



Bonner Rechtsjournal

Ausgabe 02/2014 7. Jahrgang Seiten 105 bis 212

2,- €

Interview mit Professor Dr. Günter Krings

Parlamentarischer Staatssekretär beim Bundesminister des Innern 105

Professor Dr. Matthias Leistner

Der Beitrag der Verhaltensforschung und Verhaltensökonomik
für ein realitätsgerechtes Urheberrecht 120

Professor Dr. Rainer Hüttemann

Stiftungsrecht – eine Skizze 127

Professor Dr. Moritz Brinkmann

Die Bedeutung prozessualen Denkens
bei der Lösung materiellrechtlicher Fragen (und Klausuren) 139

Philipp Warflinger

Verhandlung und Mediation:
Koexistenz der Konfliktlösungsmethoden 160

Anne Goertz/Simone Pöhlmann

Berufsvorstellung: Mediator 164

Klausuren

BGB AT und Erbrecht 173

Dr. Thomas Lakenberg

Rückkehr ins Bonner Bundesviertel 208



HERAUSGEBER

Philipp Bender
Julia Brinkmann
Kevin Franzke

KURATORIUM

Professor Dr. Moritz Brinkmann	Professor Dr. Wulf-Henning Roth
Professor Dr. Dr. Udo Di Fabio	Marek Steffen Schadrowski
Professor Dr. Rainer Hüttemann	Professor Dr. Mathias Schmoeckel
Professor Dr. Matthias Leistner	Professor Dr. Stefan Talmon
Professor Dr. Hans-Ullrich Paeffgen	Professor Dr. Rainer Zaczyk

Die (vorläufige) Eigenverwaltung/das Schutzschirmverfahren – Sanierung in Insolvenz?

Carsten Koch /Christian Weiß, Köln*

Die mit dem ESUG am 01.03.2012 eingeführten Rechtsinstitute der vorläufigen Eigenverwaltung/des Schutzschirmverfahrens bieten Insolvenzschuldern und notleidenden Unternehmen Gelegenheit zur Sanierung in der Insolvenz. Sie bieten aber auch dem juristischen Nachwuchs spannende Betätigungsfelder – sei es im Rahmen von Seminar- bzw. Doktorarbeiten, später als Rechtsanwalt, Richter, Staatsanwalt bzw. Sanierungsberater.

I. Einleitung: Wie wird Sanierung in der Insolvenz zukünftig selbstverständlich?

Breite Teile der Bevölkerung und somit auch der Unternehmenswelt verbinden Insolvenz nach wie vor unweigerlich mit einem Stigma des Scheiterns. Dies führt oft dazu, dass aus Unwissenheit, aber auch aus Scham, Insolvenzanträge spät, nicht selten zu spät gestellt werden. Dem dann bestellten Insolvenzverwalter bleibt oftmals nichts anderes übrig, als das Unternehmen abzuwickeln. Werte werden liquidiert, Arbeitsplätze sind verloren, der ehemalige Unternehmer läuft Gefahr, zivilrechtlich¹ und strafrechtlich² in die Haftung zu geraten.

Mit dem am 01.03.2012 in Kraft getretenen Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) hat der Gesetzgeber die Grundsteine für eine Fortführung sanierungsfähiger Unternehmen in Insolvenz gelegt. Diese Maßnahmen greifen auch durch:³

Zum einen sind aufgrund dessen bereits in der Sanierungspraxis, aber auch in der Insolvenzverwaltung grundlegende Veränderungen durch die (vorläufige) Eigenverwaltung/das Schutzschirmverfahren eingetreten. Neben den Gerichten und

Insolvenzverwaltern sehen sich insbesondere Unternehmens-, Steuerberater und Rechtsanwälte neuen Rechtsinstituten mit eigenen Spielregeln gegenüber. Neben „harten“ betriebswirtschaftlichen und juristischen Faktoren⁴ sind auch „weiche“ Faktoren⁵ zu beachten. Die professionelle Vorbereitung entsprechender Anträge kann für den Erfolg einer Sanierung unter Insolvenzschutz definitiv mit maßgeblich sein.⁶ Diese neuen Betätigungsfelder müssen auch im Hinblick auf (zukünftige) Berater oder sonstige Akteure mit fundierten Kenntnissen und Praxiswissen gefüllt werden. Zudem sind eine Vielzahl von Fragen, die der Gesetzgeber bisher nicht berücksichtigt hat,⁷ zu klären, um Rechts- und Planungssicherheit auch für den (beratenen) Schuldner zu erlangen. Nur so kann gewährleistet werden, dass die Ziele⁸ des ESUG-Gesetzgebers durch die neuen Rechtsinstitute erreicht und auch in Deutschland eine gelebte Sanierungskultur selbstverständliche Realität wird. Dass dieser Weg weiter beschritten wird, belegen insbesondere Einrichtungen wie der Restrukturierungszirkel⁹, in dem sich die (derzeit noch spezialisierten) Beteiligten mit den neuen Sanierungsinstrumentarien befassen. Der notwendige Erfahrungs- und Gedankenaustausch an der Schnittstelle von Wissenschaft und Praxis findet also bereits statt.

Flankiert durch die sich dann letztlich einstellenden Erfolgsmeldungen nach geglückten Sanierungen kann sich so mit der Zeit auch das eingangs geforderte Umdenken in der Bevölkerung einstellen: Sanierung in Insolvenz – unter Beteiligung von Praktikern aus Unternehmen, Beratung, Vertretern der Wissenschaft und letztlich des akademischen Nachwuchses!

II. Die vorläufige Eigenverwaltung

1. Allgemeines

Die vorläufige Eigenverwaltung ist mit dem ESUG eingeführt worden. Bis dato war die Eigenverwaltung erst mit

* Rechtsanwalt/Fachanwalt für Insolvenzrecht/Insolvenzverwalter Carsten Koch und Rechtsanwalt Christian Weiß, Kanzlei westhel-leundpartner Rechtsanwälte Insolvenzverwalter Notar. Der Beitrag gibt lediglich die persönliche Meinung der Autoren wieder.

¹ Bei einer Kapitalgesellschaft z. B. nach §§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. 15a InsO bzw. § 64 GmbHG.

² Beispielsweise wegen Eingehungsbetrugs nach § 263 StGB oder Insolvenzverschleppung § 15a Abs. 4 InsO.

³ I. E. Fölsing, Die Zähmung des Widerspenstigen im Suhrkamp-Fall: Schutzschirmverfahren, ZInsO 2013, 1325; Vallender im Rahmen seines Vortrags zum 2. Restrukturierungszirkel: Die Finanzierung der Unternehmenssanierung bei einer „geplanten Insolvenz“ nach ESUG; Gibt es den Massekredit auch in der vorläufigen Eigenverwaltung, vgl. http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Zivilrecht3/Homepage_Bilder/Restrukturierungszirkel_032013/2_Restrukturierungszirkel.pdf, Folien 1 f., Abruf v. 01.09.2014.

⁴ Beispielsweise die Erstellung eines Insolvenzstatus oder der Anlage eines Insolvenzplankonzepts.

⁵ Beispielsweise in Form der ggf. notwendigen Überzeugungsarbeit gegenüber Gesellschaftern, Geschäftsführern, Gläubigern und dem Insolvenzgericht, ggf. begleitender Öffentlichkeitsarbeit.

⁶ Vgl. Haarmeyer/Buchalik/Haase, Befragung der Insolvenzgerichte zu den §§ 270a und 270b InsO-Verfahren, ZInsO 2013, 26.

⁷ Beispielsweise zur Vergütung des vorläufigen Sachwalters.

⁸ U. a. frühzeitige Insolvenzantragstellung und letztlich auch Berechenbarkeit des Insolvenzverfahrens für Schuldner und Gläubiger, vgl. im Einzelnen <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/057/1705712.pdf>, Abruf v. 01.09.2014.

⁹ Vgl. <http://www.jura.uni-bonn.de/index.php?id=6402>, Abruf v. 01.09.2014.

Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch das Gericht anzuordnen. Ob dies tatsächlich auch erfolgte, war jedenfalls nicht so leicht einzuschätzen bzw. vorbereitend zu steuern wie heute. Nicht selten wurde der Antrag auf Eigenverwaltung¹⁰ mit dem Argument „da wird der Bock zum Gärtner gemacht“¹¹, abgelehnt.

Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis verbleibt in der vorläufigen Eigenverwaltung bei dem schuldnerischen Unternehmen. Es wird lediglich ein vorläufiger Sachwalter bestellt, der im Wesentlichen Überwachungsfunktionen hat (vgl. insgesamt § 270a Abs. 1 InsO).

2. Voraussetzungen der vorläufigen Eigenverwaltung

Der ESUG-Gesetzgeber hat in § 270a InsO relativ eigenständige Regelungen für ein Insolvenzeröffnungsverfahren bei Eigenverwaltung geschaffen.

a) Eigenantrag auf Insolvenzeröffnung

Grundlegend ist zunächst ein Eigenantrag des Schuldners auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, vgl. § 270a Abs. 1 S. 1 a. A. InsO. Der Schuldner kann sich jedoch erforderlichenfalls bei einem zeitlich vorhergehenden Insolvenzantrag eines Gläubigers mit einem kumulativen Eigenantrag anschließen.¹²

Exkurs: Zulässigkeit des Insolvenzantrags nach § 13 InsO n. F.

An dieser Stelle nun der Praxishinweis, dass es aufgrund der Neufassung des § 13 InsO eminent wichtig ist, die Anträge derart auszugestalten, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 13 n. F. InsO gegeben sind. Die in § 13 Abs. 1 S. 4 – 7 InsO eingeführten Differenzierungen nach Unternehmensgröße pp. müssen – selbstredend innerhalb der Frist des § 15a InsO – beachtet werden. Nicht selten verlieren Unternehmen wichtige Zeit, weil Insolvenzanträge auf Monierung des Gerichts hin zunächst nachgebessert werden müssen.

b) Antrag auf Eigenverwaltung

Zudem hat der Schuldner einen weiteren Antrag, nämlich den auf Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung (vgl. § 270a Abs. 1 S. 1 InsO a. A.), zu stellen. Gemäß

§ 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO ist dem Schuldner antragsgemäß die vorläufige Eigenverwaltung zu bewilligen, wenn keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führt. Mit dieser Formulierung ist eine Beweislastumkehr einher gegangen: Der Antragsteller muss nicht mehr darlegen, dass die Eigenverwaltung keine Nachteile für die Gläubiger und keine Verfahrensverzögerung mit sich bringt. Das Gericht darf den Antrag nur noch ablehnen, wenn Umstände bekannt sind, die obiges erwarten lassen.¹³ Nachteile in dem Sinne können in einer Verfahrensverzögerung durch den Schuldner¹⁴ oder einer Gefährdung der Gläubigerinteressen („bestmögliche Gläubigerbefriedigung“ analog §§ 270 Abs. 1 S. 1 i. V. m. 1 InsO) zu sehen sein. In der Neufassung des § 270 Abs. 3 S. 2, Abs. 2 Nr. 2 InsO sind diese Nachteilsvoraussetzungen – denknotwendigerweise – nicht mehr festzustellen, wenn der Antrag auf vorläufige Eigenverwaltung von dem einstimmigen Beschluss eines vorläufigen Gläubigerausschusses i. S. der §§ 22a, 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO unterstützt ist. Denn dadurch ist der Gläubigerautonomie genüge getan worden.

Die Eigenverwaltung wird grds. erst mit dem Eröffnungsbeschluss angeordnet, vgl. § 270 Abs. 1 S. 1 InsO. Ist der Antrag auf vorläufige Eigenverwaltung jedoch nicht offensichtlich aussichtslos, ordnet das Insolvenzgericht diese per Beschluss an und bestellt einen vorläufigen Sachwalter gem. § 270a Abs. 1 InsO.

c) Insolvenzgründe

Bei der vorläufigen Eigenverwaltung ist jeder Insolvenzgrund i. S. d. §§ 16 ff. InsO denkbar, also (drohende) Zahlungsunfähigkeit oder/und Überschuldung. Bei drohender Zahlungsunfähigkeit normiert § 270a Abs. 2 InsO eine Rücknahmemöglichkeit für den Fall, dass das Gericht die Voraussetzungen für die Anordnung der Eigenverwaltung als nicht vorliegend ansieht. Dann ist dem Antragsteller Gelegenheit zu geben, den Insolvenzantrag wieder zurück zu nehmen. Hier zeigt sich eine Ausgestaltung der beabsichtigten Planbarkeit des ESUG-Gesetzgebers. Strebt der Schuldner mit seinen Anträgen kein „reguläres“ Insolvenzverfahren an, sondern kommt es ihm gerade auf die vorläufige Eigenverwaltung an, soll ihm die Rücknahme seines Insolvenzantrags als Option verbleiben.

3. Aufgaben des vorläufigen Sachwalters

Selbst im Vergleich zum vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter i. S. d. § 22 Abs. 2 InsO hat der vorläufige Sachwalter lediglich einen eingeschränkten Tätigkeitsbereich. Ihm obliegen im Wesentlichen Aufsichts- und Kontrollrechte gem. § 274 Abs. 2 InsO (analog). Zudem obliegt ihm die Unterrichtung des Gläubigerausschusses bzw. des Gerichts bei Verstößen des Schuldners gegen Gläubigerinteressen, vgl. § 274 Abs. 3 InsO.

¹⁰ Vermutlich bis auf einige wenige „prominente“ Verfahren aus der Vergangenheit wie die Mode-Kette SinnLeffers (vgl. <http://www.ksta.de/wirtschaft/insolvenz-in-eigenverwaltung-sinnleffers-saniert-sich-selbst,15187248,13071292.html>, Abruf v. 01.09.2014) und Babcock Borsig (vgl. <http://www.handelsblatt.com/archiv/babcock-geht-neuenweg-insolvenz-in-eigenverwaltung/2251630.html>, Abruf v. 01.09.2014).

¹¹ Muschiol im Rahmen seines Vortrags zum 2. Restrukturierungszirkel: Insolvenzzgeldvorfinanzierung und ESUG, vgl. http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Zivilrecht3/Homepage_Bilder/Restrukturierungszirkel_032013/2_Restrukturierungszirkel.pdf, Folie 6; Abruf v. 01.09.2014.

¹² Pape, Das janusköpfige Insolvenzeröffnungsverfahren bei der Eigenverwaltung, ZInsO 2013, 2077.

¹³ Pape, Das janusköpfige Insolvenzeröffnungsverfahren bei der Eigenverwaltung, ZInsO 2013, 2077.

¹⁴ Zum Beispiel, weil der Insolvenzantrag nicht zulässig ist, vgl. zuvor zu § 13 InsO!

Exkurs: Kassenführungsrecht des vorläufigen Sachwalters

Gemäß §§ 275 Abs. 2 i. V. m. 270a Abs. 1 S. 2 InsO hat der vorläufige Sachwalter die Möglichkeit, ergänzend zu den o. g. Aufgaben von seinem Kassenführungsrecht Gebrauch zu machen. Dies bedeutet für den vorläufigen Sachwalter einen erheblichen Mehraufwand. Er übernimmt faktisch den Zahlungsverkehr für den schuldnerischen Betrieb. In der Praxis wird hiervon in rd. 60% der Fälle Gebrauch gemacht.¹⁵

4. Sicherungsanordnungen nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 - 5 InsO

Die Anordnung von Sicherungsanordnungen nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 - 5 InsO hingegen sind nach § 270a Abs. 1 InsO nicht eingeschränkt. Dies gereicht dem Schuldner jedoch zum Vorteil. Er kann die Anordnung von Vollstreckungsverboten und des Verbots der Herausgabe von Aus-/Absonderungsgegenständen erwirken. Individual-Vollstreckungen sind damit gehindert und selbst (Leasing-) Gegenstände, die für die Fortführung des Unternehmens unerlässlich sind, haben dem Unternehmen während der vorläufigen Eigenverwaltung zu verbleiben (vgl. § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO).

5. Zwischenergebnis

Mit der vorläufigen Eigenverwaltung verbleibt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis beim Schuldner. Der vorläufige Sachwalter hat grds. lediglich Aufsichtsfunktion, was ggf. sicherlich auch für den Schuldner unterstützend sein kann. Zudem kann das Unternehmen gegen Vollstreckungen und weitere Eingriffe von Seiten einzelner Gläubiger geschützt werden. Denkbar ist insbesondere, dass der Schuldner auch durch eine entsprechende Auswahl der Mitglieder eines präsumtiven vorläufigen Gläubigerausschusses, des vorläufigen Sachwalters¹⁶ und eines ggf. mit diesen Personen oder/und dem Insolvenzgericht im Vorfeld der Insolvenzantragstellung bereits „abgestimmten“ Sanierungskonzepts das gesamte Verfahren der (vorläufigen) Eigenverwaltung vorplanen und gestalten kann.¹⁷ Dies setzt zweifelsohne rechtzeitige¹⁸ und fundierte Beratung voraus. Es zeigt aber auch, dass nicht unerhebliche liquide Mittel im Unternehmen noch vorhanden sein müssen, um diese Vorbereitung zu bewerkstelligen. Um nicht einem evtl. Anfechtungsrisiko ausgesetzt zu sein, werden Berater nur im Rahmen eines Bargeschäfts i. S. v. § 142 InsO für den Schuldner tätig werden.

III. Das Schutzschirmverfahren

Der ESUG-Gesetzgeber hat in § 270b InsO das sogenannte Schutzschirmverfahren eingeführt. Angelehnt an das

Chapter 11-Verfahren¹⁹ im amerikanischen Recht, kann diese neue Norm als „wirkliches Novum“ des ESUG bezeichnet werden. Es soll einem insolventen Unternehmen Gelegenheit gegeben werden, sich in diesem eigenständigen Verfahren innerhalb der Eigenverwaltung in kurzer Zeit zu sanieren, ohne Vollstreckungsdruck oder/und Sicherungsanordnungen des Insolvenzgerichts ausgesetzt zu sein. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist – im Gegensatz zum vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren – in der Regel dabei nicht beabsichtigt.²⁰

1. Allgemeines

Ziel des Schutzschirmverfahrens ist die Vorbereitung der Sanierung des Unternehmens binnen eines höchstens drei Monate dauernden Zeitraums gem. § 270b Abs. 1 S. 2 InsO. In diesem soll das Unternehmen durch den „Schutzschirm“ gegen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von Gläubigern, Fremdanträge²¹ sowie sonst in Insolvenzverfahren übliche Sicherungsmaßnahmen²² auf Gläubigerantrag hin soweit geschützt werden, dass es zum einen den laufenden Geschäftsbetrieb ungehindert aufrecht erhalten kann. Der Zeitraum soll zum anderen und vielmehr genutzt werden, um die Sanierung des Unternehmens durch einen innerhalb der Frist zu erarbeitenden²³ Insolvenzplan vorzubereiten und die Sanierung sodann mittels Insolvenzplans erfolgreich umzusetzen.²⁴

2. Voraussetzungen

Ein Schutzschirmverfahren hat folgende Voraussetzungen.

a) Eigenantrag auf Insolvenzeröffnung

Auch wenn das Schutzschirmverfahren grds. kein Insolvenzeröffnungsverfahren im klassischen Sinne ist, ist der Eigenantrag auf Insolvenzeröffnung erforderlich, um überhaupt in den Schutz des gerichtlichen Verfahrens zu erlangen. Grundlegend ist daher auch für ein Schutzschirmverfahren zunächst der Eigenantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, vgl. § 270b Abs. 1 S. 1 a. A. InsO. Hier stellen sich keine Besonderheiten im Vergleich zur vorläufigen Eigenverwaltung dar. Im Gegensatz zur vorläufigen Eigenverwaltung kann sich der Schuldner bei einem Fremdantrag jedoch nicht mit einem Eigenantrag

¹⁹ Vgl. http://de.wikipedia.org/wiki/Chapter_11, Abruf v. 01.09.2014.

²⁰ Zu den Voraussetzungen eines Schutzschirmverfahrens im Einzelnen: ABC des Insolvenzrechts, Thema: Schutzschirmverfahren, Insbüro 2013, 36; *Wimmer/Dauernheim/Wagner/Gietl*, Handbuch des FA Insolvenzrecht 2013, § 270b, Kapitel 4 Eigenverwaltung D.

²¹ Insolvenzanträge von Gläubigern sind zwar möglich, jedoch hindert die Anordnung eines Schutzschirmverfahrens die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf Gläubigerantrag, vgl. ABC des Insolvenzrechts, Thema: Schutzschirmverfahren, Insbüro 2013, 36.

²² Beispielsweise der vorläufigen Insolvenzverwaltung.

²³ Oder bestenfalls vor Insolvenzantragstellung bereits vorbereiteten Insolvenzplan, sog. *prepackaged* Plan.

²⁴ *Fölsing*, Die Zähmung des Widerspenstigen im Suhrkamp-Fall: Schutzschirmverfahren, ZInsO 2013, 1325; *Wimmer/Dauernheim/Wagner/Gietl*, a. a. O., Rz. 159 f.

¹⁵ *Muschiol* im Rahmen seines Vortrags zum 2. Restrukturierungszirkel (a.a.O.).

¹⁶ Der per einstimmigem Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses zu installieren ist, vgl. § 56a Abs. 2 InsO.

¹⁷ Was nach *Pape*, a. a. O., dazu führen kann, dass eine unabhängige Insolvenzverwaltung in derartigen Fällen kaum noch stattfindet. Dies war jedoch auch nicht Ziel des ESUG-Gesetzgebers, vgl. Fn. 8.

¹⁸ Teilweise mehrere Wochen vor Insolvenzantragstellung.

anschließen.²⁵ Das Schutzschirmverfahren ist grds. ein Sanierungs-Verfahren. Mit diesem kann u. a. die Disziplinierung von Gläubigern, ggf. auch Gesellschaftern erfolgen.²⁶ Die Eröffnung eines regulären Insolvenzverfahrens ist mit einem Schutzschirmverfahren grds. nicht intendiert, weshalb der Insolvenzantrag bis zur Eröffnungsentscheidung des Insolvenzgerichts zurückgenommen werden kann – sofern/soweit bis dahin keine Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO eingetreten ist.

b) Antrag auf Eigenverwaltung

Eine weitere, kumulative Voraussetzung ist der schuldnerische Antrag auf Eigenverwaltung (§ 270b Abs. 1 S. 1 InsO). Sofern das schuldnerische Unternehmen nicht die Ausformung der Eigenverwaltung wählen möchte, scheidet ein Schutzschirmverfahren aus. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn sich das Unternehmen im Rahmen eines „regulären“ (vorläufigen) Insolvenzverfahrens sanieren möchte – beispielsweise, indem es die Möglichkeit der Insolvenzgeldvorfinanzierung als ein Beispiel der Kostenersparnis im „regulären“ Insolvenzverfahren nutzen möchte.

c) Antrag auf Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans

Gemäß § 270b Abs. 1 S. 1 Hs. 2 InsO setzt das Schutzschirmverfahren als dritten Antrag des Schuldners einen solchen auf Bestimmung einer Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans durch das Gericht voraus. Diese Frist beträgt höchstens drei Monate.

d) Antrag auf Bestellung eines bestimmten vorläufigen Sachwalters

Gemäß § 270b Abs. 2 InsO ist das Gericht gehalten, auf Antrag des in der Krise befindlichen Unternehmens einen bestimmten vorläufigen Sachwalter zu bestellen. Eine Abweichung von dem Antrag des schuldnerischen Unternehmens ist dem Gericht nur möglich, wenn die vorgeschlagene Person als vorläufiger Sachwalter ungeeignet wäre.²⁷ Mithin kommt es beispielsweise auf eine „Listung“ der als vorläufigem Sachwalter vorgesehenen Person bei dem zuständigen Gericht als Insolvenzverwalter nicht (mehr) an. Hier zeigen sich Unterschiede zum Institut der vorläufigen Eigenverwaltung, bei welcher der Vorschlag nur unter bestimmten Bedingungen vom Gericht zu befolgen ist.²⁸

²⁵ Pape, Das janusköpfige Insolvenzeröffnungsverfahren bei der Eigenverwaltung, ZInsO 2013, 2077.

²⁶ Dazu illustrativ Fölsing, Die Zähmung des Widerspenstigen im Suhrkamp-Fall: Schutzschirmverfahren, ZInsO 2013, 1325, der dort auch zu einem evtl. Rechtsschutz gegen missbräuchlich eingesetzte Schutzschirme ausführte.

²⁷ Hier zeigt sich ein Unterschied zur vorläufigen Eigenverwaltung. Bei dieser ist eine Vorauswahl des vorläufigen Sachwalters lediglich per einstimmigem Beschluss eines (präsumtiven) vorläufigen Gläubigerausschusses möglich.

²⁸ Vgl. dazu zuvor II. 4.

e) Fakultativer Antrag des schuldnerischen Unternehmens auf Anordnung gem. §§ 270b Abs. 3, 55 Abs. 2 InsO

Auf weiteren Antrag des schuldnerischen Unternehmens hat das Insolvenzgericht anzuordnen, dass das Unternehmen Masseverbindlichkeiten begründen darf.²⁹ Dies soll die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens ermöglichen.

f) Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit oder/und Überschuldung

Bei bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit scheidet ein Schutzschirmverfahren aus, vgl. § 270b Abs. 1 S. 1 InsO; nicht hingegen bei drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO).

g) „Neuralgischer Punkt“ Bescheinigung i. S. v. § 270b Abs. 1 S. 3 InsO

Obige wirtschaftliche Situation wird in dem schuldnerischen Antrag durch eine entsprechende Bescheinigung belegt. Diese Bescheinigung kann nicht von dem Insolvenzschuldner selbst erstellt werden. Sie ist vielmehr von einem insolvenzverfahrens Wertschaffer, Steuerberater, Anwalt oder einer Person mit ähnlicher Qualifikation zu erstellen. Im Übrigen sind Anforderungen an die Unabhängigkeit der erstellenden Fachperson von dem schuldnerischen Unternehmen, sicherlich aber auch dem vorläufigen Sachwalter, dahingehend zu verlangen, dass die bescheinigende Fachperson zumindest seine bisherige Geschäftsbeziehung zu dem schuldnerischen Unternehmen darstellt.³⁰ Weiterer Inhalt dieser Bescheinigung ist die Feststellung, dass eine Sanierung des schuldnerischen Unternehmens beabsichtigt und nicht aussichtslos ist.³¹ In der Praxis scheinen unzureichende Bescheinigungen der Hauptgrund für die Ablehnung eines Antrags auf Schutzschirmverfahren zu sein. Der Gesetzgeber hat schlichtweg vergessen, konkrete Anforderungen an die Bescheinigung vorzugeben.³²

²⁹ Vgl. dazu die Darstellung des Meinungsstands bei Vallender im Rahmen seines Vortrags zum 2. Restrukturierungszirkel: Die Finanzierung der Unternehmenssanierung bei einer „geplanten Insolvenz“ nach ESUG; Gibt es den Massekredit auch in der vorläufigen Eigenverwaltung, vgl. http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Zivilrecht3/Homepage_Bilder/Restrukturierungszirkel_032013/2_Restrukturierungszirkel.pdf, Abruf v. 01.09.2014.

³⁰ Pape, Das janusköpfige Insolvenzeröffnungsverfahren bei der Eigenverwaltung, ZInsO 2013, 2077. Daher könnte sicherheitshalber die Bescheinigung eines Beraters zu empfehlen sein, der bisher noch in keiner Weise in einer Geschäftsbeziehung weder zu der Schuldnerin, noch zu dem vorläufigen Sachwalter gestanden hat.

³¹ Fölsing, Die Zähmung des Widerspenstigen im Suhrkamp-Fall: Schutzschirmverfahren, ZInsO 2013, 1325; ABC des Insolvenzrechts, Thema: Schutzschirmverfahren, Insbüro 2013, 36.

³² Zu dem wohl derzeitigen Höchststandard IDW ES 9 und den (erheblichen) Zahlen nicht hinreichend professionell erstellter Bescheinigungen und damit gescheiterter Anträge Haarmeyer/Buchalik/Hasse, Befragung der Insolvenzgerichte zu den §§ 270a und 270b InsO-Verfahren, ZInsO 2013, 26.

h) Aufgaben des vorläufigen Sachwalters

Der vorläufige Sachwalter hat auch im Rahmen des Schutzschirmverfahrens im Wesentlichen überwachende Aufgaben. Letztlich kann hierdurch insgesamt ebenso wie bei der „einfachen“ vorläufigen Eigenverwaltung der Befürchtung vieler Unternehmer begegnet werden, bei einem Insolvenzantrag die Kontrolle über ihr Unternehmen zu verlieren. Hinzu kommt im Rahmen eines Schutzschirmes für den vorläufigen Sachwalter jedoch die Aufgabe der permanenten Beobachtung und Prüfung der – im Optimalfalle nicht eingetretenen – Zahlungsunfähigkeit, vgl. § 270b Abs. 4 S. 2 InsO. Tritt die Zahlungsunfähigkeit während des Schutzschirmverfahrens ein, ist dies dem Insolvenzgericht unverzüglich mitzuteilen. Sofern durch diesen Eintritt die Sanierung aussichtslos geworden ist, kann sodann von Amts wegen der vorzeitige Ablauf der Dreimonatsfrist angeordnet werden.³³

3. Zwischenergebnis

Bei dem Schutzschirmverfahren handelt es sich um ein eigenständiges, blickt man z. B. auf die Möglichkeit der Disziplinierung (nachrangiger) Gläubiger, sogar spezielles Sanierungsinstrument. Bei weitergehenden Rechten des Schuldners sind deutlich höhere Anforderungen auch an eine antragsgemäße Anordnung durch das Insolvenzgericht³⁴ zu beachten. Insbesondere zu dem angerissenen Problembereich „Bescheinigung i. S. v. § 270b Abs. 1 S. 3 InsO“ sind Forschung, Praxis und Rechtsprechung gefordert, die Anforderungen zu präzisieren – und letztlich entsprechend den Zielen des ESUG-Gesetzgebers Rechts- und Planungssicherheit herbei zu führen. Denn auch wenn die Bescheinigung eigentlich originär nicht von dem Insolvenzgericht zu überprüfen ist, sondern inhaltlich als zutreffend ausgelegt werden soll: Sofern das Gericht Zweifel an der Richtigkeit der Bescheinigung hat, die auszulegen ist, werden nicht selten diesbezüglich Sachverständigengutachten eingeholt.³⁵ Dies minimiert den Faktor Zeit³⁶ und führt zu unnötigen Verfahrenskosten. Letztlich vergibt sich der Schuldner bis dahin auch die Anordnung schützender Sicherungsanordnung, denn die o. g. Anträge und beizufügenden Unterlagen des Schuldners prüft das Gericht üblicherweise insgesamt zunächst, bevor es aufgrund der Zulässigkeit überhaupt Sicherungsmaßnahmen erlässt.

³³ Pape, Das janusköpfige Insolvenzeröffnungsverfahren bei der Eigenverwaltung, ZInsO 2013, 2077; wonach im Übrigen auch durch einen vorläufigen Gläubigerausschuss oder/und Insolvenzgläubiger ein entsprechender Antrag auf vorzeitige Aufhebung gestellt werden kann – sofern Umstände bekannt geworden sind, die erwarten lassen, dass Nachteile für die Gläubiger entstehen.

³⁴ Zahlen und Quoten zu beiden ESUG-Verfahren bei Muschiol im Rahmen seines Vortrags zum 2. Restrukturierungszirkel (a.a.O.).

³⁵ Nach Pape, Das janusköpfige Insolvenzeröffnungsverfahren bei der Eigenverwaltung, ZInsO 2013, 2077, mit jeweils weiteren Nachweisen beispielsweise wenn die Bescheinigung keine eigenen Erkenntnisse des Bescheinigenden aufgrund seiner eigenen Feststellungen beinhaltet oder keine Begründung dafür abgegeben wird, warum die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.

³⁶ Vgl. Höchstfrist von 3 Monaten nach § 270b Abs. 1 S. 3 InsO!

IV. Fazit

Während in der Praxis von Schuldnern bzw. Unternehmens-Leitern regelmäßig zunächst der Wunsch nach einem Schutzschirmverfahren geäußert wird,³⁷ sind die oben aufgezeigten Voraussetzungen, Unterschiede und letztlich auch Risiken zu beachten.

Die Voraussetzungen für ein Schutzschirmverfahren sind schlussendlich enger. Die Risiken schon daher höher, als das Insolvenzgericht auch nach vorzeitiger Aufhebung der Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans über den Insolvenzantrag zu entscheiden hat, ohne dem Schuldner Gelegenheit zu geben, seinen Antrag zurück zu nehmen. Mithin besteht im Vergleich zur vorläufigen Eigenverwaltung gerade beim Schutzschirmverfahren das Risiko, in eine verwalter- und somit fremdbestimmte „normale“ Insolvenzverwaltung zu gelangen. Dies lässt sich im Optimalfalle allenfalls durch eine belastbare Finanzanalyse vermeiden, nach der in den nächsten drei Monaten auf keinen Fall Zahlungsunfähigkeit eintreten kann.³⁸

Abgesehen davon kann das Schutzschirmverfahren weitere Nachteile bereit halten: Nicht selten sind bisher in der Praxis Schwierigkeiten, beispielsweise bei der Vorfinanzierung von Insolvenzgeld, anzutreffen gewesen. Wie ausgeführt kann unklar sein, ob/wann das Insolvenzverfahren überhaupt eröffnet wird. Dies ist als Insolvenzergebnis Voraussetzung für die Insolvenzgeldvorfinanzierung gem. §§ 165ff. SGB III. Der Vorfinanzierer kann somit Gefahr laufen, mit vorfinanzierten Beträgen auszufallen.³⁹

Aus Praxissicht ist die vorläufige Eigenverwaltung sicherlich einfacher, somit wohl auch rechtssicherer. Ob im Einzelfall die These „§ 270a InsO deshalb in nahezu jedem Fall als bessere Wahl“⁴⁰ zutreffend ist, muss der informierte Schuldner gemeinsam mit seinen Beratern im konkreten Einzelfall abwägen. Beide Institute setzen nach Vorstehendem und letztlich auch Praxiserfahrungen zwingend eine professionelle Vorbereitung voraus. Diese bedingt zeitliche und finanzielle Ressourcen. Der Unternehmer ist somit gehalten, rechtzeitig über die Unternehmenssituation zu reflektieren und die erforderlichen Schritte unverzüglich in die Wege zu leiten, bevor das Unternehmen nur noch liquidiert werden kann.

Nicht nur das BRJ hat den kritisch-konstruktiven Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis einerseits sowie juristischem Nachwuchs andererseits zum Ziel.⁴¹ Dieser wird

³⁷ Da dieses derzeit „en vogue“ zu sein scheint und oftmals damit verbunden wird, nicht in einem Insolvenzverfahren zu sein.

³⁸ Was ggf. insgesamt der Grund dafür ist, dass nach Muschiol im Rahmen seines Vortrags zum 2. Restrukturierungszirkel (a.a.O.), kleine Schutzschirmverfahren überproportional häufig in einem Insolvenzverfahren enden.

³⁹ Im Einzelnen dazu Muschiol im Rahmen seines Vortrags zum 2. Restrukturierungszirkel (a.a.O.).

⁴⁰ So Pape, Das janusköpfige Insolvenzeröffnungsverfahren bei der Eigenverwaltung, ZInsO 2013, 2077, 2083 a. E.

⁴¹ Vgl. <http://www.bonner-rechtsjournal.de/veroeffentlichen/auto-renhinweise/>, Abruf v. 01.09.2014.

auch zukünftig erforderlich sein. Insbesondere die Sanierungspraxis ist darauf wie ausgeführt angewiesen, um Probleme zu lösen und Fragen zu beantworten. Dem juristischen Nachwuchs bieten die vorliegend in Kurzform⁴² dargestellten Rechtsinstitute heute und auch zukünftig die Möglichkeit daran mitzuwirken, dass die Sanierung in der Insolvenz landläufig jedenfalls selbstverständlicher wird. Zwar wird diese auch weiterhin der Beratung durch Spezialisten erfordern. Dies kann aber erst erfolgen, wenn die Unternehmer die Chancen und Möglichkeiten der Verfahrensarten erkennen und deutlich früher als bisher bereit sind, diesen Weg zu beschreiten – anstatt aus Scham das Unternehmen vollständig zu ruinieren.

⁴² Weiterführend *Haarmeyer/Buchalik*, Sanieren statt Liquidieren, NWB Verlag, 1. Auflage 2012; *Hofmann*, Eigenverwaltung, RWS Verlag Köln, 1. Auflage 2014; *Kübler* (Hrsg.), Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz: Eigenverwaltung und Insolvenzplan, RWS Verlag Köln, 1. Auflage 2012.