Unternehmen entsteht hierdurch nur ein scheinbarer Mehraufwand, da eine derartige Planung für eine lautere Geschäftsführung gerade in der Krise Voraussetzung sein dürfte.

Die Bescheinigung ist die „Eintrittskarte“ für das Schutzschirmverfahren. Zu beachten gilt es einerseits, dass eine Bescheinigung, die sich ausschließlich an den gesetzlichen Mindestanforderungen orientiert, für das Unternehmen in der Krise einen nicht zu unterschätzenden Risikofaktor darstellt, weil das Gericht die Bescheinigung als nicht ausreichend anerkennen könnte. Ein detailliertes neutrales Gutachten kann dagegen als Grundlage für weiterreichende Sanierungsplanungen dienen. Dies erhöht letztendlich den zeitlichen und finanziellen Handlungsspielraum.

Fazit

Dem Institut der Wirtschaftsprüfer ist mit dem am 21.02.2012 vorgelegten Entwurf des Standards IDW ES 9 sicherlich ein Schritt in die richtige Richtung gelungen. Um richtungsweisend zu sein, hätte dieser aber detaillierter und umfangreicher ausfallen müssen. Es bleiben wichtige Punkte offen, die der Nachbesserung bedürfen. Allerdings besteht die Hoffnung, dass die Unzulänglichkeiten in der endgültigen Fassung beseitigt werden.

Eine Bescheinigung, die sich ausschließlich am Gesetz und dem IDW ES 9 orientiert, wird in der Regel nicht den umfangreichen rechtlichen sowie betriebswirtschaftlichen Anforderungen an die Bescheinigung genügen.

Debt-Equity-Swap: vom Gläubiger zum Gesellschafter werden

RA Dr. Eike Knolle, Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater, 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 Veto-recht 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 Insolvenzplanes 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

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 § 225a 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 DES überwiegen.

Bisherige Erfahrungen

Entgegen der hohen Erwartungen, die mit Inkrafttreten des ESUG verbunden waren, sind Debt-Equity-Swaps in den bisher bekannt gewordenen Verfahren kaum eingesetzt worden. Grund hierfür dürfte in erster Linie das Unbehagen der beteiligten Banken sein, von der Fremdkapital- auf die Eigenkapitalseite zu wechseln. Außerdem bringt ein Debt-Equity-Swap zusätzlich Komplexität in das Insolvenzplanverfahren, das die Planersteller gerne so einfach wie möglich gestalten möchten. Es wird spannend sein zu beobachten, ob sich hieran auf Druck der Gläubiger künftig etwas ändern wird.

Die Verbesserung der Risikoposition der Bank durch Insolvenzplan und Eigenverwaltung

RA Robert Buchalik, Partner der Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater, Düsseldorf/Frankfurt

Neben der Stärkung der Eigenverwaltung war eines der wichtigsten gesetzgeberischen Ziele des ESUG die Rolle der Gläubiger zu stärken, die bei richtiger und professioneller Steuerung und entsprechender Einigung nun den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Ausgang weitgehend beeinflussen, ja sogar bestimmen können. Zur Stärkung der Gläubigerrechte hat der Gesetzgeber das Gremium des vorläufigen Gläubigerausschusses neu geschaffen (siehe dazu auch den Beitrag auf S. 8). Die Einflussmöglichkeiten des vorläufigen Gläubigerausschusses sind gewaltig und übersteigen die des Gerichtes und auch die des (vorläufigen) Sachwalters.

Bei einstimmigen Beschlüssen des vorläufigen Gläubigerausschusses ist nunmehr vom Gericht die (vorläufige) Eigenverwaltung anzuordnen und auch der von diesem Gremium vorgeschlagene (vorläufige) Sachwalter zu bestellen. Die Bank hat in diesem Gremium, das sich in der Regel aus fünf repräsentativen Gläubigern (siehe dazu §§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a, 67 Abs. 2 InsO) zusammensetzt, meist nur einen Sitz. Ihre Stimme hat nicht mehr Gewicht wie die des Kleingläubigers oder des Arbeitnehmers. Gleichwohl kann eine Bank, wenn sie ihre Kompetenz richtig einsetzt, den Verfahrensgang in der Insolvenz im Wesentlichen bestimmen, vor allem aber ihre Risikoposition deutlich reduzieren. Die Insolvenz wird zur Chance, nicht nur für den Schuldner, sondern auch für die Bank.

Die Sanierung über einen Insolvenzplan in Eigenverwaltung hat für einen Investor deutliche Vorteile gegenüber einer übertragenden Sanierung:

- Der Liquiditätsbedarf ist wesentlich geringer, weil die Aktiva nicht erworben werden müssen,
- Forderungen und Vorräte sind nicht vorzufinanzieren und
- bestehende Vertragsverhältnisse sind nicht neu einzugehen, was insbesondere bei aus Unternehmenssicht attraktiven Dauerschuldverhältnissen eine bedeutende Rolle spielt.

Eine übertragende Sanierung ist häufig mit einem Haircut für die Banken verbunden, selbst wenn diese vermeintlich gut besichert sind. Der Investor, der die notwendigen Mittel zur Übernahme der Aktiva mitbringt und damit das Unternehmen gleichzeitig entschulden soll, wird nur dann einsteigen, wenn er eine maximale Entschuldung erreicht. Die Mittel hierfür sind meist begrenzt, denn der Investor muss sie – soweit sie nicht aus dem Eigenkapital entspringen – finanzieren.

Auch der Unternehmer, der seine Gesellschaft plansaniert, hätte ein Finanzierungsproblem, wenn er insbesondere die

Banken ablösen müsste. In der Praxis bieten sich andere machbare und mit wesentlich geringerem finanziellem Aufwand verbundene Lösungen an.

Zunächst führt eine Insolvenzplanlösung meist zu einer deutlichen Verbesserung der Bilanzrelationen. Die Aktivseite bleibt regelmäßig vollständig erhalten, es sei denn, man muss sich ausnahmsweise unter Buchwerten von Anlagevermögen trennen. Die Passivseite wird dagegen wesentlich gekürzt. Auf die ausgewiesenen Rückstellungen entfällt nur die Insolvenzquote. Gründe für Rückstellungen können vielfältig sein und somit die Passivseite der Bilanz maßgeblich belasten, z. B. Steuer- und Pensionsrückstellungen oder drohende Prozessrisiken. Nachranggläubiger, die im Insolvenzplan nicht ausdrücklich erwähnt werden, fallen vollständig aus und erhalten nicht einmal eine Quote.

Die Bundesagentur für Arbeit tritt regelmäßig als neuer, ungesicherter Gläubiger aus der Insolvenzgeldfinanzierung auf und erhält auf ihre erst im Insolvenzverfahren begründete Forderung lediglich eine Quote. Alle Entschuldungsmaßnahmen zusammen führen oft zu einer Verbesserung der Eigenkapitalquote von bis zu 70 Prozent. Das funktioniert aber nur, wenn die Quoten auch bedient werden können und die besicherten Gläubiger nicht abgelöst werden müssen.

Beispielsfall

Wenn ein Unternehmen mit 20 Mio. Euro Umsatz/Jahr sich auf diese Weise um 10. Mio. Euro entschuldet und für 300 Mitarbeiter ca. 2 Mio. Euro Insolvenzgeld generiert, so kann es eine Planquote von 15 Prozent wahrscheinlich problemlos – auch unter Berücksichtigung des Restrukturierungsaufwandes und der bei der Eigenverwaltung deutlich geringeren Verfahrenskosten – bedienen. Allein die Liquiditätszuflüsse aus dem Insolvenzgeld, die Nichtzahlung von

Umsatzsteuer im Eröffnungsverfahren und natürlich die Nichtzahlung von Altverbindlichkeiten ermöglichen das.

Problematisch wird es, wenn die gesicherten Gläubiger, insbesondere die Banken, die am Anlage- und Umlaufvermögen gesichert sind, zurückgeführt werden wollen und das Unternehmen meistens nicht über die hierzu notwendige Liquidität verfügt. Der Plan scheitert und es verbleibt – wenn überhaupt – eine übertragende Sanierung, vorausgesetzt, es findet sich ein Investor. Der Investor wird aber, selbst bei vermeintlich guter Besicherung der Bank, den erwähnten Haircut verlangen. Diesem wird die Bank, auch wenn sie besichert ist, meist zustimmen, weil sie Dauer und Risiken einer Liquidation und auch ein immer immanentes Anfechtungsrisiko scheut.

Für die Bank bietet sich aber eine andere Lösung an: Sie finanziert das plansanierte Unternehmen weiter gegen die bisherigen Sicherheiten. Als Sanierungsbeitrag der Bank bietet sich u. a. der Verzicht auf Zinsen zwischen Antragstellung und Planbestätigung und eine Umwandlung der kurzfristigen Kredite in langfristige zu marktüblichen Konditionen an. Sie finanziert dann ein Unternehmen, dessen Eigenkapitalquote durch die Bereinigung der Passivseite deutlich positiv ist, und das wieder Geld verdient, weil die Sanierungsmaßnahmen (z. B. ein erforderlicher Personalabbau oder die Trennung von Altlasten wie unprofitable Miet- oder Leasingverträge) in der Insolvenz zu Kosten umgesetzt wurden, die weit unter denen einer Going-Concern-Lösung liegen.

Die Finanzierung eines solchen Unternehmens ist für die Bank wieder attraktiv. Auch ein Investoreneinstieg im Wege einer Kapitalerhöhung ist unter diesen Bedingungen wesentlich interessanter. Denn die Mittel fließen in das Unternehmen und können teilweise auch in die Entschuldung der Kreditgeber eingesetzt werden, aber finanzieren nicht ein teures Verfahren. Auch die Eigenkapitalunterlegung bei der Finanzierung eines solchen Unternehmens reduziert sich für die Bank deutlich, weil die Eigenkapitalquote hoch, die Gewinnaussichten gut und damit das Kreditrisiko gering ist.

Die Bank sollte deshalb bei einer Insolvenzplanlösung diese Variante anstreben. Ihre Rückführung erfolgt aus einem Tilgungsplan, der nach Bedienung der Plangläubiger in Gang gesetzt werden sollte. Die Lösung kann mit Einschränkungen auch funktionieren, wenn die Bank nicht oder nur unzureichend besichert ist. Sollten sehr viele freie Aktiva bestehen, weil es wenige Sicherungsverträge gibt, muss im Insolvenzplan eine entsprechend hohe Quo-

te an die ungesicherten Gläubiger bezahlt werden, denn diese dürfen mit dem Plan nicht schlechter gestellt werden als ohne den Plan. Diese Quote entfällt auch teilweise auf die ungesicherten Banken, die diese und den Rest durch eine entsprechende Umwandlung in Kredite finanzieren könnten. Dem werden sie jedoch nicht zustimmen, wenn sie gleichzeitig einen Ausfall erleiden.

In einem Insolvenzplan sind der Kreativität keine Grenzen gesetzt, so denn der Plan mit den notwendigen Mehrheiten der Gläubiger angenommen wird. Die Bank kann deshalb den Plan unter Beibehaltung ihrer kompletten Altforderungen zuzüglich der neuen Forderungen finanzieren. Sie erhält dafür alle freien Aktiva anfechtungsfrei als Sicherheit und könnte somit sogar für den Fall einer späteren Folgeinsolvenz ihre wirtschaftliche Position deutlich verbessern. Die ungesicherten Gläubiger werden mit der im Endeffekt vollständigen Befriedigung der nur teilweise gesicherten Bank kein Problem haben, denn nur auf diesem Wege ist die Erfüllung ihrer Forderungen sichergestellt (eine übertragende Sanierung bietet sich nicht immer an und eine Liquidation führt oft zu noch höheren Ausfällen und dauert häufig mehrere Jahre). Die Planquoten werden zudem meist zügig gezahlt und sind außerdem für die Gläubiger wesentlich attraktiver. Aber auch die Lieferanten, die vornehmlich an der Aufrechterhaltung der Kundenverbindung interessiert sind, und die Agentur für Arbeit, der es um die Erhaltung der Arbeitsplätze geht, werden bei derartigen Lösungen immer mitwirken.

Fazit

Eine Sanierung in der Insolvenz funktioniert mit der Bank fast immer, ohne sie beinahe nie.

Der Weg der Sanierung durch Insolvenz bietet der Bank die Chance, ihre Risikoposition zu verbessern.

Steuern in der vorläufigen Eigenverwaltung

RA Phillip-Boie Harder, Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater, Düsseldorf

Sowohl das vorläufige Eigenverwaltungsverfahren (§ 270a InsO) als auch das Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO) haben viele Vorteile für das Unternehmen zu bieten, u. a. eine finanzielle Entlastung durch das sogenannte Insolvenzzgeld (vgl. hierzu den Beitrag auf S. 40). Ein weiterer Vorteil ergibt sich aus steuerlichen Aspekten. Durch eine Regelungslücke des Gesetzgebers in der Insolvenzordnung sind Steuerverbindlichkeiten in den Verfahren nach §§ 270a, 270b InsO weiterhin einfache Insolvenzforderungen. Dennoch erfolgte Steuerzahlungen mussten in vielen Verfahren vom Finanzamt im Wege der Insolvenzanfechtung wieder an das Unternehmen zurückgezahlt werden.

Steuerverbindlichkeiten sind grundsätzlich wie jede andere Verbindlichkeit des Unternehmens in Insolvenzforderungen und Masseverbindlichkeiten zu unterteilen. Entscheidend für die Abgrenzung ist die (endgültige) Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

Steuerzahlungspflicht im Eröffnungsverfahren nach §§ 270a, 270b InsO

Ob im regulären Insolvenzeröffnungsverfahren entstandene Steuerverbindlichkeiten Masseverbindlichkeiten darstellen, richtete sich nach der bis zum 31.12.2010 geltenden Rechtslage allein danach, ob die Steuerverbindlichkeiten von einem vorläufigen Insolvenzverwalter begründet worden waren, auf den die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen war (starker vorläufiger Insolvenzverwalter). Für diesen Fall enthielt § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO eine Sonderregelung. Danach gelten derart begründete Verbindlichkeiten nach der (endgültigen) Eröffnung des Verfahrens als Masseverbindlichkeiten.

In der Praxis wurden jedoch regelmäßig vorläufige Insolvenzverwalter bestellt, ohne dass ihnen die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übertragen wurde (sog. schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter). Hier findet § 55 Abs. 2 InsO keine Anwendung.

Dementsprechend stellten Steuerverbindlichkeiten keine Masseverbindlichkeiten dar, sondern blieben, da vor endgültiger Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet, Insolvenzforderung und wurden nur mit der im Rahmen des Insolvenzverfahrens ermittelten Quote befriedigt. Der Fiskus hatte also aufgrund der gerichtlichen Praxis, schwache Insolvenzverwalter zu bestellen, hohe Ausfälle im Rahmen von Insolvenzverfahren zu verzeichnen.

Gesetzgeberische Reaktion

Auf Druck der Finanzverwaltung hat der Gesetzgeber diese Regelungslücke erkannt und durch Art. 3 des Haushaltsbegleitgesetzes 2011 vom 09.12.2010 die Regelung des § 55 Abs. 4 InsO eingefügt. Dieser gilt für alle nach dem 31.12.2010 beantragten Unternehmensinsolvenzverfahren. Gemäß § 55 Abs. 4 InsO gelten Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners aus dem Steuerschuldverhältnis, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter oder vom Schuldner mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters begründet worden sind, nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseverbindlichkeit.

Mit dieser neuen Regelung hat der Gesetzgeber auf die Rechtspraxis, konkret auf die Bestellung eines sogenannten schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters, reagiert und eine Art Fiskusprivileg geschaffen, da der Fiskus – anders als andere Gläubigergruppen – sich seine Schuldner nicht aussuchen könne und damit als „Zwangsgläubiger“ regelmäßig auch nicht in der Lage sei, seine Ansprüche im Insolvenzvorfeld ausreichend zu sichern. Im Ergebnis sind nach § 55 Abs. 4 InsO nun sämtliche Steuerverbindlichkeiten, die während einer vorläufigen Insolvenzverwaltung begründet werden, im eröffneten Verfahren als Masseverbindlichkeiten anzusehen.

In den Eröffnungsverfahren nach §§ 270a, 270b InsO bleiben Steuerfragen offen

Während der Gesetzgeber in der vorläufigen Regelinsolvenz bei Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters die frühere Regelungslücke geschlossen hat, bleiben bei der mit dem ESUG eingeführten Verfahren nach §§ 270a, 270b InsO, die mit der Bestellung eines vorläufigen Sachwalters verbunden sind, viele Fragen offen.

Eine Änderung bzw. Ergänzung des § 55 Abs. 4 InsO erfolgte im Rahmen des ESUG – trotz entsprechender Vorlage des Bundesrates – nicht. Nach dem (unveränderten) Wortlaut des § 55 Abs. 4 InsO ist ein vorläufiger Sachwalter nicht von der Vorschrift erfasst, sodass die Steuerverbindlichkeiten nicht zu Masseverbindlichkeiten werden. Die Vorschriften der §§ 270a, 270b InsO enthalten keinen Verweis auf § 55 Abs. 4 InsO. Lediglich in § 270b Abs. 3 InsO wird auf die Sonderregelung des § 55 Abs. 2 InsO verwiesen. Aufgrund der unterschiedlichen rechtlichen Befugnisse und Rechtsstellung von vorläufigem Sach- und Insolvenzverwalter lässt sich die Regelung des § 55 Abs. 4 InsO auch nicht ohne ausdrücklichen Verweis entsprechend anwenden, auch im Hinblick auf das steuerrechtliche Analogieverbot. Insofern ist festzustellen, dass aufgrund einer gesetzgeberischen Regelungslücke Steuerverbindlichkeiten, die im Rahmen der Verfahren nach §§ 270a, 270b InsO begründet werden, nur einfache Insolvenzforderungen darstellen.

Sofern das Finanzamt von der Antragstellung in Kenntnis gesetzt wird und die insolvenzrechtliche Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) anwendbar ist, müssen im Eröffnungsverfahren nach §§ 270a, 270b InsO geleistete Steuerzahlungen im Wege der Insolvenzanfechtung an das Unternehmen zurückgezahlt werden.

Steuerzahlungspflicht im Eröffnungsverfahren nach §§ 270a, 270b InsO

Im Eröffnungsverfahren nach §§ 270a, 270b InsO stellen sich zwei Fragen: zum einen, wen die Steuerzahlungspflicht trifft, zum anderen, ob Steuerzahlungen geleistet werden dürfen.

Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen verbleibt dabei vielmehr beim schuldnerischen Unternehmen bzw. dessen Geschäftsleitung. Der vorläufige Sachwalter hingegen hat nach den gesetzlichen Regelungen keine ausreichenden Befugnisse, die einen Übergang der Steuerzahlungspflichten auf ihn begründen könnten. Die Steuerzahlungspflicht verbleibt somit beim Unternehmen.

Fraglich ist nun noch, ob Steuerzahlungen geleistet werden müssen bzw. dürfen. Während der vorläufigen Eigenverwaltung oder im Schutzschirmverfahren hat das Unternehmen bzw. dessen Geschäftsleitung die Aufgabe der ordnungsgemäßen Unternehmensführung, aber auch besondere insolvenzrechtliche Verpflichtungen zu erfüllen. Dazu gehört insbesondere die Massesicherung und Masserhaltung. Jede Steuerzahlung führt zu einem Abfluss

von Vermögen aus der zu sichernden Masse. Hier ergibt sich für die handelnden Organe ein Spannungsfeld zwischen insolvenzrechtlichen, steuerrechtlichen und letztlich auch strafrechtlichen Pflichten bzw. Haftungsfragen der Geschäftsführung des Unternehmens. Einerseits dürfen Zahlungen auf Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) nicht geleistet werden, da eine strafbare Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB) vorliegen könnte, andererseits sind jedoch grundsätzlich Steuern zu zahlen, sodass u. a. eine Haftung nach §§ 69, 34 AO droht. Eine Auflösung des Konfliktes dieser gegenläufigen Pflichten könnte sich ergeben, wenn Steuerverbindlichkeiten als Masseverbindlichkeiten anzusehen sind. Eine entsprechende eindeutige Regelung hat der Gesetzgeber jedoch in § 55 Abs. 4 InsO (oder den §§ 270 ff. InsO) nicht aufgenommen.

Derzeit kann aufgrund der ungeklärten Rechtslage nur empfohlen werden, Steuern unter ausdrücklichem Hinweis auf die erfolgte Antragstellung bzw. den Beschluss über die vorläufige Eröffnung des Insolvenzverfahrens (in Eigenverwaltung) zu zahlen und die Zahlungen nachträglich im Wege der Anfechtung „zurückzuholen“.

Fazit

Zusammenfassend kann man für die Steuerverbindlichkeiten sowohl in der vorläufigen Eigenverwaltung (§ 270a InsO) als auch im Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO) von einer Regelungslücke des Gesetzgebers sprechen. Derzeit sind in diesem Zeitraum erfolgte Steuerzahlungen ab Eröffnung des Verfahrens an die Insolvenzmasse zurückzugewähren. Dies wurde in der Praxis bereits in mehreren von Buchalik Brömmekamp begleiteten Verfahren erfolgreich gegenüber dem Fiskus geltend gemacht.

Optimale Vorbereitung für einen erfolgreichen Insolvenzplan in Eigenverwaltung

Oliver Maaß, Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung, Düsseldorf
Hartmut Ibershoff, Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung, Düsseldorf

In einem Insolvenzplan ist neben den rechtlichen Spezifikationen aufzuzeigen, wie das Unternehmen wieder nachhaltig überlebensfähig aufgestellt werden kann und die Planverbindlichkeiten befriedigt werden können. Neben der bilanziellen Sanierung (Bereinigung der Passivseite der Bilanz) durch die Insolvenz ist im Regelfall eine umfangreiche operative Sanierung des Unternehmens durchzuführen.

Neuausrichtung des Unternehmens inklusive Maßnahmenmanagement

Um ein Verständnis für die Entwicklung und Situation des Unternehmens zu gewinnen und für Dritte aufzuzeigen, ist eine Analyse der Unternehmensstruktur und der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens vorzunehmen. Zudem sind Markt und Wettbewerb, in dem das Unternehmen agiert, zu untersuchen und die Ursachen zu identifizieren, die das Unternehmen in die Krise geführt haben. Danach sollte in Anlehnung an IDW S 6 ein Leitbild des „sanierten“ Unternehmens entwickelt werden, das die Konturen eines wettbewerbs- und renditefähigen Unternehmens mit Darstellung der operativen Geschäftsfelder, der angestrebten Wettbewerbsposition bzw. -vorteile, der erforderlichen Ressourcen/Fähigkeiten, der langfristigen Zielvorstellungen und Grundstrategien des Unternehmens sowie der Unternehmenskultur enthält. Das Leitbild dient als verlässliche Orientierung für das Handeln der Sanierungsbeteiligten. Um das Unternehmen entsprechend dem definierten Leitbild erfolgreich neu auszurichten, müssen Sanierungsansätze und Maßnahmen zur Beseitigung der Krisenursachen identifiziert werden und es muss aufgezeigt werden, wie die Umsetzung dieser Maßnahmen erfolgen soll. Hierzu sollte ein professionelles Maßnahmenmanagement aufgesetzt werden, in dem die Umsetzung der operativen Restrukturierung und der insolvenzspezifischen Maßnahmen enthalten ist.

Integrierte GuV-, Bilanz- und Finanzplanung

Sowohl für ein Verfahren nach § 270a InsO (vorläufige Eigenverwaltung) oder § 270b InsO (Schutzschirmverfahren) mit anschließender Eigenverwaltung als auch für eine Fortführungslösung in einer Regelinsolvenz dient die integrierte Planrechnung als Basis für die Herleitung der benötigten Vergleichsrechnungen (Liquidation, Asset Deal und Insolvenzplan).

Um die beteiligten Gläubiger für den Insolvenzplan zu gewinnen (Zustimmung der Gläubiger zum Insolvenzplan im Erörterungs- und Abstimmungstermin), müssen die Auswirkungen von Liquidation, Asset Deal und Insolvenzplan unter Berücksichtigung von (Aus-/Absonderungs-)Rechten der Gläubiger analysiert und aufgezeigt werden. Sollte trotz Vorteilhaftigkeit und einer angemessenen Beteiligung am wirtschaftlichen Wert die erforderliche Mehrheit zur Zustimmung (u. a. aus strategischen Überlegungen von Gläubigern) bei einer Gruppe nicht zustande kommen, gilt nach § 245 InsO (Obstruktionsverbot) die Zustimmung für den Insolvenzplan trotz dessen als erteilt, wenn die Angehörigen dieser Gruppe durch den Insolvenzplan voraussichtlich nicht schlechter gestellt werden, als sie ohne Plan stünden und die Mehrheit der abstimmenden Gruppen dem Plan mit den erforderlichen Mehrheiten zugestimmt hat.

Für alle Szenarien müssen im Vorfeld zeitliche Planprämissen festgelegt werden. Eine frühzeitige Szenarienrechnung bietet die Möglichkeit für eine strategisch sinnvolle Bestimmung der zeitlichen Prämissen. Daraus ergibt sich u. a. eine Planbilanz zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, welche die Grundlage für die weiteren Szenarien (Liquidations-, Insolvenzplanrechnung und übertragende Sanierung) bildet.

Im Insolvenzplanverfahren wird mit der integrierten, monatsbasierten GuV-, Bilanz- und Finanzplanung für das laufende und mindestens zwei Folgejahre die Umsetzbarkeit und Tragfähigkeit des Insolvenzplanes geprüft und nachgewiesen („Planverprobungsrechnung“). Die Effekte aus der Umsetzung der Maßnahmen sind entsprechend ihrer Wirkungen sukzessive zu berücksichtigen. Für den Insolvenzplan enthält die integrierte GuV-, Bilanz- und Finanzplanung auch insolvenzspezifische Besonderheiten (Insolvenzgeld und dessen Vorfinanzierung, Effekte aus Anfechtungstatbeständen, Verfahrenskosten und Planverbindlichkeiten). Es wird aufgezeigt, wie das plansanierte Unternehmen nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens neu aufgestellt sein wird.

Bei Anwendung einer Monte-Carlo-Simulation können zudem die Erfolgswahrscheinlichkeit und kritische Punkte des Insolvenzplanes ermittelt und den Entscheidungsträgern aufgezeigt werden. So wurde z. B. in einem Fall aufgezeigt, dass aus saisonalen Gründen und der zunächst vorgesehenen Rückführung der Planverbindlichkeiten das Risiko nach 13–15 Monaten am höchsten war und dann deutlich gesunken ist. Durch Anpassung der Zahlungsstruktur bei den Planverbindlichkeiten konnte das Ausfallrisiko deutlich reduziert und so die Zustimmung der Beteiligten gewonnen werden.

Bedeutung des Prepackaged-Planes für den Erfolg des Insolvenzplanes

Es ist für den Erfolg eines Insolvenzplanes entscheidend, dass möglichst zeitnah ein Sanierungskonzept vorliegt, welches die betriebswirtschaftlichen Potenziale und Maßnahmen des betroffenen Unternehmens aufzeigt. Hieraus lassen sich mithilfe eines integrierten Planungstools die notwendigen Szenarien im Rahmen einer Insolvenz ableiten. Im Idealfall wird – auch wenn mit dem ESUG dem Unternehmen Zeit für die operative und strategische Neuausrichtung gegeben werden soll – bereits mit Antragstellung ein vorläufiger Insolvenzplan (Prepackaged-Plan) mit dem Sanierungskonzept eingereicht. Diese Unterlagen werden u. a. verwendet, um den Verfahrensbeteiligten eine erste Vorstellung vom Sanierungsverlauf zu geben und diese von der Fortführung des Unternehmens zu überzeugen. Es gibt eine Vielzahl von Beteiligten:

- Gesellschafter, Geschäftsführung
- Gericht, (vorläufiger) Sachwalter
- Gläubiger, (vorläufiger) Gläubigerausschuss
- Finanzierer, Factoringgesellschaft, Kreditinstitute
- Kunden, Lieferanten
- Arbeitnehmer
- Agentur für Arbeit, Pensions-Sicherungs-Verein, Finanzamt, Kommune und Öffentlichkeit

Einerseits hängt der Erfolg der Sanierung von deren Mitwirkung (zumindest aber positiver Begleitung) ab, andererseits verfolgen sie teilweise unterschiedliche oder konträre Interessen.

Mit dieser Vorgehensweise wird verdeutlicht, dass sich die – idealerweise um einen insolvenzerfahrenen CRO (Chief Restructuring Officer) ergänzte – Geschäftsführung frühzeitig und ernsthaft mit der Plansanierung des Unternehmens beschäftigt hat. Veränderungsbereitschaft und -wille werden dokumentiert. Es erleichtert zudem der Geschäftsleitung

(und Vertrieb und Einkauf), die mit Antragstellung notwendige Überzeugungsarbeit bei den zuvor genannten Stakeholdern zu leisten, deren weitere Geschäftsbeziehung zum Unternehmen überlebenswichtig ist.

Voraussetzung für die Einleitung eines Schutzschirmverfahrens (§ 270b InsO) ist die Vorlage einer Bescheinigung, die aufzeigen muss, dass keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und eine Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist (siehe dazu den Beitrag auf S. 27). Mit der Vorlage eines der o. g. Struktur entsprechenden, qualifiziert erstellten Sanierungsgutachtens (in Anlehnung an IDW S 6) kann dieser Nachweis erfolgen. Es sollte deutlich über die in IDW ES 9 aufgestellten Anforderungen eines lediglich plausibilisierten Grobkonzeptes hinausgehen.

Erfolgsfaktor Vorbereitung

Nur mit einer optimalen Vorbereitung können frühzeitig die richtigen Maßnahmen identifiziert und teilweise bereits vor Antragstellung eingeleitet werden. Mit einer integrierten, monatsbasierten GuV-, Bilanz- und Finanzplanung wird die Umsetzbarkeit und Tragfähigkeit des Insolvenzplanes geprüft und nachgewiesen. Die am Verfahren Beteiligten sind frühzeitig (mit Antragstellung) über den vorgesehenen Verlauf der Sanierung zu informieren und mit einem Sanierungskonzept, das die Besonderheiten der Insolvenz berücksichtigt, zu überzeugen.

Endlich Klarheit – nur der Schuldner darf Masseverbindlichkeiten begründen!

RA Alfred Kraus, Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater, Düsseldorf

Die Frage, ob der eigenverwaltende Schuldner im Verfahren nach § 270a InsO vom Gericht ermächtigt werden kann, einzelne im Voraus festgelegte Masseverbindlichkeiten zulasten der späteren Insolvenzmasse zu begründen, war bislang umstritten. Für Klarheit sorgt nun der Beschluss des Landgerichtes Duisburg vom 29.11.2012 (Az.7 T 185/12).

1. Bisherige Standpunkte der Rechtsprechung

Das Amtsgericht Fulda (Beschl. v. 28.03.2012 – 91 IN 9/12) hat schon sehr frühzeitig nach Inkrafttreten des ESUG entschieden, dass es im Verfahren nach § 270a InsO keine Rechtsgrundlage gebe, den Schuldner mit der Rechtsmacht auszustatten, Masseverbindlichkeiten zu begründen. Diese Entscheidung verkennt, dass ohne die Kompetenz der Begründung von Masseverbindlichkeiten jede Betriebsfortführung im Insolvenzeröffnungsverfahren faktisch unmöglich ist.

Schwieriger dagegen ist die Frage zu beantworten, wer als Adressat einer entsprechenden erforderlichen Einzelermächtigung im Verfahren nach § 270a InsO anzusehen ist. Während die überwiegende Zahl der bislang ergangenen erstinstanzlichen Entscheidungen eine solche Ermächtigung des Schuldners bejaht (AG Köln, Beschl. v. 26.03.2012 – 73 IN 125/12; AG München, Beschl. v. 27.06.2012 – 1506 IN 1851/12), versagt das Amtsgericht Hamburg (Beschl. v. 04.04.2012 – 67g IN 74/12) diese. In der Praxis ist festzustellen, dass diese Entscheidung des Amtsgerichtes Hamburg, wonach im Verfahren nach § 270a InsO nur eine Ermächtigung des vorläufigen Sachwalters zur Begründung von Masseverbindlichen zulässig sei, bis vor Kurzem nicht nur bei den beteiligten (vermeintlichen) Massegläubigern zu erheblicher Rechtsunsicherheit beigetragen hat. Auch Insolvenzrichter taten sich regelmäßig schwer, wie sie die Entscheidung des Amtsgerichtes Hamburg einordnen sollten. Da es sich bei den aufgeführten Entscheidungen allesamt nur um erstinstanzliche Entscheidungen handelt, konnte bislang nicht ausgeschlossen werden, dass sich ein Insolvenzrichter der Rechtsmeinung des Amtsgerichtes Hamburg anschloss. So geschah es in einem Fall im Zuständigkeitsbereich des Amtsgerichtes Duisburg.

2. Zugrunde liegender Sachverhalt und Position des Amtsgerichtes Duisburg

Die Schuldnerin, ein Unternehmen aus dem Baugewerbe mit derzeit 90 Mitarbeitern, beantragte am 31.10.2012 vor dem

Amtsgericht Duisburg u. a. die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen wegen drohender Zahlungsunfähigkeit und gleichzeitig die Anordnung der Eigenverwaltung. Weiterhin stellte die Schuldnerin den Antrag, dass die Schuldnerin bis zur Eröffnungsentscheidung vom Gericht ermächtigt wird, Masseverbindlichkeiten aus im Antrag beschriebenen Bereichen zulasten der späteren Insolvenzmasse zu begründen. Hierzu hatte die Schuldnerin dem Insolvenzantrag eine konkrete Auflistung der einzugehenden Masseverbindlichkeiten (aufgeschlüsselt nach Lieferanten, Vertragsgegenstand und monatlicher Ausgabenhöhe) beigefügt. Außerdem wurde von der Schuldnerin dargelegt, weshalb die Eingehung dieser Verbindlichkeiten zur Sicherung der Betriebsfortführung erforderlich sei.

Das Amtsgericht Duisburg bestimmte mit Beschluss vom 06.11.2012 (Az. 62 IN 178/12), dass nicht – wie beantragt – der Schuldnerin, sondern dem vorläufigen Sachwalter für die Eingehung der beantragten Verbindlichkeiten die entsprechende Massebegründungskompetenz eingeräumt werde.

Gegen diese Entscheidung legte die Schuldnerin form- und fristgerecht die sofortige Beschwerde gemäß §§ 6 Abs. 1 S. 1, 21 Abs. 1 S. 2 InsO ein. Nachdem der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen wurde, wurde die Akte dem Landgericht Duisburg zur Entscheidung vorgelegt.

3. Die neue Entscheidung des Landgerichtes Duisburg vom 29.11.2012 (Az. 7 T 185/12)

Erfreulicherweise fällte das Landgericht Duisburg als Beschwerdegericht sehr schnell am 29.11.2012 eine Entscheidung in dieser Angelegenheit, und der sofortigen Beschwerde der Schuldnerin wurde kurzerhand vollumfänglich stattgegeben, indem es den ergangenen Beschluss des Amtsgerichtes Duisburg dahingehend abänderte, dass die eigenverwaltende Schuldnerin ab sofort ermächtigt wird, nun in persona die beantragten Einzelermächtigungen zu begründen. Als maß-

geblichen Grund hierfür führt das Landgericht Duisburg an, dass diese Lösung sowohl der gesetzlichen Systematik als auch dem Sinn und Zweck der durch das ESUG reformierten Vorschriften über die Eigenverwaltung entspreche.

Zugleich stellte das Landgericht Duisburg in dieser für die Praxis sehr bedeutsamen Entscheidung klar, dass ein Erfordernis zur Begründung einzelner, im Voraus festgelegter Verbindlichkeiten zulasten der späteren Insolvenzmasse – entgegen dem Amtsgericht Fulda – auch dann anzuerkennen sei, wenn in einem Eröffnungsverfahren gemäß § 270a Abs. 1 InsO anstelle des vorläufigen Insolvenzverwalters ein vorläufiger Sachwalter bestellt wird. Denn das Erfordernis zur Begründung von Masseverbindlichkeiten in einem Eröffnungsverfahren nach § 270a InsO sei zur Fortführung eines Geschäftsbetriebes unabweisbar. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass das Vertrauen der Geschäftspartner in die Geschäftsleitung des Schuldners und deren Sanierungskonzept beeinträchtigt und damit faktisch eine Vorentscheidung gegen die Anordnung der Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren getroffen wird.

4. Bewertung und praktische Konsequenzen

Die Ausgangsentscheidung des Amtsgerichtes Duisburg führte dazu, dass die Schuldnerin nicht mehr als selbstständig handelndes Unternehmen am Markt auftreten konnte. Dadurch entstand bei den Kunden und Lieferanten der Schuldnerin außerdem der Eindruck, sie könne die momentane Krise aus eigener Kraft nicht überwinden. Die Sanierungsaussichten wurden dadurch erheblich beeinträchtigt. Mit der nun vorliegenden obergerichtlichen Entscheidung des Landgerichtes Duisburg gehören solche Fälle hoffentlich der Vergangenheit an. Nur aufgrund der schnellen, innerhalb von wenigen Tagen erfolgten Entscheidung des Beschwerdegerichtes war es der Schuldnerin in dem geschilderten Fall noch mehrere Wochen bis zur Verfahrenseröffnung möglich, die ihr vom Gesetzgeber im Verfahren nach § 270a InsO zugewiesene alleinige rechtliche Verfügungsbefugnis über ihr Vermögen wieder alleine auszuüben.

Der Entscheidung des Landgerichtes Duisburg ist vollumfänglich zuzustimmen:

Denn ohne eine Möglichkeit, Verpflichtungen zulasten der späteren Insolvenzmasse einzugehen, können Lieferbeziehungen und sonstige Vertragsverhältnisse, die für eine Sanierung des Unternehmens zwingend notwendig sind, nicht begründet oder aufrechterhalten werden. Ausreichende Mittel, alle Lieferungen gegen Vorkasse zu zahlen, dürften bei einem zahlungsunfähigen Unternehmen kaum vorhanden

sein. Damit einhergehende Lieferstopps seitens der Lieferanten und Produktionsverzögerungen aufseiten des Insolvenzschuldners wären unvermeidbar. Demzufolge ist die Begründung von Masseverbindlichkeiten im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren gemäß § 270a InsO elementar. Diesen Punkt hat das Landgericht Duisburg ausdrücklich bestätigt.

Wenn eine vorläufige Eigenverwaltung gemäß § 270a InsO bejaht wird, dann steht die gleichzeitige Verlagerung der Begründung von Masseverbindlichkeiten auf einen Dritten dazu in einem unauflösbaren Widerspruch. Dies hat das LG Duisburg nun abschließend klargestellt.

Fazit

Die Entscheidung des Landgerichtes Duisburg vom 29.11.2012 bringt enorme Rechtssicherheit im Hinblick auf die Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den eigenverwaltenden Schuldner im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren gemäß § 270a InsO.

Sie gewährleistet, dass der eigenverwaltende Schuldner vom ersten Tag der Insolvenzantragstellung an die im Verfahren nach § 270a InsO notwendigen Masseverbindlichkeiten begründen kann. Insoweit ist die Entscheidung des Landgerichtes Duisburg als Meilenstein hin zu einer neuen Sanierungskultur und zur Herstellung des Vertrauens im Geschäftsverkehr anzusehen.

Strebt der Schuldner ein Insolvenzeröffnungsverfahren nach § 270a InsO an, dann sollte er bereits im Rahmen der Insolvenzantragstellung einen weiteren Antrag zur Begründung einzelner, im Voraus festgelegter Verbindlichkeiten zulasten der späteren Insolvenzmasse stellen, um eine nahtlose Betriebsfortführung im Insolvenzeröffnungsverfahren sicherzustellen.

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH gilt es, dabei zwingend folgende Punkte zu beachten, die dem Gericht vorzutragen sind: Namen der benötigten Lieferanten und Dienstleister, Kurzbeschreibung des jeweiligen Vertragsgegenstandes (z. B. Lieferung von Gas), prognostizierte monatliche Ausgabenhöhe sowie Darlegung zur Deckung der zu begründenden Verbindlichkeiten bei Fälligkeit (z. B. Beifügung eines Liquiditätsplanes).

Der „unechte“ Massekredit nach ESUG

RA Daniel Trowski, Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater, Düsseldorf

RA Ralf Schreiber, Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater, Düsseldorf

Das ESUG hat durch die mit seiner Einführung nunmehr vermehrt vorkommenden Fälle der (vorläufigen) Eigenverwaltung und des Schutzschirmverfahrens einen direkten Einfluss auf die Art und Häufigkeit der Vergabe von Massekrediten. War in der Vergangenheit in den meisten Fällen der (vorläufige) Insolvenzverwalter mit Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Insolvenzschuldners Partei der Massekreditvereinbarung, so ist es nach der Einführung des ESUG der Schuldner selbst, unter Umständen unter Mitwirkung des (vorläufigen) Sachwalters.

Im Folgenden soll erörtert werden, was

- einen „unechten“ Massekredit im Unterschied zu einem „echten“ Massekredit ausmacht,
- wie sich der Umstand, dass nunmehr der Schuldner selbst und nicht mehr der (vorläufige) Insolvenzverwalter handelt, auf die Gestaltung von Massekreditvereinbarungen auswirkt und
- welche Vorteile sich aus der Vergabe eines „unechten“ Massekredites, insbesondere in Abgrenzung zum „echten“ Massekredit, für die Banken ergeben.

1. Ausgangssituation

Durch die Zielsetzung des ESUG, grundsätzlich eine Sanierung des in der Krise befindlichen Unternehmens herbeizuführen, benötigt dieses Unternehmen im Rahmen des Insolvenzeröffnungsverfahrens für den schwierigen Weg der wirtschaftlichen Gesundung und zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes Liquidität. Da aber spätestens bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens die (absonderungsberechtigten) Gläubiger – sei es durch Kündigung offener Betriebsmittellinien und/oder durch Widerruf der im Sicherheitenvertrag geregelten Einziehungsbefugnis der als Sicherheit dienenden Forderungsabtretungen gegenüber Dritten (Globalzessionsverträge) – das Unternehmen von der Liquiditätszufuhr abschneiden, muss zusammen mit den Banken ein Weg gefunden werden, frische Liquidität für die Fortführung des Betriebes zu generieren.

In Abgrenzung zum Massekostenvorschuss der Gläubiger, welcher der Finanzierung des Insolvenzverfahrens dient, ist der Massekredit dazu bestimmt, den Insolvenzschuldner im Insolvenzeröffnungsverfahren zu finanzieren.

2. Abgrenzung zwischen dem „echten“ und dem „unechten“ Massekredit

Massekredite kommen in der Praxis als „echte“ und „unechte“ Massekredite vor, die sich trotz der Namensähnlichkeit sowohl in ihrer rechtlichen Ausgestaltung als auch ihrer Risikoeinwertung aus Bankensicht wesentlich unterscheiden.

2.1 „Echter“ Massekredit

Bei diesem handelt es sich letztlich um ein übliches Gelddarlehen gemäß §§ 488 ff. BGB, welches in Form neuer Liquidität – bspw. in Form eines Kontokorrentkredites unter Einräumung eines befristeten Kreditlimits – von der Bank obligo- und risikohöhernd vergeben wird. Eine werthaltige Besicherung scheidet in den meisten Fällen deshalb aus, da im Vorfeld der Krise diese schon von den Banken zur Besicherung ausstehender Darlehen belastet wurden. Mithin ist der „echte“ Massekredit in der Praxis selten und beschränkt auf die Fälle, in denen entweder die Sicherheiten unter den Banken gepoolt wurden und der „echte“ Massekredit als Konsortialdarlehen unter Beteiligung aller Banken gewährt wird oder eine Bank der wesentliche Finanzier des Insolvenzschuldners ist und die werthaltigen Sicherheiten im Wesentlichen bei ihr liegen.

2.2 „Unechter“ Massekredit

Bei dem „unechten“ Massekredit wird es dem Insolvenzschuldner unter zustimmender Kenntnisnahme des vorläufigen Sachwalters gestattet, bereits im Insolvenzeröffnungsverfahren fällige Erlöse aus Sicherheiten – z. B. aus einer Globalzession zugunsten der Bank – vorläufig als Betriebsmittel für die Unternehmensfortführung zu verwenden. Zur Einziehung der Forderungen ist der Insolvenzschuldner meist durch die Ermächtigung des Insolvenzgerichtes bei der Beschlussfassung über die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen gem. § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO berechtigt, d. h., der Schuldner kann mit zustimmender Kenntnis des vorläufigen Sachwalters die den Globalzessionsverträgen der Bank unterfallenden Forderungen zunächst selbst einziehen und zur Fortführung des Unternehmens einsetzen. Jedoch haben bei einer Anordnung gemäß § 21 Abs. 2, Satz 1, Nr. 5 InsO der Schuldner und der vorläufige Sachwalter weiterhin die Zession des jeweiligen Gläubigers zu respektieren und sie sollten wegen der eingezogenen Forderungen und deren Verwendung eine Vereinbarung mit dem Gläubiger treffen (Vereinbarung „unechter“ Massekredit oder Vereinbarung über die Kreditierung der bereits eingezogenen Sicherheitenerlöse). Bei einem „unechten“ Massekredit wird also nicht „neues Geld“ von der Bank zur Verfügung gestellt, sondern es wird – bspw.

aus der Globalzession – eine neue Einziehungsberechtigung (die bestehende wurde meist durch die Banken widerrufen) begründet oder im eröffneten Verfahren die Auskehrung des Sicherheitenerlöses kreditiert. Die Höhe des „unechten“ Massekredites ergibt sich aus der tatsächlichen Realisierungsquote der als Sicherheiten dienenden Forderungen, kann aber nach oben hin auf einen maximalen Betrag begrenzt werden.

3. Begründung von Masseverbindlichkeiten

Bei der Vereinbarung eines „unechten“ Massekredites ist es für die kreditierende Bank wesentlich, dass Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 InsO begründet werden. Kann eine Masseverbindlichkeit nicht begründet werden, besteht die Möglichkeit, dass die beteiligten Parteien des „unechten“ Massekredites unter Zustimmung des vorläufigen Sachwalters vereinbaren, dass durch die im Rahmen der weiterhin bestehenden Globalzession abgetretenen „Neuforderungen“, die im Rahmen des fortgeführten Geschäftsbetriebes entstehen, auch weiterhin zur Absicherung der Kreditierung der Sicherheitenerlöse im Rahmen des „unechten“ Massekredites dienen. Bei dieser Konstellation ist darauf zu achten, dass der (vorläufige) Sachwalter bereits im eröffneten Verfahren auf eine eventuelle Anfechtung der entstandenen Neuforderungen verzichtet. Ob überhaupt Masseverbindlichkeiten begründet werden können, ist maßgeblich davon abhängig, ob sich die Parteien im Verfahren vor oder nach Insolvenzeröffnung befinden und mit welchen Befugnissen der Insolvenzschuldner als Kreditnehmer bzw. der (vorläufige) Sachwalter ausgestattet ist.

3.1 Insolvenzeröffnungsverfahren

Im Insolvenzeröffnungsverfahren ergibt sich die Berechtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten aus § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO. Berechtigt zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ist somit der vorläufige (starke) Insolvenzverwalter. Der (schwache) vorläufige Insolvenzverwalter kann nur dann Masseverbindlichkeiten begründen, soweit er durch einen entsprechenden Beschluss des Insolvenzgerichtes zum Abschluss von Darlehensverträgen und der Bestellung von Sicherheiten konkret ermächtigt wurde. Im Falle der Bestellung eines vorläufigen Sachwalters ergibt sich die Kompetenz zur Begründung von Masseverbindlichkeiten des Schuldners beim Schutzschirmverfahren direkt aus § 270b Abs. 3 InsO. Im Rahmen des vorläufigen Eigenverwaltungsverfahrens gemäß § 270a InsO sorgt zwischenzeitlich der Beschluss des Landgerichtes Duisburg vom 29.11.2012 (vgl. hierzu den Beitrag auf S. 14) für Klarheit, wonach der eigenverwaltende Schuldner einzelne im Voraus festgelegte Verbindlichkeiten zulasten der späteren Insolvenzmasse begründen darf.

3.2 Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Im eröffneten Insolvenzverfahren regelt § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Ermächtigung zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten

für den Insolvenzverwalter. Für den Schuldner in der Eigenverwaltung kommt diese Norm über § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO entsprechend zur Anwendung. In diesem Zusammenhang ist im Rahmen der Beschlüsse des Gerichtes zu überprüfen, ob die Norm des § 277 InsO („Anordnung der Zustimmungsbedürftigkeit“) Anwendung findet, da diese anders als § 275 InsO direkte Auswirkung auf die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften hat, die ohne Zustimmung des Sachwalters abgeschlossen wurden.

4. Vorteile des „unechten“ Massekredites aus Sicht der Banken

Für die Banken hat der „unechte“ Massekredit, insbesondere in Abgrenzung zum „echten“ Massekredit, entscheidende Vorteile:

- Es kommt aufseiten der Bank, anders als bei einer Neukreditgewährung, zu keiner Erhöhung des Obligos.
- Da das bestehende Obligo nicht erhöht wird, vielmehr allein über Sicherheiten und deren Erlöse verfügt wird, ist aus Risikosicht der Bank die Entscheidung für diese Maßnahme einfacher zu vertreten, als wenn neue Liquidität zur Verfügung gestellt würde.
- Bei dem Rückzahlungsanspruch handelt es sich um eine Masseverbindlichkeit im Sinne des § 55 InsO.
- Soweit keine Masseverbindlichkeit begründet wird, erfolgt eine Absicherung des „unechten“ Massekredites durch die Einbeziehung der entstehenden Neuforderungen unter den bereits abgeschlossenen Globalzessionsvertrag mit Zustimmung des Sachwalters oder durch entsprechende Regelungen in einem zu erstellenden Insolvenzplan, in der der „unechte“ Massekredit dann in der Gruppe der besicherten Gläubiger mit einer 100%igen Befriedigungsregelung aufgenommen wird.
- Geringe Veränderung der Risikoposition, die darin besteht, dass entweder die Masse nicht ausreicht, um die Masseverbindlichkeit zu decken und neu abgetretene Forderungen, auf deren Anfechtung der Insolvenzverwalter/Sachwalter verzichtet hat, den offenen Restbetrag nicht abdecken.
- Die Liquidität führt zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes.
- Die zeitraubende Diskussion über Wirksamkeit, Umfang und Werthaltigkeit der Sicherheiten wird zu diesem Zeitpunkt vermieden.

Es lässt sich festhalten, dass der „unechte“ Massekredit in den Fällen, in denen ein „echter“ Massekredit z. B. mangels werthaltiger Sicherstellung nicht darstellbar ist, ein aus Risikosicht der Banken vertretbarer Beitrag für die Fortführung eines Unternehmens darstellt, bei welchem im Rahmen seiner rechtlichen Ausgestaltung die wesentlichen Belange der Banken berücksichtigt werden können und der mithin einen wesentlichen Beitrag zur Sanierung des betroffenen Unternehmens bildet.

Insolvenzgeld und dessen Vorfinanzierung

RA Alfred Kraus, Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater, Düsseldorf

Das Insolvenzgeld (§§ 165 ff. SGB III) sichert den Arbeitsentgeltanspruch der Arbeitnehmer für die letzten dem Insolvenzereignis vorausgehenden drei Monate des Arbeitsverhältnisses. Die Bundesagentur für Arbeit hat zwischenzeitlich in ihren aktualisierten Durchführungsanweisungen klargestellt, dass auch im Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO) die Gewährung von Insolvenzgeld bzw. dessen Vorfinanzierung möglich ist. Die in der Insolvenzpraxis aufgekommene Frage, ob § 55 Abs. 3 InsO im Schutzschirmverfahren anwendbar sei, hat sich vor Kurzem geklärt.

Insolvenzereignis

Das Vorliegen eines Insolvenzereignisses ist die Voraussetzung für den Anspruch auf Insolvenzgeld. Als Insolvenzereignis gilt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III) oder die Abweisung des Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse (§ 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB III).

Insolvenzgeldvorfinanzierung

Da das Insolvenzgeld erst nach dem Insolvenzereignis für den geschützten Zeitraum (vor Eröffnung) ausgezahlt wird, ist es erforderlich, diese Phase zu überbrücken. Hier setzt die Insolvenzgeldvorfinanzierung an. Sie schließt die Zeitspanne zwischen tatsächlicher Arbeitsleistung im Eröffnungsverfahren und der Auszahlung des Insolvenzgeldes durch die Agentur für Arbeit. Die Insolvenzgeldvorfinanzierung ist damit ein wichtiges Instrument für die Betriebsfortführung.

Die Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes kann in der Weise erfolgen, dass eine Bank dem vorläufigen Insolvenzverwalter ein Massedarlehen zur Bezahlung der Nettovergütungen aller Arbeitnehmer gewährt (kollektive Vorfinanzierung) und die Arbeitnehmer im Gegenzug ihre Insolvenzgeldansprüche an die Bank zur Rückführung des Darlehens abtreten. Alternativ und sicherer wird mit Forderungsverkäufen gearbeitet. Die Arbeitnehmer verkaufen hierbei ihre Insolvenzgeldforderungen zum Preis ihrer Nettolöhne an eine Bank.

Die kollektive Abtretung der Insolvenzgeldansprüche bedarf gemäß § 170 Abs. 4 SGB III der Zustimmung der Agentur für Arbeit. Die Agentur für Arbeit erteilt die Zustimmung, wenn mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein erheblicher Teil der Arbeitsplätze dauerhaft 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.

Insolvenzgeldvorfinanzierung im Schutzschirmverfahren

Die Vorteile des Schutzschirmverfahrens wären stark eingeschränkt, wenn in diesem Verfahren kein Insolvenzgeld zur Verfügung stünde. Diesbezüglich hat die Bundesagentur für Arbeit sehr frühzeitig für Klarheit gesorgt und zum April 2012 ihre Durchführungsanweisungen zum Insolvenzgeld zu Ziff. 3.2 Abs. 2 zu § 170 SGB III wie folgt ergänzt:

„Die Vorfinanzierung von Arbeitsentgeltansprüchen nach § 170 Abs. 4 SGB III ist grundsätzlich auch während eines Schutzschirmverfahrens (§ 270b InsO) möglich, sobald das Gericht eine entsprechende Anordnung nach § 270b Abs. 1 InsO getroffen hat. Die Gewährung von Insolvenzgeld hängt auch in diesem Fall vom Eintritt eines Insolvenzereignisses ab (vgl. § 270b Abs. 4 InsO). Kommt es daher zu einer Sanierung des Unternehmens, ohne dass das Gericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens anordnet oder den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse ablehnt, scheidet die Gewährung von Insolvenzgeld aus.“

Anwendbarkeit des § 55 Abs. 3 InsO im Schutzschirmverfahren?

Da § 270b Abs. 3 Satz 2 InsO explizit nur auf die entsprechende Geltung des § 55 Abs. 2 InsO verweist, ist in der Insolvenzpraxis – insbesondere bei den das Insolvenzgeld vorfinanzierenden Banken – die Frage aufgekommen, ob die Norm des § 55 Abs. 3 InsO im Schutzschirmverfahren anwendbar sei.

Aus § 55 Abs. 3 InsO geht hervor, dass Ansprüche der Bundesagentur für Arbeit wegen der Zahlung von Insol-

venzgeld immer Insolvenzforderungen sind, insbesondere also auch, wenn ein starker vorläufiger Verwalter die Arbeitsleistung in Anspruch genommen hat. Nichts anderes kann für das Schutzschirmverfahren gelten (Erst-Recht-Schluss).

Da § 55 Abs. 3 InsO bei den allgemeinen Vorschriften steht, findet er immer Anwendung, wenn er nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird. Einen dogmatischen Streit über die Anwendbarkeit des § 55 Abs. 3 InsO im Schutzschirmverfahren kann es damit eigentlich nicht geben.

Nichtsdestotrotz verlangen einige kreditierende Banken in ihren Rahmenvereinbarungen zur Insolvenzgeldvorfinanzierung, dass *„es sich bei den angekauften Nettoarbeitsentgelten um Masseforderungen handeln muss und die Insolvenzschuldnerin vor Durchführung der Ankäufe daher einen Beschluss des zuständigen Amtsgerichtes vorzulegen hat, nach dem die zum Ankauf vorgesehenen Nettoarbeitsentgelte Masseforderungen sind“*. Bei einer solchen Handhabung wäre das als Sanierungsinstrument so hervorragend geeignete Schutzschirmverfahren faktisch „tot“ – mit enormen haftungsrechtlichen Risiken für alle Beteiligten.

In Einzelfällen versucht man sich in der Praxis damit zu behelfen, dass man in die Rahmenvereinbarung zur Insolvenzgeldvorfinanzierung eine dahingehende Regelung aufnimmt, *„dass § 55 Abs. 3 InsO zur Anwendung kommt“*.

Um keine Haftungsrisiken einzugehen, stellen einige vorfinanzierende Kreditinstitute in ihren Rahmenvereinbarungen rein vorsorglich klar, *„dass bei Zahlung des Insolvenzgeldes durch die Bundesagentur für Arbeit die von der Bank angekauften Nettoarbeitsentgelte inkl. der für diese Ansprüche gestellten Sicherheiten auf die Bundesagentur übergehen. Angesichts dessen, dass § 270b Abs. 3 InsO nicht auf § 55 Abs. 3 InsO verweist möglicherweise auch als Masseforderung. Die Bank haftet nicht für die damit einhergehende Belastung der Insolvenzmasse“*.

Die Bundesagentur für Arbeit hat am 16.07.2012 auf eine von Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte Steuerberater veranlasste Anfrage zu der aufgekommenen Diskussion bzgl. der Anwendbarkeit des § 55 Abs. 3 InsO im Schutzschirmverfahren mitgeteilt, dass sie unter Berücksichtigung der Zielrichtung des Schutzschirmverfahrens (BT-Drucks. 17/5712, S. 40 f.) sowie der Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 26.10.2011 (BT-Drucks. 17/7511, S. 50) folgende Position vertritt:

„Nach § 270b Abs. 3 Satz 2 InsO gelten vom eigenverwaltenden Schuldner im Schutzschirmverfahren eingegangene Verbindlichkeiten als nach § 55 Abs. 2 InsO begründete Verbindlichkeiten. Dies führt zu einer direkten Anwendbarkeit des § 55 Abs. 3 InsO auf diese Fallgestaltung. Die Bundesagentur kann – unabhängig davon, ob ein eigenverwaltender Schuldner während des Schutzschirmverfahrens oder ein vorläufiger Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung der Beschäftigten in Anspruch nimmt – gem. § 169 SGB III übergegangene Arbeitsentgeltansprüche nur als Insolvenzforderungen geltend machen. Ihren Hinweis, in der Insolvenzpraxis bestehe Unsicherheit hinsichtlich einer Anwendbarkeit des § 55 Abs. 3 InsO im Schutzschirmverfahren, haben wir zum Anlass genommen, unsere Position mit den zuständigen Bundesministerien abzustimmen (...). Sowohl das BMAS als auch das BMJ teilen die o. g. Position der Bundesagentur für Arbeit.“

Fazit

Durch das Insolvenzgeld bzw. dessen Vorfinanzierung hat der Gesetzgeber ein wirksames Mittel zur Liquiditätsschöpfung geschaffen, dessen Sinn und Zweck die Absicherung der Betriebsfortführung in der Insolvenz ist.

Diese Mittel stehen auch im Schutzschirmverfahren zur Verfügung, ohne dass dabei Masseverbindlichkeiten ausgelöst werden. Der § 55 Abs. 3 InsO ist dort direkt anwendbar.

Die Haftung des Sanierungsgeschäftsführers im Schutzschirmverfahren

RA Dr. Utz Brömmekamp, Partner der Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater, Düsseldorf/Frankfurt
RAin Katrin Schröder Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater, Düsseldorf

Kommt ein Schuldnerunternehmen in eine eher durch Markteinflüsse verschuldete Krise, werden Gläubiger wie Gesellschafter, wenn bereits ein nicht offensichtlich aussichtsloses Sanierungskonzept vorliegt, eine Betriebsfortführung durch die bisherige Geschäftsführung im Rahmen eines sog. Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO zum Zweck der Erstellung eines Insolvenzplanes befürworten. Was für den Geschäftsführer und den ihn unterstützenden Sanierungsberater zunächst als Ausdruck großen Vertrauens gewertet werden kann und muss, birgt erhebliche Haftungsrisiken im Hinblick auf liquiditätsverzehrende Maßnahmen.

1. Zentrale gesellschaftsrechtliche Haftungsnormen

Eine Haftung nach den insolvenzrechtlichen Tatbeständen scheidet zwar aus. Diese richten sich gegen die Schuldnerin, nicht gegen den Geschäftsführer als deren gesetzlichen Vertreter. Den Gläubigern gegenüber ist die Schuldnerin – in der Terminologie der „Amtstheorie“ gesprochen – als Eigenverwalter verantwortlich. Der Geschäftsführer haftet jedoch der Schuldnerin im Innenverhältnis für ein etwaiges Fehlverhalten auf Schadensersatz nach den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen, welche mangels anderweitiger Regelung auch im Schutzschirmverfahren grundsätzlich weiter Anwendung finden.

Zentrale gesellschaftsrechtliche Haftungsnormen sind für Zahlungen, die unmittelbar zu einer Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin führen, § 64 S. 1 GmbHG (bei der AG: § 92 Abs. 2 AktG), und für sonstige Maßnahmen, die das Schuldnerunternehmen kurzfristig weiter in die Verlustzone bringen werden, § 43 Abs. 2 GmbHG (bei einer AG: § 93 AktG). Da die aktienrechtlichen Regelungen nahezu wortgleich mit den Regelungen im GmbHG sind, werden nachfolgend zur Vereinfachung nur Ausführungen zu den maßgeblichen Haftungsnormen im GmbHG gemacht und, nur soweit erforderlich, auf Besonderheiten im AktG hingewiesen.

2. Anwendbarkeit von § 64 S. 1 GmbHG im Schutzschirmverfahren

Gemäß § 64 S. 1 GmbHG ist es einem Geschäftsführer ab Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. Feststellung der Überschuldung untersagt, Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen zu erbringen. Verletzt er diese Pflicht, so haftet er der Schuldnerin persönlich und unbeschränkt auf Ersatz der vorgenommenen Zahlungen, es sei denn, die betreffende Zahlung war mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vereinbar. Eine gleichlautende Regelung enthält § 92 Abs. 2 AktG für den Vorstand einer AG.

a) Meinungsstreit

Fraglich ist, ob diese lex specialis zu § 43 GmbHG auf Zahlungen im Schutzschirmverfahren Anwendung findet. Der Gesetzgeber erklärt sich hierzu leider weder in der InsO noch in den Gesetzesmaterialien. Da mit dem Antrag auf Eröffnung eines Schutzschirmverfahrens zwingend auch der Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens verbunden sein muss, kann man hier argumentieren, dass der Schutzzweck des § 64 S. 1 GmbHG, das Anhalten der Geschäftsführung, möglichst frühzeitig einen Insolvenzantrag zu stellen, bereits erreicht und damit der Anwendungsbereich dieser Norm teleologisch zu reduzieren ist. Genausogut kann man aber auch sagen, dass ohne Anwendung des § 64 S. 1 GmbHG im Schutzschirmverfahren eine Verletzung der Anzeigepflicht nach § 270b Abs. 4 S. 2 InsO ohne Sanktion bliebe und damit die zum Gläubigerschutz eingeführte Anzeigepflicht gegenüber dem Gericht bei Eintritt der Zahlungsfähigkeit im Schutzschirmverfahren leerläuft. Der Schuldner kann ungehindert „weiterwirtschaften“ und das letzte Sanierungspotenzial der Gesellschaft „verbrennen“.

b) Handlungsempfehlung für den betroffenen Geschäftsführer

Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung ergibt sich damit eine erhebliche Rechtsunsicherheit für den Sanierungsgeschäftsführer. Aus Vorsichtsgründen kann man ihm nur empfehlen, bei Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen unter Berücksichtigung der bisher ergangenen Rechtsprechung zu § 64 S. 1 GmbHG Folgendes auch im Schutzschirmverfahren zu beachten:

Zur Vermeidung einer persönlichen Haftung muss der Geschäftsführer – wie bereits im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit von ihm verlangt – einen Liquiditätsstatus für die Gesellschaft aufstellen und regelmäßig, d. h. je nach Liquiditätssituation der Gesellschaft, täglich oder wöchentlich, aktualisieren.

Darüber hinaus benötigt der Geschäftsführer einen Liquiditätsplan, der mindestens die Dauer des Schutzschirmverfahrens abdeckt und auf die Geschäftsplanung im weiten Sinne abgestimmt ist. Hierdurch lässt sich bereits frühzeitig eine Liquiditätslücke erkennen. Auch kann der Geschäftsführer dort darlegen, wie er sich abzeichnende Liquiditätsengpässe zu vermeiden gedenkt. Dies ist besonders wichtig vor dem Hintergrund, dass im Schutzschirmverfahren grundsätzlich alle Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit als nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar betrachtet werden und der Geschäftsführer die Beweislast dafür trägt, dass etwaige Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vereinbar waren (§ 64 S. 2 GmbHG).

Aus dem Businessplan muss zudem hervorgehen, dass die im Schutzschirmverfahren vorzunehmenden Maßnahmen dem Wohl des Unternehmens dienen. Unternehmenswohl ist dabei mit dem Interesse der Gläubiger an einer bestmöglichen Befriedigung durch Sanierung gleichzusetzen (vgl. § 1 InsO). Gesellschafterinteressen haben dabei nur noch eine untergeordnete Bedeutung. Mit anderen Worten: Im Businessplan muss dargelegt werden, dass die Verluste, die zwangsläufig durch anfallenden Restrukturierungsaufwand und insolvenzbedingt rückläufige Umsätze anfallen, durch Sanierungsgewinne bei Bestätigung des Insolvenzplanes kompensiert werden.

Aus den vorgelegten Planrechnungen muss sich ferner mit hinreichender Nachvollziehbarkeit ergeben, dass nach Aufhebung des Verfahrens operativ wieder Gewinne erwirtschaftet werden, sobald die Restrukturierungsmaßnahmen plangemäß greifen. Wegen der Planungsrisiken sollte zumindest nach Verrechnung der aufgelaufenen Verluste mit dem plangemäß anfallenden Sanierungsgewinn eine angemessene Eigenkapitalstärkung von mindestens 20 Prozent verbleiben und die operative Gewinnzone mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erreicht werden.

Den Businessplan (einschließlich Liquiditätsstatus und Liquiditätsplanung) sollte der Geschäftsführer dem vorläufigen Gläubigerausschuss zur Stellungnahme und Genehmigung vorlegen. Denn aus dem Gesellschaftsrecht ist bekannt, dass eine von der Gesellschafterversammlung vorgenehmigte Maßnahme für den Geschäftsführer nicht haftungsbegründend wirkt. Aus § 270 Abs. 3 S. 2 InsO kann man folgern, dass dieser Rechtsgedanke auch in der Eigenverwaltung Anwendung finden soll. Danach gilt eine Eigenverwaltung als nicht nachteilig, wenn vor der Entscheidung über den Antrag über die Eigenverwaltung dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zur Äußerung gegeben wurde und der

vorläufige Gläubigerausschuss daraufhin umfassend informiert den Antrag einstimmig unterstützt. Auf das Schutzschirmverfahren angewendet, bedeutet dies, dass der Geschäftsführer nicht mehr ohne Weiteres im Nachhinein durch die Gläubiger haftbar gemacht werden kann, wenn er die vom vorläufigen Gläubigerausschuss genehmigten Maßnahmen plangemäß umgesetzt hat.

Bei der Umsetzung des Businessplanes wird man dem Sanierungsgeschäftsführer dann – wie einem Insolvenzverwalter bei unternehmerischen Entscheidungen im Verfahren – einen gewissen Entscheidungsspielraum zugestehen müssen, da andernfalls ein Wertungswiderspruch zu § 61 InsO („erkennen konnte“) entstünde. Über die Einhaltung des Businessplanes sollte er den vorläufigen Gläubigerausschuss dennoch nicht nur der guten Ordnung halber im Rahmen eines nachvollziehbaren monatlichen oder bei Bedarf sogar wöchentlichen Reportings informieren, damit der Ausschuss seine eigene Entscheidung für eine Betriebsfortführung stets auf den Prüfstand stellen kann.

Kommt es im weiteren Verlauf zu erheblichen negativen Abweichungen vom genehmigten Businessplan, welche sich durch Maßnahmen der Geschäftsführung nicht kompensieren lassen, ist dem Geschäftsführer dringend zu empfehlen, dies dem vorläufigen Gläubigerausschuss und dem Gericht unverzüglich anzuzeigen. Das Gericht entscheidet dann nach Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses, ob das Schutzschirmverfahren beendet und das Unternehmen in das Regelinsolvenzverfahren überführt werden soll.

3. Haftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG

Die letztlich gleichen Empfehlungen kann man einem Geschäftsführer bei unternehmerischen Entscheidungen geben, die das Schuldnerunternehmen kurzfristig weiter in die Verlustzone bringen, langfristig jedoch für das Gelingen des Sanierungsplanes von großer Bedeutung sind. Diese führen, wenn der unmittelbare Zusammenhang mit der Zahlungsunfähigkeit nicht hergestellt werden kann, nicht zur Anwendung von § 64 S. 1 GmbHG, sind aber am Sorgfaltsmaß des § 43 Abs. 1 GmbHG zu messen. Danach hat ein Geschäftsführer in allen Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu beachten. Ansonsten haftet er der Gesellschaft gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG auf Schadensersatz. Mit dem oben geführten Rechtsgedanken zur haftungsausschließenden Wirkung der Zustimmung des Gläubigerausschusses kann man hier eventuellen Problemen ebenfalls gut begegnen.

Autoren

Dr. Utz Brömmekamp, Rechtsanwalt

Partner der Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater und Geschäftsführer der Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung
Schwerpunkte: allgemeines Zivilrecht, Insolvenzrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Bankenrecht
utz.broemmekamp@buchalik-broemmekamp.de

Robert Buchalik, Rechtsanwalt

Partner der Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater und Geschäftsführer der Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung
Schwerpunkte: Erstellung betriebswirtschaftlicher Sanierungskonzepte, Sanierung durch Insolvenz, insbesondere im Rahmen von Insolvenzplänen und Eigenverwaltungen, Insolvenzrecht, Bankrecht, der Moderation von Bankenpools, Lieferantenpools und der aktiven Durchführung von Treuhandschaften
robert.buchalik@buchalik-broemmekamp.de

Heinz-Peter Derrix-Belau

Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung
Schwerpunkte: Interimsmanagement, Insolvenzbegleitung und Bankenkoordination
heinz-peter.derrix-belau@buchalik-broemmekamp.de

Lutz Erdmann

Rechtspfleger am Amtsgericht Düsseldorf

Prof. Dr. Hans Haarmeyer, Rechtsanwalt

Leitender Direktor des DIAL
Schwerpunkte: Insolvenzrecht, Gläubigerschutz
hans.haarmeyer@t-online.de

Phillip-Boie Harder, Rechtsanwalt

Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater
Schwerpunkte: Insolvenz-, Steuer- und Gesellschaftsrecht
phillip-boie.harder@buchalik-broemmekamp.de

Hartmut Ibershoff

Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung
Schwerpunkte: Businessplanung, Erstellung und Umsetzung von Sanierungskonzepten sowie Controlling
hartmut.ibershoff@buchalik-broemmekamp.de

Dr. Eike Knolle, Rechtsanwalt

Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater
Schwerpunkte: Gesellschafts- und Insolvenzrecht, Finanzierungsfragen und Unternehmenskäufe
eike.knolle@buchalik-broemmekamp.de

Alfred Kraus, Rechtsanwalt

Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater
Schwerpunkte: Insolvenzrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Sanierung und Restrukturierung
alfred.kraus@buchalik-broemmekamp.de

Oliver Maaß

Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung
Schwerpunkte: Liquiditätsplanung und Controlling
oliver.maass@buchalik-broemmekamp.de

Frank Pollmächer

Richter am Amtsgericht - Insolvenzgericht, Düsseldorf

Bozidar Radner

Geschäftsführer der Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung
Schwerpunkte: Restrukturierung, Strategieberatung und Einkaufsoptimierung
bozidar.radner@buchalik-broemmekamp.de

Ralf Schreiber, Rechtsanwalt

Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater
Schwerpunkte: Bankrecht, Insolvenzrecht und Sanierung sowie Handels- und Gesellschaftsrecht
ralf.schreiber@buchalik-broemmekamp.de

Katrin Schröder, Rechtsanwältin

Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater
Schwerpunkte: Insolvenz- und Gesellschaftsrecht sowie Sanierung und Restrukturierung
katrin.schroeder@buchalik-broemmekamp.de

Dr. Jasper Stahlschmidt, Rechtsanwalt

Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater
Schwerpunkte: Insolvenzrecht, Sanierung und Restrukturierung
jasper.stahlschmidt@buchalik-broemmekamp.de

Daniel Trowski, Rechtsanwalt

Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater
Schwerpunkte: Bank-, Kredit- und Kreditsicherungsrecht
daniel.trowski@buchalik-broemmekamp.de

Prof. Dr. Jochen Vogel, Rechtsanwalt

Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater und Geschäftsführer der Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung
Schwerpunkte: Interimsmanagement, Restrukturierungsberatung und Change Management
jochen.vogel@buchalik-broemmekamp.de

Impressum

Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwälte | Steuerberater
Prinzenallee 15
40549 Düsseldorf
Tel. 0211 - 82 89 77 200
www.buchalik-broemmekamp.de

Westendstraße 16-22
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 Kanzlei Buchalik Brömmekamp gern zur Verfügung.

Redaktion

Markus Haase
Bettina Fey