

06.12

KSI

Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung

Wirtschaft Recht Steuern

8. Jahrgang

November/Dezember 2012

Seiten 241–288

www.KSIdigital.de

Herausgeber:

Peter Depré, Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (cvm), Fachanwalt für Insolvenzrecht

Dr. Lutz Mackebrandt, Unternehmensberater, Präsidiumsmitglied des BDU

WP/StB Gerald Schwamberger,
Vizepräsident der StBK Niedersachsen

Herausgeberbeirat:

Heinrich Dreyer, Wirtschaftsprüfer,
Steuerberater, Rechtsbeistand, Hannover

Prof. Dr. Paul J. Groß, Wirtschaftsprüfer,
Steuerberater, Köln

WP/StB Prof. Dr. H.-Michael Korth,
Präsident des StBV Niedersachsen/Sachsen-
Anhalt e.V.

Prof. Dr. Harald Krehl, DATEV eG, Nürnberg

Prof. Dr. Jens Leker, Westfälische
Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Andreas Pinkwart, Rektor der
Handelshochschule Leipzig (HHL)

Dr. Wolfgang Schröder, Rechtsanwalt
und Notar, Berlin

Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck, Richter a.D.,
Honorarprofessor an der Universität zu Köln

Udo Wittler, Vorstandsvorsitzender
BAG Bankaktiengesellschaft, Hamm

*Dr. Bernhard Becker / Christoph Kraemer /
Bernhard Bieckmann*

Das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO: Besonders geeignet für die Sanierung mit- telständischer Unternehmen?

Grundzüge des Schutzschirmverfahrens und
erste Empfehlungen für die Praxis

Sonderdruck der
comes Unternehmensberatung

ESV

ERICH SCHMIDT VERLAG

69037

Das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO: Besonders geeignet für die Sanierung mittelständischer Unternehmen?

Grundzüge des Schutzschirmverfahrens und erste Empfehlungen für die Praxis

Dr. Bernhard Becker/Christoph Kraemer/Bernhard Bieckmann*

Das mit Spannung erwartete „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ (kurz: ESUG), das zum 1. 3. 2012 in Kraft getreten ist, bietet mit dem neu geschaffenen Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO ein eigenständiges Sanierungsverfahren. Dieses schafft für noch nicht zahlungsunfähige Schuldner die Möglichkeit, unter Beibehaltung der Kontrolle über das eigene Unternehmen innerhalb einer dreimonatigen Frist einen Sanierungsplan zu erarbeiten. Trotz einiger noch bestehender Verfahrensunsicherheiten wurde das Schutzschirmverfahren schnell von der Praxis angenommen, wie die zahlreichen Presseveröffentlichungen zu beantragten Schutzschirmverfahren namhafter größerer Unternehmen belegen (z. B. Pfeleiderer AG, Dura-Gruppe, Solarwatt AG, Centrotherm Photovoltaics AG, Hein Gericke Deutschland GmbH, Nürburgring GmbH, P+S Werften-gruppe). Im vorliegenden Beitrag soll das Schutzschirmverfahren mit seinen wesentlichen Voraussetzungen dargestellt werden, um aufzuzeigen, dass es insbesondere auch für mittelständische Unternehmen eine neue Chance zur Sanierung darstellt.

1. Einleitung

Das zentrale Ziel der Reform des Insolvenzrechts durch das zum 1. 3. 2012 in Kraft getretene ESUG ist es, die Fortführung von sanierungsfähigen Unternehmen zu erleichtern und damit den Erhalt von Arbeitsplätzen zu ermöglichen¹. Das soll insbesondere erreicht werden durch:

- die Stärkung der Gläubigerautonomie, u. a. durch Mitspracherechte bei der Auswahl des Insolvenzverwalters und der Anordnung der Eigenverwaltung;
- den Ausbau und die Straffung des Insolvenzplanverfahrens;
- die Vereinfachung des Zugangs zur Eigenverwaltung und die Schaffung eines

eigenständigen Sanierungsverfahrens („Schutzschirmverfahren“) für den Schuldner;

- die Möglichkeit der Wandlung von Forderungsrechten zu Anteilen (Debt-to-Equity-Swap);
- eine Beschränkung von Rechtsmitteln einzelner Gläubiger bei mehrheitlicher Unterstützung der Eigenverwaltung durch die anderen Gläubiger.

Ein frühzeitig gestellter Insolvenzantrag mit dem Ziel der Sanierung des Unternehmens stellte unter der alten Rechtslage nach wie vor die große Ausnahme dar. I. d. R. wurde der Insolvenzantrag erst gestellt, wenn für das notleidende Unternehmen kaum noch realistische Sanierungschancen bestanden. Nach einer vom Zentrum für Insolvenz und Sanierung der Universität Mannheim veröffentlichten Studie stellten im Jahr 2006 drei Viertel der in der Studie erfassten Unternehmen und 2009 immer noch zwei Drittel der Unternehmen einen verspäteten Insolvenzantrag². Nach Feststellungen von Eidenmüller wird ein Insolvenzantrag durchschnittlich erst 10 Monate nach Eintritt der materiellen Insolvenz gestellt³.

Als ganz maßgeblicher Grund hierfür ist – neben einer Fehleinschätzung der Krise und der Angst vor Reputationsverlust – das fehlende Vertrauen in das Insolvenzverfahren zu sehen, das mit einem automatischen Kontrollverlust in Verbindung gebracht wird. Der weitaus größte Teil der mittelständischen Unternehmen ist nach wie vor dadurch geprägt, dass Gesellschafter und Geschäftsführer in Personalunion das Unternehmen, häufig sogar in mehreren Genera-

tionen, führen. Ein Antrag auf Insolvenz birgt für viele das Risiko, das teilweise über Generationen aufgebaute Unternehmen endgültig zu verlieren. Dabei stellen nicht nur der materielle Verlust, sondern auch die Angst vor der Bloßstellung im privaten Lebensbereich und in der Branche große Hürden im Umgang mit der Krise dar. Auch der Fürsorgegedanke für die häufig schon langjährig im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer kann mittelständische Unternehmer davon abhalten, eine Sanierung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens in Betracht zu ziehen.

* Dr. Bernhard Becker ist Partner und Gesellschafter der comes Unternehmensberatung in Oldenburg sowie Geschäftsführer und Gesellschafter mehrerer mittelständischer Unternehmen. Christoph Kraemer ist Partner und Gesellschafter der comes Unternehmensberatung in Hamburg, Bernhard Bieckmann ist als WP/StB in Langwedel mit dem Schwerpunkt Sanierungsberatung tätig.

1 Vgl. BT-Drucks. 17/5712 S. 17.

2 Vgl. Bitter/Röder, ZInsO 2009 S. 1283 ff.

3 Vgl. Eidenmüller, Unternehmenssanierung nach der Insolvenzrechtsreform, 2011, S. 6; zitierend Kirstein, ZInsO 2006 S. 966, 967.

Gefordert wird
übereinstimmend,
dass die Beurtei-
lung der (drohen-
den) Zahlungs-
unfähigkeit an-
hand der im IDW
PS 800 dargeleg-
ten Richtlinien
zu erfolgen hat.

KSI 6/12 246 Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO

2. Das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO

Einen Schwerpunkt der Reform des Insolvenzrechts durch das ESUG bildet die Neuschaffung des sog. Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO, das das US-amerikanische Chapter-11-Verfahren⁴ zum Vorbild hat. Das Schutzschirmverfahren eröffnet dem noch nicht zahlungsunfähigen Schuldner ein eigenständiges Sanierungsverfahren, mit dem er innerhalb eines Zeitraums von drei Monaten unter Aufsicht eines von ihm vorgeschlagenen vorläufigen Sachwalters einen Sanierungsplan erarbeiten kann.

Das Vertrauen des Schuldners in das Insolvenzverfahren soll gestärkt werden, indem er auch nach dem Eröffnungsantrag die Kontrolle über das Unternehmen behält, mit einem Berater seines Vertrauens einen Sanierungsplan erarbeiten kann und dabei das Vermögen für einen begrenzten Zeitraum dem unmittelbaren Zugriff der Gläubiger entzogen wird.

2.1 Voraussetzungen für die Anordnung des Schutzschirmverfahrens

Das Schutzschirmverfahren kann unter den in § 270b InsO genannten Voraussetzungen vom Schuldner in Anspruch genommen werden; dort heißt es in Abs. 1:

- Der Schuldner muss einen Eröffnungsantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung stellen und die Eigenverwaltung beantragen (Satz 1).
- Es ist eine mit Gründen versehene Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorzulegen, aus der sich ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist (Satz 2).

2.2 Die nach § 270b Abs. 1 Satz 2 InsO erforderliche Bescheinigung

2.2.1 Überblick

Da der Gesetzgeber die Anforderungen an Inhalt und Form der Bescheinigung nicht näher konkretisiert hat und auch der zur Ausstellung berechnigte Personenkreis nicht klar abgegrenzt wurde, geben die bisher dazu

veröffentlichten Beiträge in der Fachliteratur keine einheitliche Meinung wieder. Neben der zentralen Frage, ob nur in Insolvenzsachen erfahrene Berufsträger oder auch andere Personen mit nachgewiesener insolvenzrechtlicher Qualifikation (z. B. Unternehmensberater) die Bescheinigung ausstellen dürfen⁵, gehen auch die Meinungen zum Umfang der vom Aussteller durchzuführenden Tätigkeiten recht weit auseinander, wobei ein umfassendes Sanierungsgutachten nach formalisierten Standards (z. B. nach den Anforderungen des IDW S 6)⁶ im Hinblick auf die Hinweise des Gesetzgebers⁷ nicht gefordert wird. Einigkeit herrscht dagegen weitgehend hinsichtlich der Kriterien für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit und der drohenden Zahlungsunfähigkeit. Hier wird übereinstimmend gefordert, dass die Beurteilung anhand der im IDW PS 800 dargelegten Richtlinien zu erfolgen hat⁸.

2.2.2 Die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit bzw. drohenden Zahlungsunfähigkeit

Ein Schuldner ist nach § 17 Abs. 2 InsO zahlungsunfähig, wenn er nicht mehr in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen.

Der BGH hat sich in einem Urteil aus 2005⁹ intensiv mit der Frage der Zahlungsunfähigkeit beschäftigt und eine Formulierung wie folgt vorgegeben: „Ein Unternehmen, das dauerhaft eine – wenn gleich geringfügige – Liquiditätslücke aufweist, erscheint nicht als erhaltenswürdig.“¹⁰ Zahlungsunfähigkeit liegt nach der Rechtsprechung des BGH regelmäßig jedenfalls dann vor, wenn der Schuldner 10% oder mehr seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten länger als drei Wochen nicht erfüllen kann, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zumutbar ist¹¹.

Im Prüfungsstandard IDW PS 800 hat das IDW entsprechende Rahmenparameter aus der BGH-Rechtsprechung abgeleitet. Zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit sind ein Finanzstatus und ein Finanzplan auf der Basis einer integrierten Unternehmensplanung (Erfolgs-, Vermögens- und Liquiditätsplanung) aufzustellen und die verfügbaren und innerhalb des Planungszeitraums flüssig zu machenden Mittel in Beziehung zu den am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten zu setzen¹².

4 Vgl. US Bankruptcy Code, Chap. 11.

5 Vgl. dazu zuletzt Jung/Haake in KSI 2012 S. 164 ff.

6 IDW S 6 „Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten“, siehe FN-IDW 11/2009 S. 578 ff.; zu den Inhalten des IDW S 6 vgl. Becker u. a., Die Weiterentwicklung des IDW S 6 als Maßstab für Sanierungskonzepte, DStR 2012 S. 981–986.

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

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

9 BGH-Urteil vom 24. 5. 2005 – IX ZR 123/04.

10 BGH-Urteil vom 24. 5. 2005 – IX ZR 123/04, Abschn. II.3.a.

11 Vgl. BGH-Urteil vom 12. 10. 2006 – IX ZR 228/03, Abschn. III.1, unter Hinweis auf BGH-Urteil vom 24. 5. 2005 – IX ZR 123/04; IDW PS 800, Tz. 10; siehe auch Heublein in KSI 2006 S. 12 ff.

12 Vgl. IDW PS 800, Tz. 20 ff.

Experten erwarten, dass die Rückkehr zum alten Überschuldungsbegriff zum 1. 1. 2014 nicht erfolgen wird.

Abb. 1 verdeutlicht die Zeiträume mit entsprechender Grenzbetrachtung¹³.

Ergibt sich aus der Planung, dass am Ende des Dreiwochenzeitraums die Liquiditätslücke nicht geschlossen werden kann, ist eine Fortschreibung der Planung für einen Drei- bzw. höchstens Sechsmonatszeitraum¹⁴ nötig, um festzustellen, ob die Liquiditätslücke in diesem Zeitraum dauerhaft beseitigt werden kann. Gelingt dies nicht, liegt Zahlungsunfähigkeit vor.

2.2.3 Die Beurteilung der Überschuldung

Der infolge der Finanz- und Wirtschaftskrise durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17. 10. 2008¹⁵ eingeführte und im Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (FMSStGÄndG)¹⁶ verlängerte modifizierte Überschuldungsbegriff in § 19 Abs. 2 InsO gilt nach aktueller Rechtslage noch bis zum 31. 12. 2013. Nach § 19 Abs. 2 InsO liegt eine Überschuldung (in der derzeit geltenden Gesetzesfassung) dann 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“. Dieser Überschuldungsbegriff entspricht dem schon vor Einführung der InsO angewendeten sog. modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff¹⁷. Die Aufstellung eines Überschuldungsstatus ist nach derzeitiger Rechtslage daher nur bei einer negativen Fortbestehensprognose erforderlich.

Ob es zum 1. 1. 2014 tatsächlich eine Änderung des Überschuldungsbegriffs in § 19 Abs. 2 InsO geben wird, erscheint zumindest fraglich, denn die vom BMJ im Frühjahr 2012 gemeinsam beauftragten Experten vom Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim (ZIS) und vom Institut Hommerich Forschung (IHF) sprechen sich klar gegen eine Rückkehr zum vor dem 18. 10. 2008 geltenden Gesetzeswortlaut aus, nach dem Überschuldung dann vorliegt, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Die Sachverständigen stützen sich bei ihrer Beurteilung auf eine Befragung von Insolvenzpraktikern und kommen zu dem Ergebnis, dass bei einer Rückkehr zum alten Überschuldungsbegriff zum 1. 1. 2014 damit zu rechnen sei, „dass lebensfähige Unterneh-

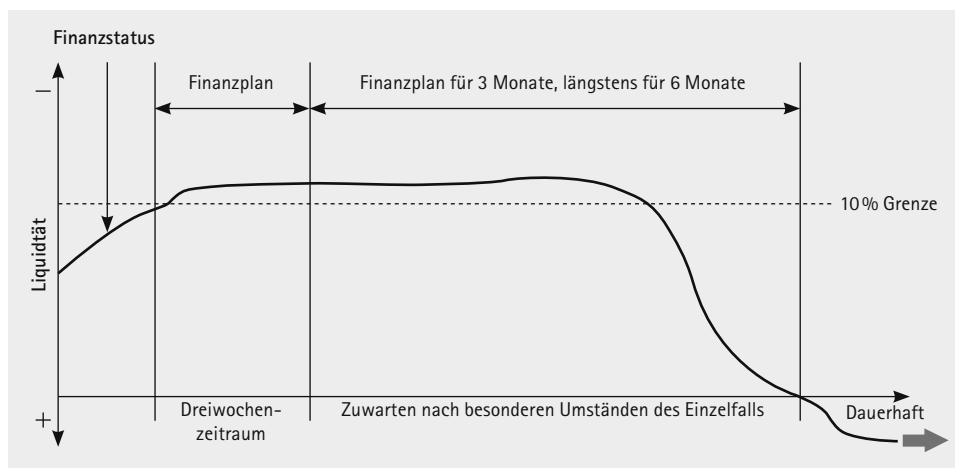


Abb. 1: Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit

men in ein Insolvenzverfahren gedrängt werden“¹⁸. Da in vielen Fällen bereits spätestens zum Jahresende 2012 absehbar sei, dass aufgrund des Anfang 2014 wieder geltenden (vorherigen) Überschuldungsbegriffs ein Insolvenzantrag gestellt werden müsse, sei eine positive Fortführungsprognose in diesen Fällen nicht mehr gegeben. Deshalb raten die Sachverständigen dem BMJ zu einer kurzfristigen Änderung der derzeitigen Gesetzeslage noch vor dem Jahresende 2012.

Unabhängig von der Frage der Verlängerung der Gültigkeit des modifizierten, zweistufigen Überschuldungsbegriffs über den 31. 12. 2013 hinaus oder der völligen Abschaffung der Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung sprechen sich die Experten für ein Insolvenzantragsrecht bei bestehender Überschuldung aus.

2.2.4 Die Beurteilung der nicht offensichtlich aussichtslosen Sanierung

Der Gesetzgeber hat sich nicht näher dazu geäußert, welche Kriterien bei der Beurteilung des Merkmals „nicht offensichtlich aussichtslos“ anzulegen sind. Er stellt lediglich klar, dass ein umfassendes Sanierungsgutachten nach formalisierten Standards nicht verlangt werden könne, da damit erhebliche Kosten verbunden seien und insbesondere kleineren und mittleren Unternehmen der Zugang zum Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO erheblich erschwert würde¹⁹. Neben den genannten Kostenaspekten spielt in der Praxis sicherlich auch der zeitliche Aspekt eine Rolle, denn gerade bei kleineren und mittleren Unternehmen ist in vielen Fällen zu vermuten, dass schnelle Entscheidungen notwendig sind, um nicht durch Zeitablauf von der Phase der drohenden Zahlungsunfähigkeit in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit zu geraten.

13 Vgl. Becker/Martin/Müller, KSI 2010 S. 144 f.

14 Vgl. IDW PS 800, Tz. 28.

15 Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarkts vom 17. 10. 2008 (BGBl I S. 1982).

16 Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 24. 9. 2009 (BGBl I S. 3151).

17 Vgl. Karsten Schmidt/Bitter, in: Scholz, GmbHG, Bd. III, 2010, Vor § 64 Rz. 15 ff.

18 Vgl. Bitter/Hommerich/Reiß, Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs – Expertenbefragung im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, ZIP 2012 S. 1201 ff.

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

In der Praxis wird auch die Frage zu beantworten sein, wie aktuell die Bescheinigung sein muss.

Das IDW hat im Entwurf des Standards IDW S 9²⁰ die Anforderungen an den Inhalt und den Aussteller der Bescheinigung aus Sicht des Berufsstands dargelegt²¹. Eventuelle Änderungs- oder Ergänzungsvorschläge zu dem Entwurf konnten noch bis zum 1. 10. 2012 beim IDW eingereicht werden.

Die Literaturmeinungen zum Beurteilungsmaßstab der nicht offensichtlich aussichtslosen Sanierung gehen teilweise deutlich weiter als es der IDW ES 9 vorsieht. Mit dem Hinweis auf Missbrauchsgefahren und Risiken für die Gläubiger, das Gericht und den vorläufigen Sachwalter wird gefordert, dass dem Gericht als Empfänger der Bescheinigung nicht nur eine formelle, sondern auch eine materielle Prüfung ermöglicht werden müsse²². Voraussetzung für diese materielle Prüfung wären umfangreiche Ausführungen zur Begründung der nicht offensichtlichen Aussichtslosigkeit der Sanierung, die sich an die im IDW S 6 geforderten Inhalte anlehnen²³. Teilweise wird es auch für notwendig erachtet, dass das Gericht zusätzlich einen externen Gutachter beauftragt²⁴.

In der Praxis wird auch die Frage zu beantworten sein, wie aktuell die Bescheinigung sein muss. Auch wenn eine Ausstellung auf den Stichtag der Insolvenzantragstellung kaum gefordert werden kann, wird das Gericht im Ergebnis nur wenige Tage zwischen Ausstellungsdatum und Insolvenzantragstellung akzeptieren können, da ansonsten die für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Schutzschirmverfahrens notwendigen Voraussetzungen (insbesondere das Kriterium der noch nicht eingetretenen Zahlungsunfähigkeit) nicht mehr gegeben sein könnten.

2.2.5 Anforderungen an den Aussteller der Bescheinigung

Die in § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO vom Aussteller der Bescheinigung geforderte Erfahrung in Insolvenzsachen und die Frage der dem Beruf des Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts „vergleichbaren Qualifikation“ wird vom Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung nur insoweit näher erläutert, als dort auch beispielsweise Steuerbevollmächtigte oder vereidigte Buchprüfer genannt sind²⁵. In der Literatur hat sich bisher noch keine einheitliche Auffassung zum berechtigten Personenkreis und zu den An-

forderungen an den Nachweis der fachlichen Eignung des Ausstellers herausgebildet²⁶. Bei *Fuchsen*²⁷ ist dabei der Eindruck entstanden, dass sich die in den Publikationen genannten Anforderungen stark an der eigenen beruflichen Fachspezialisierung des jeweiligen Autors orientieren.

Einigkeit dürfte allerdings darüber bestehen, dass ein erworbener Titel ohne den Nachweis der praktischen Erfahrung in Insolvenzsachen nicht ausreicht, um den gesetzlichen Anforderungen zu genügen.

2.3 Ablauf des Schutzschirmverfahrens

Nach positiver Prüfung des vom Schuldner eingereichten Antrags auf Anordnung eines Schutzschirmverfahrens wird das Gericht

- einen vorläufigen Sachwalter nach § 270a InsO bestellen, wobei das Gericht an den Vorschlag des Schuldners gebunden ist, es sei denn, die vorgeschlagene Person ist „offensichtlich ungeeignet“ (§ 270b Abs. 2 Satz 2 InsO), und
- dem Schuldner eine maximal dreimonatige Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans setzen (§ 270b Abs. 1 Satz 2 InsO).

Die „Schutzwirkung“ des § 270b InsO zeigt sich insbesondere darin, dass das Gericht auf Antrag des Schuldners ein Verwertungs- und Vollstreckungsverbot anordnen (§ 270b Abs. 2 Satz 3 InsO) und der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründen kann²⁸. Das Gesetz sieht bei Antrag des Schuldners auf Anordnung des Rechts zur Begründung von Masseverbindlichkeiten nach § 270b Abs. 3 InsO keinerlei Prüfungsbefugnis des Gerichts vor. Der Schuldner erlangt damit über die Anordnung des Gerichts das unbeschränkte Recht zur Begründung von Masseverbindlichkeiten, welches ansonsten nur dem vorläufigen Insolvenzverwalter zustand. Der Gesetzgeber begründet dies damit, dass es notwendig sei, den eigenverwaltenden Schuldner in der besonders kritischen Phase der Insolvenzeröffnung dadurch zu unterstützen, dass ihm die Möglichkeit eröffnet wird, quasi in die Rechtsstellung eines starken vorläufigen Insolvenzverwalters einzurücken²⁹.

Damit wird die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners ausschließlich beim Schuldner konzentriert. Die Tätigkeit des vorläufigen Sachwalters wird lediglich auf eine Überwachungsfunktion begrenzt³⁰. Er kann nach Meinung des Gesetzgebers nicht mehr Kompetenzen haben als der Sachwalter bei der Eigenverwaltung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

20 IDW ES 9 „Bescheinigung nach § 270b InsO“, siehe FN-IDW 4/2012 S. 282 ff.

21 Vgl. auch Hess, KSI 2012 S. 126–129. Zur Verabschiedung der endgültigen Fassung vgl. Gross in diesem Heft auf S. 241.

22 Z. B. Buchalik, ZInsO 2012 S. 349, mit Verweis auf Obermüller, ZInsO 2011 S. 1809, 1818, und Frind, ZInsO 2012 S. 540 f.

23 Vgl. Buchalik/Krauss, KSI 2012 S. 63 f.

24 Vgl. Buchalik/Krauss, KSI 2012 S. 64, mit Verweis auf Frind, ZInsO 2011 S. 2249, 2261.

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

26 Vgl. z. B. Jung/Haake, KSI 2012 S. 164 ff., mit den dort genannten weiteren Literaturhinweisen.

27 Fuchsen, Stbg 2012 S. 303.

28 § 270b Abs. 3 InsO, mit Hinweis auf § 55 Abs. 2 InsO.

29 Vgl. BT-Drucks. 17/7511 S. 37.

30 Vgl. BT-Drucks. 17/7511 S. 37.

Das Schutzschirmverfahren endet durch:

- Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Beschluss nach § 27 InsO
oder
- Aufhebung nach § 270b InsO.

Der ursprünglich von der Bundesregierung vorgelegte Gesetzesentwurf sah vor, das Schutzschirmverfahren zwingend zu beenden, wenn nach Anordnung des Verfahrens Zahlungsunfähigkeit eintritt. Diese Regelung hätte das Vertrauen in das Schutzschirmverfahren untergraben, denn einzelne Gläubiger hätten durch Fälligkeit ihrer Zahlungen die Möglichkeit gehabt, die Zahlungsunfähigkeit eintreten zu lassen und damit das Verfahren auch gegen den Willen der Mehrheit der Gläubiger zu beenden. Der Gesetzgeber hat auf die von vielen Seiten geäußerte Kritik an dieser Regelung reagiert und den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit als Beendigungsgrund für das Schutzschirmverfahren gestrichen. Allerdings besteht nach § 270b Abs. 4 InsO eine unverzügliche Anzeigepflicht des Schuldners oder des vorläufigen Sachwalters bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit.

Der Regelfall sieht vor, dass der Schuldner innerhalb der vom Gericht bestimmten Frist den von ihm erarbeiteten Insolvenzplan vorlegt und das Gericht das Insolvenzverfahren nach den allgemeinen Vorschriften eröffnet. Über den Insolvenzplan wird dann im eröffneten Insolvenzverfahren entschieden.

2.4 Stärkung der Gläubigerrechte

Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Stärkung der Gläubigerrechte als einer der Schwerpunkte³¹ der Insolvenzrechtsreform wird u. a. dadurch erreicht, dass bereits unmittelbar nach Eröffnungsantrag ein vorläufiger Gläubigerausschuss eingesetzt werden kann. Bei Überschreiten der in § 22a InsO genannten Größenkriterien ist die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses durch das Insolvenzgericht obligatorisch. Auch unterhalb der Schwellenwerte soll das Gericht auf Antrag des Schuldners, des vorläufigen Sachwalters oder eines Gläubigers einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, wenn Mitglieder benannt und deren Einverständniserklärungen dem Antrag beigefügt werden (§ 22a Abs. 2 InsO).

Der vorläufige Gläubigerausschuss hat grundsätzlich dieselben Rechte, Pflichten und Aufgaben wie der endgültige Gläubigerausschuss nach §§ 67, 69 InsO. Die wesentliche Änderung und damit verbundene Erweiterung der Rechte des vorläufigen Gläubigerausschusses sind im Recht zur Mitwirkung bei der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters gem. § 56a InsO zu sehen.

Beim Antrag auf Eigenverwaltung nach § 270 InsO ...

- ... ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss vor der Entscheidung über den Antrag Gelegenheit zur Äußerung zu geben (§ 270 Abs. 3 Satz 1 InsO).
- ... muss das Gericht dem Antrag stattgeben, wenn der Antrag von einem einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses unterstützt wird (§ 270 Abs. 3 Satz 2 InsO i.V. mit § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO).

Im Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO ist auf Antrag des vorläufigen Gläubigerausschusses das Verfahren vor Ablauf der vom Gericht gesetzten Frist aufzuheben (§ 270 Abs. 4 Nr. 2 InsO). Andererseits bietet die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses dem Schuldner Schutz vor den Anträgen einzelner Gläubiger, die geltend machen, dass die Sanierungsbemühungen zu Nachteilen für die Gläubiger führen. Derartige Anträge einzelner Gläubiger sind nur für den Fall, dass kein vorläufiger Gläubigerausschuss eingesetzt wurde, zulässig (§ 270 Abs. 4 Nr. 3 InsO).

Ob Schuldner, die die Schwellenwerte des § 22a InsO nicht überschreiten, die Einsetzung eines fakultativen vorläufigen Gläubigerausschusses beantragen sollten, ist für den Einzelfall zu beantworten. Die Sanierung im Schutzschirmverfahren ist grundsätzlich auf einen Konsens zwischen Schuldner und Gläubigern ausgerichtet. Deshalb erscheint bereits im Vorfeld des Antrags eine intensive Einbindung der wesentlichen Gläubiger unverzichtbar.

3. Praxisempfehlungen zur Anwendung im Mittelstand

Auch im Mittelstand stößt das Schutzschirmverfahren auf großes Interesse. Viele Unternehmer, deren Firmen sich in der Krise befinden, haben selbst oder über ihre Berater von den neuen Möglichkeiten des ESUG gehört und sehen darin die Chance, die eigene Firma zu sanieren, ohne das Heft des Handelns aus der Hand zu geben und auch nach der Sanierung noch Eigentümer des Unternehmens zu bleiben.

3.1 Variierende Anforderungen berücksichtigen

In den nächsten Wochen und Monaten wird sich in der Praxis noch eine Fülle an Stolpersteinen ergeben, die erst im Zuge von geübter Rechtsprechung zu einer gewünschten einheitlichen Handhabung des Verfahrens führen werden. So hat sich nach den persönlichen Erfahrungen der Autoren bereits herausgestellt, dass von Amtsgericht zu Amtsgericht die Anforderungen an eine entsprechende Bescheinigung variieren. Teilweise ist lediglich die Vorlage einer Bescheinigung, wie vom IDW im ES 9 beschrieben, ausreichend. Andere Amtsgerichte hingegen erwarten detailliertere Konzepte und

31 Vgl. BT-Drucks. 17/5712 S. 24.

Nach Genehmigung des Schutzschirmverfahrens ist es für die erfolgreiche Sanierung wichtig, die Aufrechterhaltung der operativen Geschäftstätigkeit und der Zahlungsfähigkeit sicherzustellen.

KSI 6/12 250 Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO

Planungen, die einem ausgearbeiteten Insolvenzplan bereits sehr nahe kommen.

In der Praxis empfiehlt sich eine enge Abstimmung mit den zuständigen Personen des jeweiligen Gerichts. Unabhängig von einem konkreten Antragsverfahren kann z. B. bereits mit dem infrage kommenden Gericht erörtert werden, welche Nachweise vom Aussteller der Bescheinigung nach § 270b InsO erwartet werden, um die vom Gesetz geforderte Erfahrung in Insolvenzsachen darzulegen³². Gleiches gilt auch für die Auswahl und den Zeitpunkt der Einbindung eines möglichen Sachwalters. Selbst wenn die fachliche Eignung unstrittig ist (z. B. wenn der Sachwalter bereits zuvor von dem jeweiligen Amtsgericht in anderen Fällen zum Insolvenzverwalter bestellt wurde), ist eine vorherige Einbindung des Sachwalters in das Antragsverfahren zu vermeiden oder zumindest auf ein Minimum zu reduzieren, um weiterhin die Unabhängigkeit und Unbefangtheit sicherstellen zu können.

3.2 Schwierigkeiten bei der Besetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses einkalkulieren

Die Berufung eines bestimmten vorläufigen Sachwalters kann durch entsprechende Beantragung durch den vorläufigen Gläubigerausschuss beeinflusst werden. In der Praxis ist die Gründung bzw. die Einberufung des vorläufigen Gläubigerausschusses zu einem sehr frühen Zeitpunkt jedoch aus organisatorischen Gründen schwierig. Während für die Hauptgläubiger (i. d. R. die Banken) erfahrungsgemäß schnell Vertreter gefunden werden können, verhält es sich bei anderen Gläubigern (und hierbei insbesondere bei den Lieferanten) oft anders. In der Praxis hat es sich als hilfreich erwiesen, einen Rechtsanwalt als Vertreter der Lieferanten zu etablieren, der möglichst schnell die wesentlichen Lieferanten anspricht, sie über die Situation unterrichtet und sich Vertretungsvollmachten ausstellen lässt, um deren Interessen im vorläufigen Gläubigerausschuss wahrzunehmen.

3.3 Aufrechterhaltung des operativen Geschäfts sicherstellen

Nach Genehmigung des Schutzschirmverfahrens ist es für die erfolgreiche Sanierung wichtig, die Aufrechterhaltung der opera-

tiven Geschäftstätigkeit und der Zahlungsfähigkeit sicherzustellen. Hierfür werden durch die „Einfrierung“ der Altverbindlichkeiten und die Zahlung des Insolvenzgelds gute Voraussetzungen geschaffen. Allerdings ist damit zu rechnen, dass mit Antragstellung der überwiegende Teil der Lieferanten weitere Leistungen nur noch gegen Vorkasse erbringen wird. Die hierfür benötigte Liquidität kann erfahrungsgemäß nur durch bei Antragstellung vorhandene freie Guthaben oder durch künftige Zahlungseingänge generiert werden. Es muss also kurzfristig dafür Sorge getragen werden, dass die Kunden weiterhin Zahlungen an das Unternehmen leisten. Zudem ist im Fall einer bestehenden Globalzession als Sicherheit für Bankkredite die Frage zu klären, ob die eingehenden Zahlungen dem Unternehmen überhaupt zur freien Verfügung stehen. Es sollten daher möglichst schon im Vorfeld des Insolvenzantrags Absprachen mit den Banken über eingehende Gelder getroffen werden.

3.4 Instrument der Insolvenzgeldvorfinanzierung nutzen

Das Instrument der Insolvenzgeldvorfinanzierung steht auch dem Schuldner im Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO zur Verfügung. Voraussetzung für die Zahlung des Insolvenzgelds ist allerdings die spätere Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der damit verbundene Eintritt des Insolvenzeignisses i. S. des § 183 Abs. 1 Nr. 1 SGB III. Die für die kollektive Abtretung der Insolvenzgeldansprüche erforderliche Zustimmung (§ 188 Abs. 4 SGB III) der Agentur für Arbeit wird regelmäßig erteilt, wenn mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein erheblicher Teil der Arbeitsplätze erhalten bleibt. Da das Insolvenzgeld i. d. R. einen unverzichtbaren Baustein bei der Sanierung des Unternehmens darstellen wird, sollte bereits aus dem Grobkonzept des Sanierungsplans, welches der Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO zugrunde liegt, erkennbar sein, ob die Voraussetzungen zur Insolvenzgeldvorfinanzierung erfüllt werden. Wird in der Bescheinigung explizit auf das Vorliegen der Voraussetzungen eingegangen, kann diese auch der Agentur für Arbeit bei Einholung der Zustimmungserklärung vorgelegt werden.

Um der Belegschaft möglichst schnell die Lohn- und Gehaltsfortzahlung zu garantieren, empfiehlt es sich, einen mit der Beantragung des Insolvenzgelds erfahrenen Fachmann zu beauftragen, der bereits vor Antragstellung alle relevanten Personaldaten erheben und die Anträge bei der Agentur für Arbeit vorbereiten kann. Idealerweise verfügt dieser zudem über eine ausreichende Kreditlinie bei einer Bank, um die Zahlung der Löhne und Gehälter gegen Unterzeichnung der Abtretungserklärung bereits kurzfristig leisten zu können und sich so der Mitarbeit und der Motivation der Belegschaft zu versichern.

3.5 Kündigungsrechte beachten

Im Übrigen sei noch ausdrücklich erwähnt, dass es im Rahmen des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO keine Sonderkündigungsrechte für bestehende Vertragsverhältnisse gibt. Sind also umfangreiche Kostenreduzierungen im Rahmen des Sanierungskonzepts vorgesehen, so sind diese unter Berücksichtigung von bestehenden Verträgen zu verhandeln. Dies betrifft z. B. Miet- und Leasingverträge, aber vor allem auch Arbeitsverträge.

³² So auch Buchalik/Krauss, KSI 2012 S. 61.

Immer ist bereits im Vorfeld eines Antrags eine enge und frühzeitige Abstimmung zwischen dem Schuldner, seinen Gläubigern und dem zuständigen Gericht zu empfehlen.

3.6 Zwischenergebnis

Die skizzierten Probleme in der Praxis sprechen dafür, dass bis zur Entwicklung eines allgemein gültigen Modus Vivendi intensive Gespräche sowohl mit dem zuständigen Amtsgericht als auch mit den Gläubigern zu führen sind, um die Möglichkeiten des Schutzschirmverfahrens zum Wohle des Unternehmens, seiner Gesellschafter und der Gläubiger zu nutzen. Hierbei sind frühzeitig das Know-how und die Unterstützung von externen Beratern einzubinden.

4. Zusammenfassung

Mit dem neu geschaffenen Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO wurde eine deutliche Stärkung der Eigenverwaltung beachtet, um dem eigentlichen Ziel der Insolvenzordnung, nämlich der geordneten

Weiterführung von sanierungsfähigen Unternehmen in Schieflagen, weiter entgegenzukommen. Der Schuldner hat damit die Möglichkeit erhalten, einen Insolvenzplan unter Aufsicht eines von ihm bestimmten vorläufigen Sachwalters auszuarbeiten und das Unternehmen als solches wieder marktfähig zu gestalten.

Insbesondere die Aussicht, das Unternehmen in Eigenverwaltung weiterführen zu können, dürfte es gerade dem einen oder anderen mittelständischen Unternehmer leichter machen, rechtzeitig den Schritt zur Einleitung dieser Sanierungsmaßnahme zu gehen. Hierdurch ergeben sich neue Chancen zum Erhalt von Unternehmen und damit zum Fortbestand häufig über Jahrzehnte aufgebauter, qualifizierter Arbeitsplätze.

Erfahrungen in anderen Ländern bestärken die Annahme, dass dieses Verfahren auch in Deutschland zügig umfangreicher angenommen werden wird. Da sich bisher noch keine einheitliche Verfahrenspraxis entwickelt hat oder auch nie ergeben wird, ist bereits im Vorfeld eines Antrags eine enge und frühzeitige Abstimmung zwischen dem Schuldner, seinen Gläubigern und dem zuständigen Gericht immer zu empfehlen.