

In dieser Ausgabe:

• ZInsO-Aufsätze

Das ESUG und § 270b InsO in der Anwendung (S. 1045)
von Rechtsanwalt Klaus Siemon, Düsseldorf/Köln

„Droht diesen Pferden der Schlachter?“ (S. 1054)
*von Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter/Dipl.-Kfm./Dipl.-Volkswirt
Martin Lambrecht, Düsseldorf*

**Die Versagung der Restschuldbefreiung bei strafrechtlichen
Verurteilungen** (S. 1058)
von Staatsanwalt Dr. Udo Weiß, Berlin

• ZInsO-Dokumentation

**Neues Verfassungsrecht als Bremse der Staatsverschuldung zur Vermeidung
der Staatsinsolvenz in Europa – auf dem Weg zu nachhaltig ausgeglichenen
öffentlichen Haushalten?** (S. 1066)
von Henrik Gartz, Berlin

• ZInsO-Bücher- und Zeitschriftenreport

• ZInsO-Rechtsprechungsreport

Insolvenzrecht

Gesellschaftsinsolvenzrecht

Verfahrensrecht

Herausgeber:

Ernst-Dieter Berscheid,
Vors. Richter am LAG a.D., Hamm

Rechtsanwalt Dr. Karsten Förster,
Frankfurt/Oder

Frank Frind,
Richter am AG, Hamburg

Professor Dr. Hugo Grote, Köln

Professor Udo Hintzen, Berlin

Professor Dr. Heribert Hirte,
LL.M. (Berkeley), Hamburg

Professor Dr. Michael Huber,
Präsident des LG, Passau

Hans-Peter Kirchhof,
Richter am BGH a.D., Karlsruhe

Dr. Gerhart Kreft,
Vors. Richter am BGH a.D.,
Karlsruhe

Professor Dr. Wolfgang Marotzke,
Tübingen

Rechtsanwalt
Dr. Manfred Obermüller, Frankfurt/M.

Dr. Gerhard Pape,
Richter am BGH, Karlsruhe

Rechtsanwalt Stephan Ries,
Wuppertal

Rechtsanwalt Professor
Dr. Dr. Thomas B. Schmidt, Trier

Dr. Lutz Strohn,
Richter am BGH, Karlsruhe

Gerhard Vill,
Richter am BGH, Karlsruhe

Rechtsanwalt Wolfgang Wutzke,
Bremen

Schriftleiter:

Rechtsanwalt
Professor Dr. Hans Haarmeyer,
Bonn



ZInsO-Aufsätze

Das ESUG und § 270b InsO in der Anwendung

Zugleich eine Anmerkung zu AG Erfurt, Beschl. v. 13. 4. 2012 – 172 IN 190/12, ZInsO 2012, 944

von Rechtsanwalt Klaus Siemon, Düsseldorf/Köln

Sanierung i.S.d. § 270b ist die Fortführung des Unternehmens bei gleichzeitiger Vermeidung erheblicher Vermögensminderungen mit dem Ziel, mittels eines Insolvenzplans das Unternehmen zu erhalten und die Gläubiger besserzustellen, als sie bei einer Liquidation des Unternehmens stehen würden. Eine solche Sanierung ist offensichtlich aussichtslos, wenn eine Fortführung des Geschäftsbetriebs in dem für die Erstellung des Insolvenzplans notwendigen Zeitraum nicht gewährleistet werden kann oder durch die Fortführung eine erhebliche Vermögensminderung eintritt. Die Fortführung des Geschäftsbetriebs setzt eine insolvenzspezifische Betrachtung des Geschäftsmodells und eine ausreichende Finanzierung voraus. Überlegungen zur Wirkungsweise des Geschäftsmodells in der Insolvenzsituation führen zu einer Definition der Insolvenzfähigkeit eines Geschäftsmodells.¹ Notwendig ist nach Auffassung des Verfassers eine wissenschaftliche Diskussion zur Sanierungstechnik in Bezug auf einzelne Geschäftsmodelle.

I. Sachverhalt

Die Schuldnerin stellte wegen drohender Zahlungsunfähigkeit einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbunden mit einem Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung und einem Antrag auf Anordnung des „Schutzschirms“ gem. § 270b InsO. Die Schuldnerin war zum 31.12.2011 überschuldet. Zum Ende Januar 2012 war sie auch zahlungsunfähig. Die Schuldnerin und ihre Berater bemühten sich bei den Gläubigern um eine Stundung der fälligen Verbindlichkeiten zwecks Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit. Die Stundungen, auch als Moratorium bezeichnet, liefen zum 31.3.2012 aus, sodass zum 1.4.2012 die Zahlungsunfähigkeit wieder drohte. In der Zwischenzeit wurden am 26.3.2012 die vorstehend dargestellten Anträge gestellt und geltend gemacht, bei der Schuldnerin drohe die Zahlungsunfähigkeit wegen des auslaufenden Moratoriums zum 1.4.2012. Einer über den 1.4.2012 hinausgehenden Stundung hatten die Gläubiger nicht zugestimmt. Die Schuldnerin wurde von einem Steuerberater/Fachberater für Sanierung und Insolvenzverwaltung DStV und einem Unternehmensberater beraten. Die Bescheinigung nach § 270b InsO wurde von einem Rechtsanwalt erteilt, der sich als in Insolvenzsachen erfahren bezeichnete, ohne dies weitergehend darzulegen. Dieser Rechtsanwalt wies die Schuldnerin bei Übermittlung der Bescheinigung darauf hin, dass das sog. Schutzschirmverfahren der Schuldnerin die Möglichkeit eröffne, sich im Rahmen eines außergerichtlichen Verfahrens zu sanieren. Als Sachwalter hatte die Schuldnerin einen Rechtsanwalt vorgeschlagen, der in einer bekannten Insolvenzverwalterkanzlei arbeitet, selbst aber noch nicht als Insolvenzverwalter in Erscheinung getreten war. Die Ansprüche der Arbeitnehmer waren so behandelt worden, dass die Arbeitnehmer für Januar 2012 ihre Lohn- und Gehaltsansprüche gestundet hatten. Die Lohn- und Gehaltsansprüche für Februar und März 2012 waren von der Schuldnerin vor Insolvenzantragstellung aus der vorhandenen Liquidität noch befriedigt worden. In dem von der Schuldnerin dargestellten Sanierungskonzept war vorgesehen, dass für das Jahr 2012 ein Umsatz von 900.000 € erzielt werden würde. Die Schuldnerin erbringt Tischlereiarbeiten und Servicedienstleistungen im Tischlerhandwerk für private und öffentliche Auftraggeber.

Bei Insolvenzantragstellung lagen konkret erteilte Aufträge i.H.v. 20.000 € vor. Es wurde nachgewiesen, dass sich die Schuldnerin an Vergabeverfahren mit einem Auftragsvolumen von ca. 600.000 € (etwa die Hälfte öffentliche Auftraggeber) beteiligt hatte, ohne dass es insoweit bereits einen Zuschlag gegeben hätte. Der geringe Auftragsbestand wurde damit begründet, dass ein saisonales Auftragsloch vorliege, welches kurzfristig überwunden werden würde. Durch Beschluss des AG Erfurt v. 30.3.2012 wurde ein Sachverständiger mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt. Der Gutachter sollte beurteilen, ob das schuldnerische Unternehmen drohend zahlungsunfähig und/oder überschuldet sei, bzw. wann die materielle Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung eingetreten sei, ob der schuldnerische Geschäftsführer über ausreichende Erfahrung zur Betriebsfortführung im Eigenverwaltungsverfahren verfüge und welche Rahmenplanung für die angestrebte Sanierung vorliege und wann diese voraussichtlich in einen Insolvenzplan münden könne. Nachdem für die Erstellung des Gutachtens 8 Arbeitstage zur Verfügung standen und das Gutachten vorlag, ordnete das AG Erfurt schließlich unter dem 13.4.2012 die vorläufige Insolvenzverwaltung an. Das AG Erfurt sah die Voraussetzungen des § 270b InsO nicht als gegeben an. Es wies die Schuldnerin gem. § 270a Abs. 2 InsO darauf hin, dass das Gericht Bedenken im Hinblick auf eine Anordnung der Eigenverwaltung habe. Das AG Erfurt verwies darauf, dass eine Entscheidung über die Anordnung der Eigenverwaltung erst im Eröffnungsbeschluss ergehen könne. Zugleich wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass es ihr gem. § 270a Abs. 2 InsO freistehe, den Eröffnungsantrag zurückzunehmen.

II. Drohende Zahlungsunfähigkeit

Dieser relativ einfache Fall zeigt, dass nach Einführung des ESUG eine Fülle von neuen Rechtsfragen zu beantworten sind. Nach dem Wortlaut des § 270b Abs. 1 InsO ist es erforderlich, dass der Eröffnungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gestellt wird. Zahlungsun-

¹ Der Begriff ist im Rahmen einer Zusammenarbeit mit Prof. Dr. Moll, FH Köln entwickelt worden.

fähigkeit darf *nicht vorliegen*.² Im Fall des AG Erfurt lag Zahlungsunfähigkeit nicht vor, weil sie durch das Moratorium beseitigt war. Bei Insolvenzantragstellung drohte die Zahlungsunfähigkeit nach der Argumentation der Schuldnerin aber bereits wieder, weil das Moratorium wenige Tage später, mithin am 1.4.2012 wieder auslief. Nach dem Wortlaut des Gesetzes war damit ein Anwendungsfall des § 270b InsO gegeben. Erforderlich ist die drohende Zahlungsunfähigkeit. Es darf keine Zahlungsunfähigkeit vorliegen. Nicht geregelt ist, was zu gelten hat, wenn die Zahlungsunfähigkeit bereits vor dem Insolvenzantrag einmal vorlag. Dieses gesetzliche Vakuum ist entstanden, weil die ursprünglich in den Entwürfen zum ESUG vorgesehenen Regelungen, dass das Schutzschirmverfahren bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu beenden ist, gestrichen wurden.³ Diese Streichung wollte das Problem lösen, dass im laufenden Schutzschirmverfahren Zahlungsunfähigkeit eintritt. Die Problemlösung auf der einen Seite führt zu einem Problem auf der anderen Seite, weil damit Umgehungsmöglichkeiten geschaffen werden, die von dem ursprünglichen Sinn und Zweck des Schutzschirmverfahrens nicht umfasst sind. Zu Recht führt deshalb das AG Erfurt aus, dass das Schutzschirmverfahren keine Anwendung finden kann, wenn die bereits bestehende Zahlungsunfähigkeit allein durch eine Stundungsvereinbarung mit den Gläubigern aufgeschoben wurde.

An dieser Stelle zeigt sich, dass der Gesetzgeber des ESUG einer gewissen Sanierungseuphorie anheimgefallen ist, die nicht mehr in das Kalkül mit einbezieht, dass Schuldner auch gesetzeszweckwidrig handeln können und dass dies im Endergebnis sanierungsfeindlich sein kann.⁴ Bei Betrachtung dieses Falls wird augenscheinlich, dass die entsprechenden Handlungen der Schuldnerin, die auf entsprechende Empfehlungen der Berater zurückgingen, zu einem erheblichen zeitlichen Verzug geführt haben. Bereits im Januar 2012 lag Zahlungsunfähigkeit vor und die Stellung des Insolvenzantrags wäre notwendig gewesen. Stattdessen führen die gesetzeszweckwidrigen Handlungen dazu, dass erst im April 2012 ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wird und mit zweckdienlichen Sanierungshandlungen begonnen wird. Es ist nämlich mehr als eine Mutmaßung anzunehmen, dass das von der Schuldnerin beklagte Auftragsloch gerade durch die Bemühungen zur Herbeiführung des Moratoriums begünstigt worden ist. Dies führt dann zu dem Ergebnis, dass ein mit einem Jahresumsatz von 900.000 € planendes Unternehmen im Zeitpunkt der Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung noch einen Auftragsbestand von 20.000 € ausweist.

III. Angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos

Das Gericht darf bei drohender Zahlungsunfähigkeit das Schutzschirmverfahren nur beginnen bzw. beenden, wenn die angestrebte Sanierung nicht (offensichtlich) aussichtslos ist. Das schuldnerische Unternehmen rechnete mit einem Jahresumsatz für 2012 von 900.000 € und einem Gewinn vor Steuern von 50.000 €. Es gab konkrete Pläne, die Produktion und die Vermarktung der Produkte zu verbessern.

Ein Unternehmensberater hatte ein Konzept entwickelt, dem es nicht ohne Weiteres anzusehen war, ob es offensichtlich aussichtslos sein würde. Allein, was fehlte, waren konkrete Aufträge. Wäre im konkreten Fall der Schuldnerin eine weitere Frist von 3 Monaten zur Vorlage eines Insolvenzplans gesetzt worden, dann wären weitere 3 Monate ins Land gegangen, ohne dass in concreto bei Beginn des „Schutzschirmes“ nennenswerte Aufträge bei der Schuldnerin vorgelegen haben.

Um Ergebnisse dieser Art zu vermeiden, ist es zwingend geboten, die gesetzlichen Voraussetzungen der offensichtlichen Aussichtslosigkeit einer Sanierung subsumtionstechnisch zu untersuchen, was in der bisherigen Literatur dazu noch nicht in ausreichendem Maße geschehen ist.⁵

1. Sanierung

Um bestimmen zu können, ob eine Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist, ist es zunächst notwendig, zu definieren, was unter Sanierung im Sinne der InsO zu verstehen ist. Der Verfasser hat in der vielfältigen juristischen Literatur zu § 270b InsO keine Definition dieses Begriffs gefunden.⁶ Für die Bestimmung der Frage, ob etwas offensichtlich aussichtslos ist, ist es zwingend notwendig, den Gegenstand dessen zu definieren, was offensichtlich aussichtslos sein soll.

Es ist erstaunlich, dass das Institut der Wirtschaftsprüfer in dem Entwurf des IDW ES 9 zur Bescheinigung nach § 270b InsO zwar konkrete Handlungsanweisungen dazu gibt, was der Wirtschaftsprüfer zu tun hat, aber nicht definiert, was Sanierung i.S.d. § 270b InsO bedeutet. In dem IDW S6 wird definiert, dass sanierungsfähig ein erwerbswirtschaftliches Unternehmen nur dann ist, wenn die Annahme der Unternehmensfortführung bejaht werden kann und somit keine rechtlichen oder tatsächlichen Gegebenheiten der Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegen stehen. Sodann bedeutet danach Sanierung, dass durch geeignete Maßnahmen sowohl die Wettbewerbsfähigkeit als auch die Renditefähigkeit wiederhergestellt wird.⁷

Der Verfasser ist der Auffassung, dass Sanierung i.S.d. § 270b InsO nicht voraussetzt, dass das Unternehmen die Wettbewerbsfähigkeit und Ertragsfähigkeit wiedererlangt.

2 Zur drohenden Zahlungsunfähigkeit umfassend *Frind*, ZInsO 2012, 540; *Braun*, InsO, 5. Aufl. 2012, § 270b Rn. 3; *A. Schmidt/Linker*, ZIP 2012, 963.

3 Dazu BT-Drucks. 17/7511, S. 50.

4 Zur grundsätzlichen Kritik an der Gesetzgebungstechnik *Siemon*, ZInsO 2011, 381, 382 f.

5 Vgl. *Braun* (Fn. 2), § 270b Rn. 2 ff.; Entwurf IDW Standard, ZInsO 2012, 536; *Hölzle*, ZIP 2012, 158; *Schelo*, ZIP 2012, 712 f.; *Schmidt/Linker*, ZIP 2012, 963 f.; *Desch*, BB 2011, 841 f.

6 Vgl. aber die beachtlichen Ausführungen bei *Uhlenbruck/Vallender*, InsO, § 22 Rn. 207 ff. vor Einführung des ESUG; beachtlich bereits *Buchalik*, NZI 2000, 294, 299, 300; sowie *ders.*, ZInsO 2012, 349 f.; *Hölzle*, ZIP 2012, 158, 161, sieht zutreffend die Bedeutung der §§ 1, 245 InsO für §§ 270a, 270b InsO. Vgl. die fehlgehenden Ausführungen von *Kraus u.a.*, ZInsO 2012, 587, 589, die den Begriff der Sanierung i.S.d. § 270b InsO nicht definieren.

7 IDW S6: Anforderung an die Erstellung von Sanierungskonzepten, v. 20.8.2009, 2.1. Kernanforderung an Sanierungskonzepte, laufende Nr. 10.

Eine solche Anforderung lässt sich aus der InsO nicht ableiten. § 270b InsO will erreichen, dass der Schuldner eine Frist von 3 Monaten zur Vorlage eines Insolvenzplans erhält. In dieser Zeit steht er unter dem Schutz des Verfahrens des § 270b InsO. Das Ziel ist mithin die Vorlage eines Insolvenzplans. Aus dem systematischen Zusammenhang mit § 1 InsO erschließt sich, was dies zu bedeuten hat. Danach dient das Insolvenzverfahren dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, in dem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. § 270b InsO spricht damit die in § 1 InsO geregelte Variante der Abwicklung des Insolvenzverfahrens auf der Basis eines Insolvenzplans an, und zwar mit dem Ziel des Erhalts des Unternehmens. Der Gesetzgeber regelt in § 1, dass dieses Ziel zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger des insolventen Schuldners erreicht werden soll. Der Gesetzgeber macht damit deutlich, dass die Haftungsverwirklichung weiterhin im Vordergrund steht.⁸ Die InsO verfolgt damit nicht das Konzept, ein Reorganisationsrecht zu schaffen, das der Sanierung den gesetzlichen Vorrang vor der Haftungsverwirklichung einräumt. Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Sanierung nicht um der Sanierung willen geschieht, sondern der gleichmäßigen, gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung zu dienen hat. In einer ganzen Reihe von Vorschriften, nämlich den §§ 1, 21, 22, 156 und 157 InsO, regelt die InsO, wie dies zu geschehen hat. Danach ist das schuldnerische Unternehmen fortzuführen, um es zu erhalten, und der Insolvenzverwalter hat darauf hinzuwirken, dass dabei keine erhebliche Vermögensminderung eintritt. Ein in dieser Art fortgeführtes Unternehmen hat dann die Möglichkeit, mittels des Insolvenzplans einen Reorganisationsplan vorzulegen, der die Gläubiger gegenüber der Liquidation nicht benachteiligen darf.⁹ Aus diesen Darlegungen ergibt sich, was letztendlich Sanierung i.S.d. § 270b InsO bedeutet. *Sanierung ist danach die Fortführung des Unternehmens bei gleichzeitiger Vermeidung erheblicher Vermögensminderungen mit dem Ziel, mittels eines Insolvenzplans das Unternehmen zu erhalten und die Gläubiger dabei besserzustellen, als sie bei einer Liquidation des Unternehmens stehen würden.*

Auch der BGH hat jüngst zu den anfechtungsrechtlichen Anforderungen an ein Sanierungskonzept ausgeführt, dass ein Sanierungsbeitrag im Rahmen eines realistischen Sanierungskonzeptes erbracht werden darf, wenn die Befriedigung aller Gläubiger zu erwarten ist.¹⁰ Hierin spiegelt sich wider, dass die Wiedererlangung der Wettbewerbs- und Ertragsfähigkeit möglicherweise wünschenswert ist, dass dies aber nicht das Konzept der InsO ist.

2. Offensichtlich aussichtslos

Nach der Definition der Sanierung i.S.d. § 270b InsO stellt sich nun die Frage, wann eine in diesem Sinne definierte Sanierung offensichtlich aussichtslos ist. Eine Sanierung ist zumindest dann offensichtlich aussichtslos, wenn eine Fortführung des Geschäftsbetriebs in dem für die Erstellung des

Insolvenzplans notwendigen Zeitraum nicht gewährleistet werden kann. Zu Recht bezeichnet die Gesetzesbegründung des ESUG die Betriebsfortführung im Eröffnungsverfahren als Grundvoraussetzung für eine Sanierung überhaupt.¹¹ Aufgrund der Erfahrungen mit Betriebsfortführungen in Unternehmensinsolvenzverfahren lässt sich festhalten, dass eine Betriebsfortführung im Insolvenzverfahren ein „*insolvenzfähiges Geschäftsmodell*“ und eine *ausreichende Finanzierung* voraussetzt. Beides wird nachfolgend erläutert. Nach den Regelungen der InsO ist die Grenze für eine Fortführung erreicht, wenn durch die Fortführung eine erhebliche Vermögensminderung droht. Dies folgt aus § 158 Abs. 2 InsO und gilt zumindest für den Zeitraum bis zum Berichtstermin.¹² Bezogen auf die offensichtliche Aussichtslosigkeit bedeutet dies, dass der Bescheiniger i.S.d. § 270b Abs. 1 InsO nachvollziehbar und substantiiert darzulegen hat, dass eine Fortführung des Geschäftsbetriebs in dem für die Erstellung des Insolvenzplans notwendigen Zeitraum gewährleistet ist.¹³ Er hat dabei insbesondere auf die insolvenzspezifischen Bedingungen des Geschäftsmodells einzugehen und darzulegen, dass der Geschäftsbetrieb in diesem Zeitraum ausreichend finanziert ist und durch die Fortführung keine erhebliche Vermögensminderung eintritt. Diese Voraussetzungen bieten die verfahrensrechtliche Gewährleistung dafür, dass es zu einer Abstimmung über den Insolvenzplan kommen kann und das Schutzschirmverfahren seinem Sinn entsprechend geführt werden kann.

Fehlt es an den Voraussetzungen für eine Fortführung oder droht eine erhebliche Vermögensminderung, dann ist die Sanierung i.S.d. § 270b InsO offensichtlich aussichtslos. Das AG Erfurt hat mit zutreffenden Gründen dargelegt, dass die Sanierung offensichtlich aussichtslos ist, weil es an Aufträgen unter Insolvenzbedingungen mangelt.

IV. Insolvenzfähigkeit des Geschäftsmodells

1. Allgemeine Überlegungen

Es stellt eine Grunderfahrung der Befassung mit Unternehmensinsolvenzen dar, dass die Insolvenzsituation auf das Geschäftsmodell des schuldnerischen Unternehmens einwirkt. Die Diskussionen in der Bundesrepublik Deutschland zur Einführung des ESUG lassen nicht ausreichend zur Geltung kommen, dass die Wirkungsweise der Insolvenzsituation auf das schuldnerische Geschäftsmodell eine viel bedeutsamere Relevanz für die richtigen Sanierungsschritte hat, als die zugrunde liegenden rechtlichen Rahmenbedingungen. Die rechtlichen Rahmenbedingungen sind wichtig, weshalb

⁸ So auch *Braun* (Fn. 2), § 1 Rn. 2.

⁹ Zum Verbot der Schlechterstellung §§ 245 Abs. 1 Nr. 1, 251 Abs. 1 Nr. 1 InsO dazu *Braun* (Fn. 2), § 245 Rn. 3; auch nach *Hötzle*, ZIP 2012, 158, 161, gilt das Verbot der Schlechterstellung.

¹⁰ BGH, Urt. v. 8.12.2011 – IX ZR 156/09, ZInsO 2012, 171.

¹¹ BT-Drucks. 17/7511, S. 50; ebenso *Undritz*, ZGR 2010, 201, 203.

¹² Ob die Gläubigerversammlung auch bei erheblicher Vermögensminderung eine Fortführung beschließen darf oder dem die gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung entgegenstehen würde, soll hier unerörtert bleiben. Zur Beschlussfassungskompetenz der Gläubigerversammlung *Braun* (Fn. 2), § 157 Rn. 3.

¹³ Im Ergebnis ebenso *Hötzle*, ZIP 2012, 855, 857.

es notwendig ist, dass der Gesetzgeber die Sanierungssituation verbessert. Kann das schuldnerische Unternehmen aber in der Insolvenzsituation mit seinem Geschäftsmodell am Markt nicht bestehen, erübrigen sich Überlegungen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen sehr häufig. So wird in der insolvenzrechtlichen Literatur noch nicht ausreichend erkannt, dass die Beantragung eines Schutzschirmverfahrens gem. § 270b InsO regelmäßig keinen Sinn macht, wenn sich das Geschäftsmodell des schuldnerischen Unternehmens in einer Insolvenzsituation nicht behaupten kann, mithin nicht insolvenzfähig ist. Ein Unternehmen, das in der Insolvenzsituation nicht fortgeführt werden kann, kann schwerlich mittels eines Insolvenzplans saniert werden. Dies gilt auch, wenn ein Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO vorangegangen ist. Ein schuldnerisches Unternehmen, welches ein nicht insolvenzfähiges Geschäftsmodell betreibt, muss auf andere Art und Weise saniert werden. Ein Insolvenzplan kann in einer solchen Situation sanierungsfeindlich sein.

Es stellt sich vor diesem Hintergrund die bisher in der insolvenzrechtlichen Literatur nicht ausreichend behandelte Frage, wie sich die Wirkungsweise der Insolvenzsituation für die Praxis verwertbar in den Entscheidungsprozess einbringen lässt. Nach Auffassung des Verfassers gelingt dies, indem die beiden maßgeblichen Parameter in eine zutreffende Beziehung zueinandergesetzt werden. Die Insolvenzsituation ist gekennzeichnet durch den wichtigsten Parameter, nämlich den Verlust des Vertrauens in die Solvenz des schuldnerischen Unternehmens. Der zweite Parameter ist die Beeinflussung der Marktfähigkeit des schuldnerischen Geschäftsmodells durch die Insolvenzsituation. Die Insolvenzsituation beeinflusst die Marktfähigkeit des schuldnerischen Geschäftsmodells eben gerade deshalb, weil das Vertrauen in die Solvenz des schuldnerischen Unternehmens verloren geht. Daraus lässt sich die Definition der „*Insolvenzfähigkeit des Geschäftsmodells*“ ableiten. Das Geschäftsmodell des schuldnerischen Unternehmens ist insolvenzfähig, wenn die Marktfähigkeit des Geschäftsmodells durch den Verlust des Vertrauens in die Solvenz des Unternehmens nicht beeinträchtigt wird.

Dieser theoretische Unterbau ist notwendig um die entscheidende Frage herauszuarbeiten, nämlich ob das schuldnerische Unternehmen in der Insolvenzsituation am Markt bestehen kann, welche Einschränkungen sich evtl. ergeben und wo sie sich ergeben. Ist das Geschäftsmodell im besten Fall insolvenzfähig, dann ergeben sich keine Einschränkungen. Oft ist das Geschäftsmodell aber nur eingeschränkt insolvenzfähig. So wirkt der Verlust des Vertrauens in die Solvenz des Unternehmens z.B. auf die Marktfähigkeit der Produkte eines Automobilherstellers. Ein potenzieller Käufer eines Automobils wird vom Kauf Abstand nehmen, wenn er keine Garantieleistung erhält oder er damit rechnen muss, dass seine Garantieansprüche nur als Forderungen gem. § 38 InsO geltend gemacht werden können. Überlegungen dieser Art sind es gewesen, die die amerikanische Bundesregierung bei der GM-Insolvenz veranlasst haben, vor Insolvenzantragstellung eine Marktstudie zum Käuferverhalten in der Insolvenzsituation einzuholen. Diese Überlegungen

sind auch Veranlassung dafür gewesen, dass die amerikanische Bundesregierung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei GM durch öffentliche Erklärung eine Garantie für potenzielle Gewährleistungsansprüche übernommen hat.¹⁴

Die Beeinträchtigung der Marktfähigkeit durch die Insolvenzsituation kann sich zum einen aus Umständen ergeben, die dem Geschäftsmodell mehr in tatsächlicher Hinsicht anhaften. Zum anderen kann sich die Beeinträchtigung aufgrund der rechtlichen Situation ergeben, die durch die Insolvenzsituation herbeigeführt wird. So leidet das Geschäftsmodell eines Luxusgüterherstellers in der Insolvenzsituation, weil das Image des Luxusprodukts aufgrund der Insolvenzsituation sinkt. Ein Unternehmen der Personaldienstleistungsbranche betreibt grds. ein insolvenzfähiges Geschäftsmodell, weil es bei der Entleihung von Mitarbeitern für den auftraggebenden Entleiher in erster Linie darauf ankommt, ob er einen qualifizierten Mitarbeiter entliehen bekommt. In rechtlicher Hinsicht wird das Geschäftsmodell eines Personaldienstleistungsunternehmens aber durch die Insolvenzsituation beeinträchtigt. Gem. § 28e Abs. 2 Satz 1 SGB IV haftet der Entleiher für die Gesamtsozialversicherungsbeiträge, wenn diese vom Verleiher nicht bezahlt worden sind.¹⁵ Diese sog. Subsidiärhaftung des Entleihers lässt die Kunden des schuldnerischen Unternehmens von einer Beauftragung absehen, wenn sie befürchten müssen, dass sie für die Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Anspruch genommen werden. Außerdem stellt sich für den Insolvenzverwalter des Verleihers die Frage, ob der Verleiher – mithin die Schuldnerin – die Vergütungsansprüche gegen den Entleiher realisieren kann, wenn dieser für die evtl. nicht bezahlten, Gesamtsozialversicherungsbeiträge haftet. Eine Lösung des Problems in der Personaldienstleistungsbranche kann z.B. darin bestehen, dass der Insolvenzverwalter des Verleihers den Entleihbetrieben, mithin den Auftraggebern, einen Rabatt auf die Leistungen des schuldnerischen Unternehmens in Höhe der sog. Subsidiärhaftung pauschal einräumt.¹⁶ Eine solche Vorgehensweise würde sich auch rechtfertigen, da sich bei Betrachtung der Marktverhältnisse der objektive Wert der von dem Verleihbetrieb angebotenen Leistungen um die Subsidiärhaftung mindert. Dieses Problem entsteht nur im Insolvenzantragsverfahren, da nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Gesamtsozialversicherungsbeiträge aus der Masse befriedigt werden müssen und Masseverbindlichkeiten darstellen.

2. Konkrete Geschäftsmodelle

Um generell die Sanierungschancen zu verbessern, wäre es notwendig, die konkreten Geschäftsmodelle im Rahmen einer wissenschaftlichen Analyse in Bezug auf die Insolvenzfähigkeit zu untersuchen. Eine solche wissenschaftliche Analyse wäre geeignet, die Sanierungstechnik grds. zu verbessern. Im Rahmen dieses Beitrags soll die Problem-

14 Veröffentlichung in Spiegel Online v. 28.5.2009 „Was eine GM-Insolvenz wirklich bedeutet“; T-Online v. 31.3.2009 „GM und Chrysler droht Blitz-Insolvenz“; Auto Scout 24 v. 7.4.2009 „GM-Insolvenz – mehr als wahrscheinlich“.

15 So etwa im Verfahren AG Köln – 71 IN 237/11.

16 So geschehen im Verfahren AG Köln – 71 IN 237/11.

stellung für einzelne konkrete Geschäftsmodelle skizziert werden.

Automobilproduzent

Das Geschäftsmodell eines Automobilproduzenten ist nur eingeschränkt insolvenzfähig. Der Verlust des Vertrauens in die Solvenz des Unternehmens führt bei einem Automobilproduzenten zu einem Absatzverlust.¹⁷ Die jüngsten Veröffentlichungen zum Verlust der Marktanteile bei Opel belegen dies eindrucksvoll. Im Mai 2012 ist der Marktanteil von Opel in Deutschland auf ein historisches Tief abgesackt und zwar als Folge der jahrelangen und erneut aktuellen „Sanierungsdiskussionen“.¹⁸ In der Insolvenzsituation eines Automobilproduzenten sehen die Käufer vom Kauf ab, weil sie um ihre Garantieansprüche fürchten, die im Insolvenzverfahren nach § 38 InsO zu behandeln sind.¹⁹ Der Wiederverkaufswert von Gebrauchtwagen sinkt bei der Einstellung der Produktion von einzelnen Marken. So wurden bei der Insolvenz von GM und Chrysler einzelne Marken eingestellt. Danach kosteten 2 Jahre alte Gebrauchtfahrzeuge nur noch genauso viel wie 5 Jahre alte Fahrzeuge anderer Marken, wie eine Branchenstudie ergab.²⁰ Der Verlust des Vertrauens in die Solvenz des Automobilproduzenten führt zudem zu einem Verlust des Vertrauens in den Bestand des Ersatzteilgeschäfts, was potenziell geeignet ist, Käufer von einem Kauf abzuhalten. Ein Automobil ohne Ersatzteilversorgung ist nichts wert.

Der in der Insolvenzsituation zu erwartende Absatzverlust führt bei einer Sanierung, die 6 – 8 Monate Zeit in Anspruch nimmt, zu erheblichen Verlusten, wobei bei einem Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO bis hin zum Abstimmungstermin über einen eventuellen Insolvenzplan mit einem entsprechenden Zeitverlauf zu rechnen wäre. Es erschließt sich augenscheinlich, dass ein entsprechender Verfahrensgang nur gewählt werden kann, wenn die entstehenden Verluste abgedeckt werden können und dies insolvenzrechtlich zulässig ist. Die amerikanische Bundesregierung kam bei der GM-Insolvenz zu dem Ergebnis, dass eine entsprechende Verlustfinanzierung für ein langwieriges Verfahren nach Chapter 11 nicht darstellbar ist.²¹ In 2008 betrug der Verlust bei GM ca. 31 Mrd. \$.²² Bei einem 30%igen Absatzverlust hätte sich dieser Verlust erheblich ausgeweitet. Deshalb erfand die amerikanische Bundesregierung den Begriff der „Blitzinsolvenz“.²³ Zuvor war der Chef von General Motors auf Druck der amerikanischen Bundesregierung ausgetauscht worden, weil man ihm diese „Blitzinsolvenz“ nicht zutraute.²⁴ Zwar wurde dann am 1.6.2009 ein Gläubigerschutzverfahren für General Motors nach dem Chapter 11 beantragt. Seiner Struktur nach beinhaltet die dann erfolgende Sanierung von GM aber eine übertragende Sanierung,²⁵ die auch nach deutschem Recht vor Einführung des ESUG möglich gewesen wäre. In der Sache handelte es sich bei dem neuen GM-Konzern um eine staatlicherseits finanzierte Auffanggesellschaft.²⁶ An dieser Auffanggesellschaft sind die amerikanische Bundesregierung mit 60,8 %, die kanadische Regierung mit 11,7 %, die Gewerkschaft UAW mit 17,5 % und die Altgläubiger mit 10 % beteiligt.²⁷

Die für die Fortführung von General Motors notwendigen Vermögensgegenstände wurden auf die neue GM übertragen. Die alte GM wurde im Insolvenzverfahren abgewickelt.

Lederproduzent

Die Sanierungsvariante der staatlich finanzierten Auffanggesellschaft ist auch in den neuen Bundesländern nach der Wiedervereinigung mehrfach praktiziert worden. So wurde die einzige in den neuen Bundesländern heute noch existierende Lederfabrik 1993 durch eine staatlich finanzierte Auffanggesellschaft erhalten und im Jahr 1998 nach einer erneuten Insolvenz schließlich an einen potenten Investor veräußert.²⁸ Die Lederproduktion erwies sich dabei als ein insolvenzfähiges Geschäftsmodell. Es war möglich, die Lederproduktion über 12 Monate fortzuführen, weil bei der Lederproduktion mehr die Qualität der Herstellung im Vordergrund steht und dadurch der Verlust des Vertrauens in die Solvenz des Unternehmens nicht in erster Linie in Erscheinung tritt. Gewährleistungsansprüche blieben auf Einzelfälle beschränkt.

Fluggesellschaft

Immer wieder wird darauf verwiesen, dass das amerikanische Verfahren nach Chapter 11 diversen amerikanischen, insolventen Fluggesellschaften zu einem neuen Leben verholfen hat.²⁹ Oft jahrelang wurden Fluglinien im Insolvenzverfahren des Chapter 11 fortgeführt. Dies hat seine Ursache in der Insolvenzfähigkeit des Geschäftsmodells, welches Fluglinien anbieten. Der Käufer eines Flugtickets orientiert sich primär am Preis des Fluges. Die Qualität der Versorgung an Bord fließt nachrangig auch in die Überlegungen ein. Das Vertrauen in die Solvenz der Fluggesellschaft spielt für den Käufer eines Flugtickets kaum eine Rolle, allenfalls bei langfristigen Vorausbuchungen, Rückflugmöglichkeiten oder bei Fragen der Sicherheit in dem Sinne, ob die notwendigen Security-Checks durchgeführt werden. Im Wesentlichen handelt es sich bei einem Flugticket aber um ein „Cash & Carry“-Produkt. Die Insolvenzsituation gibt der Fluglinie die Möglichkeit, sich schnell von Kosten zu entlasten. Dadurch ist die Fluggesellschaft in der Lage, im Preiswettbewerb, der das wesentlichste

17 Bei der Insolvenz von General Motors wurde nach einer Marktstudie mit einem Absatzverlust von 30 % gerechnet. Im Juni 2009 brach der Absatz bei GM nach der Insolvenzantragstellung am 1.6.2009 um 34 % ein, so FTD online v. 10.7.2009: General Motors bekommt zweites Leben.

18 FTD online v. 13.5.2012: Opels Marktanteil so schwach wie nie.

19 So bei GM: T-Online v. 31.3.2009: GM und Chrysler droht Blitzinsolvenz.

20 T-Online v. 1.4.2009: Viele Verlierer und wenige Gewinner der GM-Insolvenz.

21 T-Online v. 31.3.2009: GM und Chrysler droht Blitzinsolvenz.

22 Handelsblatt Online v. 1.6.2009: GM beantragt Insolvenz zur Sanierung.

23 T-Online v. 31.3.2009: GM und Chrysler droht Blitzinsolvenz.

24 FTD online v. 30.3.2009: Washington lässt GM-Chef fallen.

25 Der Begriff der „übertragenden Sanierung“ stammt von K. Schmidt, s. etwa ZIP 1980, 328, 336.

26 FTD online v. 10.7.2009: General Motors bekommt zweites Leben; 50 Mrd. \$ brachten die USA in die Auffanggesellschaft ein.

27 FTD online v. 10.7.2009: General Motors bekommt zweites Leben.

28 AG Gera – 04 N 184/93 sowie AG Gera – N 349/98.

29 Wikipedia zu Chapter 11.

Verkaufsargument ist, zu bestehen. Mit diesen Gründen ist zu erklären, warum Fluggesellschaften über Jahre hinweg in der Insolvenz fortgeführt werden können. Wichtig ist naturgemäß, dass die Fluggesellschaft nach außen nachvollziehbar darstellen kann, auch in der Insolvenzsituation finanziert zu sein.

Kaufhausunternehmen

Die Insolvenz von Karstadt belegt, dass das Geschäftsmodell eines Unternehmens, welches Kaufhäuser betreibt, überwiegend insolvenzfähig ist. Karstadt wurde mehr als 12 Monate fortgeführt, bis mittels Insolvenzplan das Unternehmen saniert wurde.³⁰ Der Verlust des Vertrauens in die Solvenz des Unternehmens ist für einen Käufer in einem Kaufhaus nicht primär entscheidend. Die in einem Kaufhaus angebotenen Produkte sind überwiegend „Cash & Carry“-Produkte. Die Gewährleistungsproblematiken sind sicherlich vorhanden, werden aber auch oft durch Garantien von Herstellern überlagert, z.B. Herstellergarantie beim Kauf einer Uhr. Die öffentlichen Diskussionen über die Insolvenz können im Gegenteil bei den Kunden zu einem Solidarisierungseffekt führen, was eine Umsatzstabilisierung zur Folge haben kann.

Tischlereihandwerk

Im Fall des AG Erfurt war das Geschäftsmodell nur teilweise insolvenzfähig. Die Tischlereiarbeiten und Servicedienstleistungen, die für öffentliche Auftraggeber auszuführen waren, erwiesen sich als nicht insolvenzfähig. Öffentliche Auftraggeber verwenden im Regelfall bei ihren Vergabeverfahren Klauseln, die ein insolventes Unternehmen oder ein Unternehmen, welches sich im Insolvenzantragsverfahren befindet, von der Vergabe ausschließen. Dies hatten die Berater im Fall des AG Erfurt nicht bedacht. Im Insolvenzantragsverfahren war es deshalb nicht möglich, auch nur einen einzigen öffentlichen Auftrag zu akquirieren. Die Planungen waren im Fall des AG Erfurt deshalb nicht brauchbar.

Maschinenbauunternehmen

Das Geschäftsmodell eines Maschinenbauunternehmens, etwa eines Unternehmens, das CNC-Brennschneidmaschinen herstellt, ist nur eingeschränkt insolvenzfähig. Im Regelfall werden durch Unternehmen des Maschinenbaus Produkte hergestellt, die eine hohe technische Komplexität haben. Der Verlust des Vertrauens in die Solvenz wirkt wegen der technischen Komplexität besonders negativ. Nicht selten ist es so, dass Käufer für in Auftrag gegebene Maschinen Anzahlungen leisten müssen, die von Maschinenbauunternehmen durch Anzahlungsbürgschaften abzusichern sind.³¹ Die beteiligten Bürgschaftsbanken verweigern im Regelfall dem Insolvenzverwalter die Gewährung entsprechender Anzahlungsbürgschaften. Wichtig ist in diesem Zusammenhang naturgemäß die Qualität der Arbeit des Maschinenbauunternehmens und der Umstand, ob es sich bei den herzustellenden Maschinen um Sonderanfertigungen handelt. Im Fall der Sonderanfertigungen kann in der Insolvenzsituation im Regelfall zumindest eine Endfertigstellung erfolgen. Mit Neuaufträgen warten die Kunden allerdings

ab, was letztendlich dazu führt, dass eine 6 – 8-monatige Fortführung, wie für einen Insolvenzplan benötigt, nicht darstellbar ist. Die zutreffende Sanierungsvariante ist dann die übertragende Sanierung, für die regelmäßig ein enges Zeitfenster besteht.³²

Verbindeelementehersteller

Es gibt Unternehmen in der Metallbranche, die stellen sog. Verbindeelemente her. Es handelt sich dabei um Unternehmen, die vereinfacht formuliert Schrauben und die dazugehörigen Muttern herstellen. Ein solches Produkt ist uneingeschränkt insolvenzfähig. Die Fortführung eines solchen Unternehmens macht im Regelfall keinerlei Schwierigkeiten. Das Produkt ist überschaubar. Gewährleistungsansprüche sind auf Einzelfälle beschränkt.³³

Restaurantbetrieb

Ein Restaurantbetrieb betreibt im Regelfall ein Geschäftsmodell, welches uneingeschränkt insolvenzfähig ist. Dies gilt selbst für den Fall, dass das Restaurant in einschlägigen Bestenlisten sehr weit vorne platziert ist.³⁴ Die Kunden des Restaurantbetriebs besuchen das Restaurant, weil die Speisen und Getränke in ausgezeichneter Form zubereitet und dargeboten werden. Der Verlust des Vertrauens in die Solvenz des Restaurantbetreibers tritt dabei deutlich in den Hintergrund. Im Gegenteil kann die Insolvenz bei den Kunden zu einem Solidarisierungseffekt führen, der den Umsatz stabilisiert. Ein solches Geschäftsmodell ist insolvenzfähig und dieser Geschäftsbetrieb eignet sich deshalb zur Sanierung mittels Insolvenzplan.

3. Anwendungsfall § 270b InsO

Der ESUG-Gesetzgeber hat das Kundenverhalten auf der Lieferantenseite bzw. aufseiten der Kreditgeber antizipiert und dazu eine Regelung in § 270b InsO gefunden. In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, dass Kredit gebende Gläubiger die Möglichkeit haben, bei Stellung des „Schutzschirmanspruchs“ das Verfahren zu Fall zu bringen und die Zahlungsunfähigkeit herbeizuführen.³⁵ Diese Konstellation hat den Gesetzgeber veranlasst, die zuvor vorgesehene Regelung zu streichen, wonach bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit das Schutzschirmverfahren zu beenden ist. Allerdings sieht der Gesetzgeber nach Auffassung des Verfassers dies noch zu sehr unter dem Blickwinkel, dass einzelne Gläubiger die Sanierung verhindern wollen. Es wird davon gesprochen, dass diese Gläubiger Mittel an der Hand hätten, das Verfahren zu torpedieren.³⁶ Es geht nicht darum, dass einzelne Gläubiger eine Sanierung torpedieren wollen. Die Gläubi-

30 Tagesschau.de v. 12.4.2010: Karstadt Gläubiger stimmen Sanierungsplan zu.

31 So etwa geschehen im Verfahren AG Erfurt – 174 IN 612/11.

32 So wurde die Manroland AG als ein Weltmarktführer in der Herstellung von Druckmaschinen mittels übertragender Sanierung erhalten, so die Case Studie des Rechtsanwalts Dr. Frank Kebekus, 8. Handelsblattjahrestagung Restrukturierung 2012.

33 So geschehen im Verfahren AG Meiningen – N 577/96.

34 So etwa AG Düsseldorf – 500 IN 231/10.

35 BT-Drucks. 17/7511, S. 50.

36 BT-Drucks. 17/7511, S. 50.

ger beziehen in ihre Handlungen den Verlust des Vertrauens in die Solvenz des Unternehmens ein und Verhalten sich aus ihrer Sicht rational. Sie streben den für sie größtmöglichen Vorteil an, der sich aus der Situation ergeben kann. Häufig werden diese Gläubiger sogar durch gesetzliche Vorschriften dazu gezwungen, entsprechend zu handeln. Es hilft wenig, dieses Verhalten den Gläubigern vorzuwerfen.³⁷ Schließlich ist das Streben nach dem eigenen Vorteil ein Grundelement unserer sozialen Marktwirtschaft. Richtig wäre es, durch geeignete gesetzlichen Regelungen die Gläubiger in die sinnvolle „Sanierungsrichtung“ zu lenken. Zu denken wäre insoweit an die Suspendierung von Kündigungsklauseln, wie dies etwa in dem neu gefassten § 225a Abs. 4 InsO bzgl. der Change-Of-Control-Klauseln vorgesehen ist.³⁸

Das Verhalten aufseiten der Auftraggeber wird sinnvollerweise antizipiert durch die vorstehend dargestellten Überlegungen zur Wirkungsweise des Geschäftsmodells in der Insolvenzsituation. Es ist ein rational nachvollziehbares Verhalten eines Kunden eines insolventen Unternehmens, den Verlust des Vertrauens in die Solvenz des Unternehmens in seine Kaufentscheidung mit einzubeziehen. Im Anwendungsfall des § 270b InsO bedeutet dies, dass bei der Frage, in welchem Umfang die Sanierung im hier dargelegten insolvenzrechtlichen Sinne Erfolg haben kann, Überlegungen dazu angestellt werden müssen, wie das Geschäftsmodell in der Insolvenzsituation reagiert. Diese Überlegungen sind von dem Unternehmen, welches sich dem Schutzschirmverfahren unterstellen will, anzustellen. Es ist zu fordern, dass der Bescheiniger diese Überlegungen nachvollziehbar darlegt. Auf dieser Basis kann dann beurteilt werden, in welchem Maße die angestrebte Sanierung Aussicht auf Erfolg hat.

V. Kein Sanierungskonzept im Sinne des IDW S6 erforderlich

Die wissenschaftliche Diskussion im Bereich des § 270b InsO wird zum Großteil dazu geführt, in welchem Umfang ein Sanierungskonzept bei Stellung des Schutzschirmantrags bereits vorliegen muss.³⁹ So fordert etwa *Braun*, dass Teil der Bescheinigung zu sein habe, dass die Kernpunkte der angestrebten Restrukturierung dargelegt würden. Andernfalls wäre eine Beurteilung für das Insolvenzgericht nicht möglich.⁴⁰ Der Entwurf zum IDW ES 9 verlangt die Vorlage eines Grobkonzeptes und die Darlegung grundsätzlicher Vorstellungen, wie die angestrebte Sanierung konzeptionell und finanziell erreicht werden kann.⁴¹ Zu Recht weist *Frind* darauf hin, dass diese Darlegungen für das Insolvenzgericht nicht ausreichen.⁴² *A. Schmidt/Linker* fordern, dass die wesentlichen Eckpunkte des Sanierungskonzepts nachvollziehbar skizziert werden, wobei ein Sanierungskonzept, welches dem Standard IDW S6 entspricht, nicht erforderlich ist.⁴³

Nach Auffassung des Verfassers hat eine methodengerechte Subsumtion unter § 270b InsO die Frage zu beantworten, was bei Insolvenzantragstellung in Bezug auf das Schutzschirmverfahren gem. § 270b InsO darzulegen ist. Der Wortlaut des § 270b verlangt nicht, dass ein Grobkonzept für die beabsichtigte Sanierung darzulegen ist. Die angestrebte Sa-

nierung darf nicht offensichtlich aussichtslos sein, was aber nicht bedeutet, dass die Sanierung, die in der Zukunft ja noch bewerkstelligt werden soll, bereits in Grundzügen bei Antragstellung bekannt sein muss. Sicherlich wäre es wünschenswert, wenn die Sanierung bei Antragstellung bereits dargelegt werden kann. Notwendige Voraussetzung für einen Schutzschirmantrag ist es aber nicht. Denn der Gesetzgeber lässt es ja gerade zu, dass das Insolvenzgericht dem schuldnerischen Unternehmen eine Frist von höchstens 3 Monaten gewährt. Diese Frist soll nach der Intention und dem Wortlaut des Gesetzes ganz offenbar dazu dienen, den Insolvenzplan vorzulegen. Eine Frist von 3 Monaten ist zur Erarbeitung eines Insolvenzplans ausreichend und notwendig.

Aus dem zuvor definierten insolvenzrechtlichen Begriff der Sanierung folgt vielmehr, dass in der Bescheinigung darzulegen ist, dass der Geschäftsbetrieb unter insolvenzspezifischen Bedingungen fortgeführt werden kann, mithin ein Geschäftsmodell vorliegt, das dies zulässt und die Finanzierung der Fortführung gesichert ist, und in diesem Zeitraum keine erhebliche Vermögensminderung eintritt. Sind diese Bedingungen gegeben, dann ist es insolvenzrechtlich sinnvoll und richtig, das Unternehmen bis zum Abstimmungsstermin über den Insolvenzplan fortzuführen und zwar selbst für den Fall, dass bei Stellung des Schutzschirmantrags überhaupt noch kein Konzept vorlag. Die Grenze der Fortführung ist die erhebliche Vermögensminderung. Tritt diese ein, darf nicht fortgeführt werden, wodurch die Sanierung mittels Insolvenzplan offensichtlich aussichtslos wird.

Der vom AG Erfurt zu entscheidende Fall zeigt, dass die insolvenzrechtliche Literatur und insbesondere die betriebswirtschaftlich orientierte den insolvenzrechtlichen Sanierungsbegriff des § 270b InsO noch nicht zutreffend erfasst hat. Besonders deutlich wird dies unter Zugrundelegung von Ausführungen, die eine integrierte Sanierungsplanung, zumindest bezogen auf die nächsten 3 Jahre, verlangen, um die Nachhaltigkeit der Sanierungsaussichten dokumentieren zu können.⁴⁴ Im Fall des AG Erfurt lag ein Unternehmenskonzept vor, welches durch einen Unternehmensberater ausgearbeitet war. Das ganz erhebliche Manko dieses Unternehmenskonzepts war es aber, die insolvenzspezifischen Bedingungen in Bezug auf die Fortführung des Unternehmens in keiner Weise berücksichtigt zu haben. Legt man die Ausführungen der betriebswirtschaftlich orientierten Literatur zu § 270b InsO zugrunde, so wird dies auch nahezu nirgendwo gefordert.⁴⁵ So wird gar gefordert, dass der Bescheiniger sich ein objektives Bild über die zukünftige Wettbewerbsfähigkeit des durch einen Schirm zu schützenden Unternehmens machen müsse. Diese Darlegungen ver-

37 Zu Gründen von Bankinstituten den Kredit nach Insolvenzantragstellung zu kündigen *Obermüller*, ZInsO 2011, 1809, 1816.

38 Dazu *Braun* (Fn. 2), § 225a Rn. 23.

39 Entwurf IDW Standard ES 9, ZInsO 2012, 536; *Frind*, ZInsO 2012, 540; *Buchalik*, ZInsO 2012, 349; *Braun* (Fn. 2), § 270b Rn. 7; *Kraus u.a.*, ZInsO 2012, 587, 589; *A. Schmidt/Linker*, ZIP 2012, 963, 964.

40 *Braun* (Fn. 2), § 270b Rn. 7.

41 Entwurf IDW ES 9, ZInsO 2012, 536, 537.

42 *Frind*, ZInsO 2012, 540, 541.

43 *A. Schmidt/Linker*, ZIP 2012, 963, 964.

44 *Kraus u.a.*, ZInsO 2012, 587, 589.

45 Vgl. etwa *Kraus u.a.*, ZInsO 2012, 587, 589.

kennen, dass ein Unternehmen in der Insolvenzsituation unter den insolvenzspezifischen Bedingungen fortgeführt werden muss, um überhaupt Aussicht darauf zu haben, dass eine Gläubigerversammlung über einen Insolvenzplan abstimmen kann. Ein Unternehmen, welches eine integrierte Sanierungsplanung für 3 Jahre aufweist, welches aber nicht den Zeitraum bis zum Abstimmungstermin über den Insolvenzplan überlebt, kann mittels Insolvenzplan nicht saniert werden.

Die integrierte Sanierungsplanung für 3 Jahre ist nicht erforderlich, was auch aus § 229 InsO folgt. § 229 InsO regelt, was dem Insolvenzplan beizulegen ist, wenn die Gläubiger aus den Erträgen befriedigt werden sollen. Die Pflicht zur Vorlage eines Ergebnis- und Finanzplans/Vermögensübersicht besteht nur in der Variante, in der eine Befriedigung aus den Erträgen erfolgen soll. Hier mag es aufgrund der konkreten Situation im Einzelfall notwendig sein, eine integrierte Sanierungsplanung vorzulegen, etwa damit Bankinstitute dem Konzept zustimmen können. Die Fristigkeit bestimmt sich dann aber gem. § 229 InsO nach dem Konzept des Insolvenzplans. Die generelle Forderung nach Vorlage einer integrierten Sanierungsplanung bei Antragstellung ist mit dem Gesetz nicht vereinbar, §§ 270b, 229 InsO.

Die in der Literatur vertretenen Auffassungen berücksichtigen auch nicht, dass die Haftungsverwirklichung das Ziel der InsO und mithin auch des § 270b InsO ist. Sollte ein Unternehmen keine integrierte Sanierungsplanung über 3 Jahre darstellen können oder sollte es diesem Unternehmen innerhalb eines Zeitraums von 3 Jahren nicht möglich sein, die Wettbewerbsfähigkeit wiederzuerlangen, wäre es aber gleichwohl möglich, den Geschäftsbetrieb bis zum Abstimmungstermin über den Insolvenzplan fortzuführen und zwar ohne erhebliche Vermögensminderung und wäre es weiterhin möglich, dass die Gläubiger einem Insolvenzplan zustimmen, dann bestünde keine Veranlassung dafür, diesem Unternehmen den Schutzschirm des § 270b InsO zu versagen. Die Gläubiger können vielerlei Motive dafür haben, einem Insolvenzplan gleichwohl zuzustimmen, auch wenn die Wettbewerbsfähigkeit nicht herbeigeführt wird. Ein maßgeblicher, dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechender Grund könnte nämlich sein, dass die Gläubiger sich durch die Zustimmung zum Insolvenzplan eine höhere Insolvenzquote erwarten. Die Gläubiger dürfen einem solchen Insolvenzplan selbst dann zustimmen, wenn die Wettbewerbsfähigkeit überhaupt nicht wiederhergestellt wird.

VI. Finanzierung der Fortführung⁴⁶

Die Finanzierung der Fortführung des Geschäftsbetriebs ist auch im Schutzschirmverfahren gem. § 270b InsO von zentraler Bedeutung. Der Bescheiniger hat darzustellen, dass die Finanzierung der Geschäftsfortführung unter insolvenzspezifischen Bedingungen gewährleistet ist. Wesentlichstes Finanzierungsinstrument ist das Insolvenzgeld bzw. die sog. Insolvenzgeldvorfinanzierung, die grds. auch im Schutzschirmverfahren gem. § 270b InsO möglich ist.⁴⁷ Das Insolvenzgeld ist eine exklusiv deutsche Institution und insbesondere auch im englischen Sanierungsrecht nicht vorhanden.⁴⁸ Das Fehlen der insolvenzgeldähnlichen Absicherung und der Insolvenzgeldvorfinanzierung im englischen Recht wird von

der dortigen Praxis als große Belastung empfunden.⁴⁹ Nach altem Recht konnte die USt aus vorinsolvenzlichen Debitoren als liquiditätsförderndes Instrument zur Finanzierung mit eingesetzt werden. Nach der neuesten Rechtsprechung des BFH und der Neuregelung in § 55 Abs. 4 InsO kann die USt nicht mehr als Finanzierungsinstrument eingesetzt werden.⁵⁰ Nach alter Rechtslage war es zudem möglich, den Lastschriftwiderruf zur Schaffung von Liquidität einzusetzen. Die aktuelle Rechtsprechung des BGH hat den Lastschriftwiderruf aber nahezu vollständig eingeschränkt, sodass dadurch eine Liquiditätsschaffung heute nicht mehr möglich ist.⁵¹ Liquiditätseinschränkend wirkt auch die zunehmend restriktive Rechtsprechung des BGH zur Behandlung von Zahlungseingängen bzgl. global zedierter Forderungen auf fremden Konten, mithin auf Konten, die nicht bei dem Inhaber der Globalzession geführt werden.⁵² Es bleibt vor diesem Hintergrund zu konstatieren, dass mit dem ESUG zwar die Absicht verfolgt wird, die Sanierungsaussichten zu verbessern. In demselben Zeitraum sind aber wichtige Parameter, die der Finanzierung der Fortführung des Geschäftsbetriebs und dem Liquiditätsaufbau dienen, erheblich verschlechtert worden. Gesteigerte Bedeutung wird deshalb in Zukunft der Massekredit erlangen, der heute auch von Bankinstituten gewährt wird, die nicht selbst am Verfahren beteiligt sind.⁵³ Für das Schutzschirmverfahren ist es von Bedeutung, ob die Geschäftsführung als Eigeninsolvenzverwalter oder der bestellte Sachwalter ausreichend Vertrauen genießen, um Massekredite zu erlangen. In dem Fall des AG Erfurt waren die beteiligten Berater und der Schuldner nicht in der Lage, die Insolvenzgeldvorfinanzierung und die Behandlung der Arbeitnehmeransprüche sinnvoll zu gestalten.

VII. Keine erhebliche Vermögensminderung

Die Grenze für eine Fortführung des Geschäftsbetriebs auch im Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO ist der Eintritt einer erheblichen Vermögensminderung. In der Diskussion um das ESUG spielt dieser Gesichtspunkt bisher noch keine Rolle, was aber nicht darüber hinwegtäuschen sollte, dass hier erhebliche Haftungsrisiken der handelnden Personen verborgen sind.⁵⁴ Da auch das Eigenverwaltungsverfahren, zu dem das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO gehört, ein „normales“ Insolvenzverfahren darstellt, gelten die grds. bestehenden Haftungstatbestände auch im Schutzschirmver-

46 Ausführlich *Knof*, ZInsO 2010, 1999 f.

47 Bundesagentur für Arbeit, ZIP 2012, 699, 700; ebenso *Knof*, ZInsO 2010, 1999, 2005.

48 *Bork*, Sanierungsrecht in Deutschland und England, 2011, Rn. 12.33; ebenso wenig im Recht der USA dazu *Knof*, ZInsO 2010, 1999, 2006.

49 *Bork* (Fn. 48), Rn. 12.33.

50 Ausgangspunkt war die Entscheidung BFH – V R 64, 07, ZInsO 2009, 920 f.; dazu *Schmittmann*, ZIP 2011, 1125 f.; umfassend *Wäger*, DStR 2011, 1925 f.; BMF-Schreiben v. 9.12.2011 zur Problematik; nach Auffassung des Verfassers verstößt die Rechtsprechung des BFH gegen Art. 20 Abs. 3 GG, greift systemfremd in die InsO ein und gefährdet Sanierungen.

51 Vgl. etwa *Eyber*, ZInsO 2010, 2363 f.

52 BGH, Urt. v. 21.1.2010 – IX ZR 65/09, ZInsO 2010, 714; *Flöther*, NZI 2010, 554 f.; *Ganter*, NZI 2010, 551 f.

53 Hierzu bereits *Siemon*, ZInsO 2012, 364, 367.

54 Auch nach *Hölzle*, ZIP 2012, 158, 162, gilt das Gebot der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung im Schutzschirmverfahren, was letztendlich das Spiegelbild dazu ist, dass keine erhebliche Vermögensminderung eintreten darf.

fahren, was ebenfalls in der juristischen Literatur noch nicht ausreichend erkannt worden ist.⁵⁵ Die §§ 21 und 158 Abs. 2 InsO lassen aufgrund des systematischen Gesamtzusammenhangs erkennen, dass auch im Schutzschirmverfahren eine erhebliche Vermögensminderung nicht eintreten darf. Tritt sie ein und wird die Befriedigungsquote der Gläubiger erheblich geschmälert, dann haftet auch der Insolvenzverwalter bzw. der vorläufige Insolvenzverwalter oder der vorläufige Eigeninsolvenzverwalter.⁵⁶ Eine Haftungsprivilegierung des Eigeninsolvenzverwalters im Schutzschirmverfahren ist gesetzlich nicht geregelt. Da die Geschäftsführung im Eigenverwaltungsinsolvenzverfahren nach wie vor im Amt ist und § 270b InsO keine Haftungsprivilegierung regelt, gilt im Schutzschirmverfahren auch § 64 GmbHG.⁵⁷

Anhand des Beispiels der GM-Insolvenz lässt sich die Relevanz dieser Überlegungen erläutern. Im Jahr 2008 erwirtschaftete General Motors einen Verlust i.H.v. 31 Mrd. \$, mithin monatlich 2,5 Mrd. \$. Würde man sich vorstellen, dass in einem solchen Fall ein Schutzschirmantrag gem. § 270b InsO gestellt wird und dieses Verfahren 3 Monate andauern würde, dann würde ein Verlust von 7,5 Mrd. \$ entstehen, den man sicherlich als eine erhebliche Vermögensminderung einstufen würde. Die Geschäftsführung würde deshalb für die dadurch entstehende Minderung der Befriedigungsquote haften. Daneben gilt § 64 GmbHG bzw. die entsprechenden Vorschriften im AktG und GenG. Dieser Zustand ist für den Geschäftsführer im Schutzschirmverfahren deshalb besonders misslich, weil ihm trotz des Schutzschirmverfahrens die Kostenentlastungsmöglichkeiten, die ein eröffnetes Insolvenzverfahren bietet, nicht im gleichen Maße zur Verfügung stehen. Die §§ 103 ff. gelten erst mit Eröffnung des Verfahrens.

Wäre stattdessen ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt, könnte dieser einwenden, dass das Insolvenzantragsverfahren eben dazu dient, einen Überblick über die Vermögensverhältnisse zu erlangen. Dem vorläufigen Insolvenzverwalter ist eine haftungsneutrale Einarbeitungszeit zuzugestehen, wobei auch er grds. für eine Verringerung der Befriedigungsquote haftet. Ob diese Argumente auch einem Geschäftsführer im Schutzschirmverfahren, der „seinen“ Geschäftsbetrieb kennt und um Verluste weiß, zur Verfügung stehen, darf bezweifelt werden.

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann ein betriebswirtschaftlicher Verlust zu einer erheblichen Vermögensminderung führen. Dem Insolvenzverwalter verbleibt insoweit die Argumentationsmöglichkeit, die sich aus den sog. Sowieso-Kosten ergibt. Werden nämlich trotz eines betriebswirtschaftlichen Verlustes Teile der Sowieso-Kosten erwirtschaftet, dann verbessert sich die Befriedigungsquote der Gläubiger. Diese Argumentationsmöglichkeit versagt in dem Moment, wo die Kündigungsfristen für die Sowieso-Kosten abgelaufen sind.

VIII. Verfahrensfragen

Das AG Erfurt kam zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen der §§ 270, 270a, 270b InsO nicht vorliegen. Daraus resultieren für die weitere Abwicklung des Insolvenzverfahrens sehr wichtige Verfahrensfragen. Insbesondere stellt sich die

Frage, in welcher Weise das Gericht zu dem Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 270 ff. InsO Beschlussfassungen zu treffen hat. In den §§ 270 ff. InsO finden sich dazu nur spärliche Regelungen. § 270 Abs. 1 InsO regelt, dass die Eigenverwaltung gilt, wenn das Insolvenzgericht in dem Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Eigenverwaltung anordnet. Nicht geregelt ist, wann das Gericht zu entscheiden hat, wenn die Eigenverwaltungsvoraussetzungen nicht vorliegen. Es ist lediglich in § 270 Abs. 4 InsO geregelt, dass die Ablehnung des Antrags zu begründen ist.

Aus verschiedenen verfahrenstechnischen Gründen erscheint es sinnvoll, dass bei einer ablehnenden Entscheidung das Gericht bereits vor der Eröffnung über die Frage der Eigenverwaltung entscheidet oder zumindest zu erkennen gibt, wie es entscheiden wird, um für die Verfahrensbeteiligten Klarheit zu schaffen. In diesem Verfahrensstadium behindert nämlich insbesondere § 270a Abs. 2 InsO die Verfahrensgestaltung. Danach hat das Gericht dem Schuldner seine Bedenken mitzuteilen und diesem Gelegenheit zu geben, den Eröffnungsantrag vor der Entscheidung über die Eröffnung zurückzunehmen. Dieses Rücknahmerecht und die Unsicherheit darüber, wie denn nun weiter verfahren wird, kann z.B. eine Insolvenzgeldvorfinanzierung verhindern, was der Sanierung höchst abträglich wäre.

Das AG Erfurt hat eine verfahrensrechtlich sehr elegante Lösung gewählt. Zunächst sah sich das Gericht wegen § 270 Abs. 4 InsO, der z.T. auf § 27 InsO verweist, daran gehindert, den Eigenverwaltungsantrag schon vor Entscheidung über die Eröffnung zurückzuweisen. Das Gericht wies deshalb in dem Beschluss über die Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung zunächst nur den Schutzschirmantrag gem. § 270b InsO zurück und erachtete diesen als unbegründet. In Bezug auf die Eigenverwaltung gem. § 270 Abs. 1 InsO wies das Gericht den Schuldner auf die Bedenken zur Anordnung der Eigenverwaltung hin und gab dem Schuldner gem. § 270a Abs. 2 InsO zusätzlich den Hinweis, dass Gelegenheit bestehe, den Eröffnungsantrag vor der Entscheidung über die Eröffnung zurückzunehmen. Das Gericht schuf damit Klarheit in Bezug auf den Schutzschirmantrag und den Eigenverwaltungsantrag und verband dies gleichzeitig mit dem notwendigen Hinweis gem. § 270a Abs. 2 InsO.

IX. Fazit

Die Inhalte des § 270b InsO sind in der juristischen Literatur noch nicht zufriedenstellend geklärt. Dieser Beitrag hat das Ziel, die wissenschaftliche Diskussion anzustoßen, um die Sanierungstechniken zu verbessern.

55 Vgl. fehlgehend *Schneider/Höpfner*, BB 2012, 87, 88, die das Schutzschirmverfahren als das derzeit einzig nach deutschem Recht kodifizierte Sanierungsverfahren bezeichnen, was unzutreffend ist.

56 Zur Haftungssituation des Insolvenzverwalters bzw. vorläufigen Insolvenzverwalters *Uhlenbruck* (Fn. 6), § 158 Rn. 17 sowie § 60 Rn. 13, 118.

57 So hat dies ausdrücklich ein Mitglied des II. Senats beim BGH auf einer Veranstaltung v. 9.3.2012 bestätigt. *Schelo*, ZIP 2012, 712, 713, meint, der Schuldner habe einen Spielraum zur Befriedigung von Altverbindlichkeiten im Schutzschirmverfahren, was § 64 GmbHG jedenfalls dann nicht beachtet, wenn Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit vorliegen.