

sein.⁶⁰ Die Geschäftsführung könnte daher angesichts dieses Szenarios erwägen, in der Gesellschafterversammlung unter Umständen sogar unerwähnt zu lassen, dass sie die Stellung des Insolvenzantrags beabsichtigt, sollten die Gesellschafter keine Sanierungsmaßnahmen ergreifen. Dieses Vorgehen ließe sich mit dem Hinweis begründen, dass die Geschäftsführung nur Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft und nicht gegenüber den Gesellschaftern treffen.⁶¹ Inwiefern dies jedoch bei einem derart weitreichenden Schritt vertretbar ist, darf bezweifelt werden. Schließlich wären Gesellschafter unter dem Damoklesschwert eines angekündigten Insolvenzantrags gegebenenfalls doch noch bereit, Sanierungsbeiträge zu leisten.

III. Fazit

Es kann festgehalten werden, dass die Einbeziehung der Gesellschafter bei der Insolvenzantragsstellung im Stadium des § 18 InsO zwar durchaus sinnvoll, aber nicht zwingend erforderlich ist. Denn will man das Handeln der Geschäftsführung an der Business Judgement Rule orientieren, so

muss sich ein Insolvenzantrag hieran messen lassen und nicht am möglicherweise abweichenden Interessen der Gesellschafter. Gerade nach Inkrafttreten des ESUG und der damit einhergehenden Sanierungskultur bei gleichzeitiger Stärkung der Gläubigerrechte sind hier widerstreitende Positionen denkbar.

Angesichts der potenziellen Haftungsrisiken bei Insolvenzantragsstellung ohne oder wider eines Gesellschafterbeschlusses ist jedoch eine Einbeziehung der Gesellschafter eindeutig zu präferieren. Dissonanzen zwischen Gesellschaftern und der Geschäftsführung dürften in einem strategischen Insolvenzverfahren ohnehin besonders schädlich sein. ■

- 60 Im Fall *BGH*, NJW-RR 2007, 690, lagen zwischen der (unwirksamen) Abberufung und der Entscheidung durch den *BGH* vier Jahre; *Eidenmüller*, ZIP 2014, 1197 (1201), weist darauf hin, wie essenziell wichtig ein eindeutig wirksamer Insolvenzantrag ist.
- 61 *MüKoGmbHG/Stephan/Tieves*, § 35 Rn. 88; *Fleischer*, WM 2003, 1045 (1046).

Zur Rechtsprechung

Rechtsanwalt Klaus Siemon*

Behandlung von Kosten der Eigenverwaltung als Gläubigerbenachteiligung

Anmerkung zu AG Aachen, Beschl. v. 1.12.2017 – 92 IN 187/17, und AG Köln, Beschl. v. 15.11.2017 – 74 IN 103/16

Das AG Aachen hat bei Eröffnung des Verfahrens die Eigenverwaltung aufgrund von Nachteilen iSd § 270 II 2 InsO abgelehnt; während das AG Köln aufgrund einer Nachteilsanzeige des Sachwalters gem. § 274 III InsO eine Gläubigerversammlung zwecks Beschlussfassung über den Fortbestand der Eigenverwaltung einberuft. In beiden Beschlüssen geht es um die Kosten der Eigenverwaltung, aus denen jeweils Nachteile für die Gläubiger abgeleitet werden.

I. Behandlung der Kosten der Sanierungsberatung

Die Verfahrenskonstellation, in der die Gerichte ihre Entscheidungen zu treffen hatten, ist symptomatisch für Eigenverwaltungsverfahren. Die Behandlung der Kosten der Sanierungsberatung ist im Gesetz nicht geregelt, so dass es darüber zu unterschiedlichen Auffassungen kommt. Es schließt sich ein „Zivilrechtsstreit“ der eigenen Art an. Fast muss man *Haarmeyer* für seine Anmerkung zu *AG Aachen*¹ dankbar sein. Denn er gibt das wieder, was man als Entgegnung liest, wenn ein Sachwalter Nachteile anzeigt oder ein Gericht die Anordnung der Eigenverwaltung ablehnt. Das *AG Aachen*² habe die wirklichen Gründe verschleierte, sei emotional empört, unterstelle Verdächtigungen gegenüber dem Schuldner und benutze Argumente, die man wirklich nicht lesen möchte, meint *Haarmeyer*. Der vorläufige Sachwalter habe Nachteile nur angezeigt, um selbst Verwalter zu werden; das *AG Aachen* bevormunde, verkenne die gläubigerautonome Gestaltungsmacht und so weiter.

II. Bewertung der Entscheidungen des AG Aachen und AG Köln

Der Mut des *AG Aachen* und des *AG Köln*,³ sich einem solchen Streit zu stellen, soll ausdrücklich gelobt und herausgestellt werden.

Der Gesetzgeber des ESUG begeht einen Grundfehler, der sich durch viele offene Rechtsfragen zieht. Er stellt die Eigenverwaltung der Insolvenzverwaltung durch einen unabhängigen Insolvenzverwalter gleich, ohne hinreichend sicher zu stellen, dass die Eigenverwaltung zu einem fairen Interessenausgleich führt und das Verfahrensziel der bestmöglichen, gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung erfüllt wird. Die Regelungen zum Sachwalter oder die Eingriffsbefugnisse des Insolvenzgerichts enden immer an einem Punkt. Es ist nicht möglich, die Verfügungsbefugnis des Schuldners zu unterbinden. Er muss nicht einmal fürchten, dass der Insolvenzplan gerichtlich nicht bestätigt wird, wenn er die gerichtlichen

* Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht und Insolvenzverwalter in Düsseldorf, Köln, Essen, Frankfurt a. M. und Erfurt. – Zugleich Besprechung der Entscheidungen *AG Aachen*, Beschl. v. 1.12.2017 – 92 IN 187/17, BeckRS 2017, 140125, und *AG Köln*, Beschl. v. 15.11.2017 – 74 IN 103/16, NZI 2018, 210 (in diesem Heft).

1 *Haarmeyer*, ZInsO 2018, 273.

2 *AG Aachen*, Beschl. v. 1.12.2017 – 92 IN 187/17, BeckRS 2017, 140125.

3 *AG Köln*, NZI 2018, 210 (in diesem Heft).

oder gesetzlichen Vorgaben nicht einhält. Ist die Eigenverwaltung, die ohne jede Voraussetzung beantragt werden kann, einmal angeordnet, kann der Schuldner verfahren wie es ihm beliebt. Möglich sind dann nur noch „Sekt oder Selters“-Entscheidungen gem. § 272 InsO, die der Schuldner nicht zu fürchten braucht, wenn er wichtige Gläubiger oder den Gläubigerausschuss im Griff hat oder wenn aufgrund des Verfahrensfortschrittes ein Wechsel in der Verfahrensführung einfach nicht mehr sinnvoll ist.

Im Fall des *AG Köln* lässt es die Gesetzeslage zu, dass der Schuldner „gefahrlos“ eine Vergleichsrechnung darlegt, die durch die tatsächlichen Umstände überholt wird. Es bleibt auch ohne Folgen, wenn die Kosten unzutreffend angegeben oder dadurch verschleiert werden, dass sie zunächst der Insolvenzmasse gestundet sind. Klar müsste dies dem Sachwalter offenbart werden. Geschieht es aber nicht, treten keine wirklichen Folgen ein. Auch ohne Zustimmung des Sachwalters ist die Masse belastet. Auch bleibt die Verletzung von Mitwirkungspflichten ohne Folgen. Der Fall des *AG Köln* zeigt, dass man diese ja auch noch nachholen kann, wenn es brenzlich wird. In seiner berechtigten Sorge um die Interessen der Gläubigergesamtheit ordnet das *AG Köln* die Einberufung einer Gläubigerversammlung an. Dass diese immer für die Aufhebung votiert, ist dabei noch längst nicht ausgemachte Sache. Denn ein Gläubiger stellt sich in der Versammlung – wenn er dann aufgrund seines negativen Kosten-Nutzenverhältnisses und einer Quotenerwartung von null überhaupt teilnimmt – die aus seiner Sicht berechtigte Frage: Was bringt die Aufhebung jetzt? Die Antwort dürfte nicht selten lauten: Gar nichts. Es ist zudem für einen Schuldner relativ einfach, genügend Gläubiger auf seine Seite zu ziehen, etwa in dem er diesen Sondervorteile zukommen lässt. Die Möglichkeiten dafür sind vielfältig, zB durch Befriedigung von Altverbindlichkeiten. Haftung ist nicht zu erwarten; jedenfalls nicht gesetzlich normiert, wie das *OLG Düsseldorf*⁴ bestätigt.

Das *AG Aachen* versucht früh einzugreifen und verweigert die Eigenverwaltung gleich bei Eröffnung. Naturgemäß muss ein Gericht dann auf Prognosen zurückgreifen und es bewegt sich auf unsicherer Tatsachengrundlage. Die Folge ist eine Attacke gegen das Gericht, der man sich als Gericht nur sehr ungerne aussetzt. *Haarmeyer* vollführt diese Attacke exemplarisch. Der Verfasser hat Ähnliches einige Male erlebt. Deshalb höchstes Lob für das *AG Aachen*, das zum Prügelknaben einer verfehlten Rechtslage wird.

Es lohnt sich, die Dinge sanierungstechnisch zu betrachten, denn Ziel des ESUG war es ja, die Sanierungskultur zu verbessern. Die Kosten der Sanierungsberatung betragen im Fall des *AG Aachen* für das 2,5 Monate dauernde Antragsverfahren 133.213,69 Euro, mithin monatlich 53.285,48 Euro. Es fehlen Angaben zum Umsatz, wobei es sich um ein Produktionsunternehmen mit 65 Arbeitnehmern handelt und deshalb ein Umsatz von fünf Mio. Euro jährlich geschätzt wird. Damit belasten bei einem Umsatz von ca. 416.000 Euro die Kosten der Sanierungsberatung mit 53.285,48 Euro das monatliche Ergebnis des insolventen Unternehmens erheblich. Ein Unternehmen dieser Größenordnung ist unmöglich in der Lage, durch eine operative Restrukturierung oder eine in der Insolvenz kaum mögliche Umsatzsteigerung die zusätzliche Kostenbelastung aufzufangen. Die Praxis zeigt, dass derartige Ergebnisbelastungen durch die Sanierungsberatung „normal“ sind. Der Verfasser war Sachwalter in einem Fall, in dem der monatliche Umsatz

128.000 Euro und die Kosten der Sanierungsberatung 50.000 Euro betragen.

Im Fall des *AG Köln* war im Juli 2016 der Insolvenzplan für September 2016 angekündigt worden und er lag bei Entscheidung im November 2017 noch nicht vor. Eine Verfahrensbeendigung war noch nicht absehbar. Das *AG Köln* teilt die absoluten Zahlen nicht mit, aber unbezahlte Masseverbindlichkeiten von 2,48 Mio. Euro deuten auf eine existenzgefährdende Verlustsituation hin. Nachteile der Eigenverwaltung ergeben sich insbesondere dann, wenn durch die Eigenverwaltung eine Verlustsituation nicht behoben, sondern verschärft wird.

Ebenso bedeutsam ist die Belastung der Liquiditätssituation. Die Folge einer verlustreichen Fortführung ist erfahrungsgemäß die Masseunzulänglichkeit und die außerordentliche Gefährdung der Neugläubiger im Verfahren. Selbst wenn es nicht so weit kommt, belastet der frühe Liquiditätsentzug durch Beraterkosten die Sanierungschancen. Das wichtigste Instrument deutscher Sanierungskultur wurde spätestens durch ein Grundsatzurteil des *BSG* aus dem Jahr 1995⁵ geschaffen. Es segnete die Insolvenzgeldvorfinanzierung ab, wodurch ein weltweit einzigartiges Liquiditätsschöpfungsinstrument entstand. Das Insolvenz-antragsstadium als besondere Eigenart deutscher Sanierungskultur diente damit der Schöpfung von Liquidität, um Sanierungschancen zu schaffen. Eine vollständige Eigenfinanzierung der Fortführung, die durch die Vorfinanzierung im Regelfall ermöglicht wird, hat bedeutende sanierungstechnische Vorteile. Wie die Besprechungsfälle, aber auch andere Fälle zeigen, ist es in der Eigenverwaltung der Regelfall, dass die im Antragsstadium geschaffene Liquidität zur Bestreitung von Beraterkosten eingesetzt wird, die die Verlustsituation des Unternehmens erheblich verschlechtern. Entgegen der Prinzipien der Sozialen Marktwirtschaft führt die Insolvenzgeldvorfinanzierung in der Eigenverwaltung damit zu einer Subventionierung notleidender Unternehmen. Gegen eine solche Subventionierung hatte sich bereits der Gesetzgeber der *InsO* im Hinblick auf die marktwirtschaftliche Ausrichtung der Insolvenzrechtsreform ausgesprochen.⁶

Sanierungstechnisch bedeuten diese Umstände einen gravierenden Rückschritt. Notwendig sind dann Massekredite oder unechte Massekredite in Form von Stundungen der Honorare, was insbesondere bei fehlender Anzeige gegenüber dem Sachwalter zu zusätzlichen Gläubigergefährdungen führt. Massekredite ziehen Sicherheitenbestellungen nach sich. Mittels Massekredit und Sicherheitenbestellung kann das gläubigerbestimmte Verfahren vollends ausgehebelt werden, denn ist die Sicherheit einmal bestellt, entscheidet der Sicherheitenehmer über den Gang des Verfahrens. Die §§ 165 ff. *InsO* gelten insoweit nicht. Dabei unterbindet das Gesetz nicht einmal die Sicherheitenbestellung für gestundete Beraterhonorare.

Ein Verwalter im Regelverfahren belastet die Masse demgegenüber erst deutlich später und arbeitet mit „eigenem Geld“, weil seine Vergütung als vorläufiger Verwalter im Regelfall erst nach dem Berichtstermin, also ca. fünf bis sechs Monate nach Antragstellung, und ein erster Vorschuss auf die Verwaltervergütung erst nach dem 2. Zwischenbericht, also 17 bis 18 Monate nach Antragstellung, festgesetzt werden. Das Arbeiten mit „eigenem Geld“ ist ein in der

⁴ *OLG Düsseldorf*, NZI 2018, 65.

⁵ *BSG*, Urt. v. 22.3.1995 – 10 RAr 1/94, BeckRS 1995, 30754155.

⁶ BT-Drs. 12/3803, 114 zu Nr. 14.

internationalen Vermögensverwaltung anerkanntes Qualitätskriterium. Es führt zu Kosten- und Risikobewusstsein. Die Vergütung des Verwalters wird in einem rechtsstaatlich geordneten Verfahren auf Basis eines Gesetzes festgesetzt, während Schuldner und Berater dies zulasten der Gläubiger im stillen Kämmerlein vereinbaren können, wie die Besprechungsfälle zeigen.

Haarmeyer argumentiert mit gläubigerautonomer Gestaltungsmacht.⁷ Das Gericht zwingt den Beteiligten seine ordnungspolitischen Vorstellungen auf. Diese Argumente sind inhaltlich unzutreffend und rechtlich verfehlt. Die nicht beschränkbare Verfügungsmacht des Schuldners als der Kern der Eigenverwaltung deutscher Prägung ist nicht gläubigerautonom, sondern gläubigergefährdend. Nicht die Gläubiger lenken das Verfahren, sondern die Berater des Schuldners, die ganz oft das Unternehmen während der Insolvenzphase faktisch übernehmen, und zwar ohne irgendeiner Haftung ausgesetzt zu sein. Dem sprichwörtlichen nackten Mann werden damit nicht nur die Taschen gefüllt, sondern es wird ihm das Portemonnaie zur freien Verfügung in die Hand gegeben. Es widerspricht nicht nur einer gläubigerbestimmten Verfahrensführung, wenn dem Sachwalter als dem Vertreter der Gläubiger der Beratervertrag nicht vorgelegt wird, es an Liquiditätsplanungen, Aufstellungen der Masseverbindlichkeiten und daran fehlt, dass nicht bezahlte Masseverbindlichkeiten von 2,48 Mio. Euro offenbart werden, und dies über Monate ohne Folgen bleibt. Es fehlt auch an einer ordnungsgemäßen Insolvenzverwaltung. Gläubiger können autonom nichts gestalten,

wenn sie keine Rechte haben und ihnen Informationen vor-
enthalten werden.

III. Fazit

Der normale Gläubiger vertraut in die Regelungen des Gesetzes und geht davon aus, Gericht und Verwalter werden seine Rechte schützen. Richtig und fair wäre es, dem normalen Gläubiger zu sagen, dass seine Rechte durch das ESUG nicht geschützt werden und er sich kaum anderweitig sichern kann. Zum wiederholten Male weist der Verfasser darauf hin, dass das ESUG verfassungswidrig ist. Die Eingriffe in die Grundrechte der normalen Gläubiger sind nicht verhältnismäßig, weil der Schuldner jede Verfügungsmacht hat, die Gläubiger unkontrolliert mit Kosten zu belasten. In der Folge ist der Schuldner in der Lage, die Quote für die Gläubiger nach seinem Belieben zu steuern.⁸ Ist der Zustand der Masseunzulänglichkeit wie im Fall des *AG Köln* mit 2,48 Mio. Euro nicht bezahlten Masseverbindlichkeiten erreicht, dann wird in der Vergleichsrechnung gem. § 251 InsO, die gesetzlich in Bezug auf die einzustellenden Werte ebenfalls nicht adäquat geregelt ist, eine Quote von null errechnet. Einer Insolvenzquote hat sich der Schuldner damit entledigt. Das ESUG hat eine unangemessene Rechtslage mit gravierenden, negativen Folgen für das Vertrauen in das marktwirtschaftliche System geschaffen. ■

⁷ *Haarmeyer*, ZInsO 2018, 273.

⁸ Vgl. *BVerfG*, NZI 2016, 163 Rn. 44.

Rechtsanwälte Dr. Hubert Ampferl und Dr. Raik Kilper*

Die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit in der Praxis

Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, NZI 2018, 204

Der rechtssicheren Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit kommt sowohl in der Beratungs- als auch in der Insolvenzpraxis größte Bedeutung zu. Offene Streitfragen bergen für den Sanierungsberater erhebliche Haftungsrisiken. Für den Insolvenzverwalter erschweren Unschärfen bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit die Durchsetzung von Haftungsansprüchen gegen Geschäftsführer und von Anfechtungsansprüchen. In der forensischen Praxis ist festzustellen, dass Sachverständige in Haftungsprozessen bei der Feststellung des Zeitpunkts des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit aufgrund der Komplexität nicht selten zu Konzessionen neigen. Die Folge sind häufig langwierige Gerichtsverfahren, die regelmäßig in Vergleiche münden. Die exakte Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit stößt zudem in der Praxis bei einer unvollständigen und unklaren Datenlage häufig an Grenzen. Eine handhabbare Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit ist deshalb unabdingbar.

I. Definition der Zahlungsunfähigkeit

Aus der Legaldefinition des § 17 II 1 InsO ergeben sich die beiden zentralen Elemente zur Bestimmung der Zahlungsunfähigkeit: Die bestehenden fälligen Zahlungspflichten und die zu ihrer Erfüllung zur Verfügung stehenden liquiden Mittel.

Der allein stichtagsbezogene Vergleich von fälligen Zahlungspflichten und liquiden Mitteln greift nach dem Willen des Gesetzgebers jedoch zu kurz.¹ Zur Bestimmung des Zeitpunkts des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit als Auslöser der Insolvenz und daran anknüpfend auch für die Verwirklichung von Haftungstatbeständen sollen ein zeitliches Element und ein quantitatives Element berücksichtigt werden.²

In ständiger Rechtsprechung des *BGH*³ liegt Zahlungsunfähigkeit demgemäß vor, wenn die innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke zehn Prozent oder mehr beträgt, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig

* Der Autor *Ampferl* ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht und Partner der Kanzlei *Dr. Beck & Partner* GbR, Nürnberg/München. Der Autor *Kilper* ist Rechtsanwalt, ebenfalls in der Kanzlei *Dr. Beck & Partner* GbR, Nürnberg, sowie Lehrbeauftragter für Insolvenzrecht an der Universität Bayreuth. – Zugleich Besprechung der *BGH*-Entscheidung vom 19.12.2017 – II ZR 88/16, NZI 2018, 204 mit Anm. *Haneke*, NZI 2018, 209 (in diesem Heft).

¹ Vgl. *BegrRegE* zu §§ 16, 17 in *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, 2. Aufl., S. 171.

² Vgl. eingehend dazu *Ampferl/Kilper* in *Beck/Depré*, Praxis der Insolvenz, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 23.

³ *StRspr.* seit *BGH*, NZI 2005, 547 (548).