

## Neue Möglichkeiten des Insolvenzrechts für den Schuldner

### Vorläufige Eigenverwaltung, Schutzschirmverfahren und vorl. Gläubigerausschuss

von Dr. Martin Moderegger, Fachanwalt für Insolvenzrecht Hannover/Kassel/Erfurt/Fulda

#### A. Einleitung

Seit dem 01. März 2012 gibt es auf Grund der ESUG-Novelle im deutschen Insolvenzrecht neue Möglichkeiten, ein Unternehmen zu sanieren. Im wesentlichen beziehen sich die Gesetzesänderungen auf das Insolvenzeröffnungsverfahren, das Insolvenzplanverfahren und die Eigenverwaltung. Leider sind die Neuregelungen kompliziert und unübersichtlich in die Insolvenzordnung "eingebaut" worden. Nachfolgend soll versucht werden, die neuen Sanierungsmöglichkeiten insbesondere für den antragstellenden Schuldner in der Abfolge des Eröffnungsverfahrens zusammenhängend darzustellen. Dies soll dabei helfen, vor der Wahl des "Sanierungsweges" sich einen Überblick zu verschaffen.

#### B. Der bisherige Weg zur Insolvenzeröffnung

Bis zum 28.02.2012 musste der Insolvenzschuldner, der seinen Insolvenzantrag bei Gericht einreichte, ohne wirkliche eigene Mitwirkungsmöglichkeit abwarten, welche Maßnahmen das Insolvenzgericht beschließt. Er hatte relativ wenig Einfluss darauf, welchen Insolvenzverwalter oder Sachwalter das Insolvenzgericht bestimmen würde und welche Sicherungsmaßnahmen im Eröffnungsverfahren es anordnen würde. Die weiteren Geschehnisse des Unternehmens konnte er im Regelfall kaum noch bestimmen. Bei laufendem Geschäftsbetrieb bestellte das Gericht nach Eingang des Insolvenzantrages einen vorläufigen Verwalter und dieser steuerte nunmehr maßgeblich mit dem ihm vom Gericht übertragenen Ermächtigungen den weiteren Geschäftsablauf allein. Dies geschah, weil die Insolvenzordnung von vorn herein die *bestmögliche Gläubigerbefriedigung* sicherstellen wollte und dem Schuldner selbst wenig vertraute. Zudem wurden bekanntlich die Instrumente der Eigenverwaltung und des Insolvenzplanverfahrens nur mäßig in Anspruch genommen. Dies lag einmal daran, dass die gesetzliche Ausgestaltung dieser beiden Verfahren nicht einfach genug geregelt war und zum anderen, weil wenig Einflussmöglichkeiten des Schuldners und seiner Gläubiger auf das anfängliche Eröffnungsverfahren und die Bestimmung eines vorläufigen Verwalters bestanden. Außerdem wurde bislang der *Sanierungsgedanke* von dem Grundsatz der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung überlagert.

## C. Vorläufige Eigenverwaltung, Schutzschirmverfahren und vorläufiger Gläubigerausschuss

### I. Voraussetzungen

Nachfolgend werden zuerst die Voraussetzungen für die Einleitung der vorläufige Eigenverwaltung oder des Schutzschirmverfahrens dargestellt, bevor diese neuen Sanierungsmittel jeweils einzelnen erläutert werden.

#### 1. Insolvenzantrag

##### a) Antragstellung

Die Durchführung eines Insolvenzverfahrens, gleich ob ein Regelinsolvenzverfahren mit Insolvenzverwalter, eine Eigenverwaltung mit Sachwalter oder ein Insolvenzplanverfahren angestrebt wird, setzt immer einen **Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens** voraus. Der Antrag muss auf Einleitung des Insolvenzverfahrens und gegen einen bestimmten Schuldner gerichtet sein. Der Insolvenzantrag ist bedingungsfeindlich, kann somit z.B. nicht unter der Bedingung gestellt werden, dass die Eigenverwaltung gem. § 270 ff. InsO angeordnet wird.

##### § 13 Eröffnungsantrag

(1) Das Insolvenzverfahren wird nur auf schriftlichen Antrag eröffnet. Antragsberechtigt sind die Gläubiger und der Schuldner. Dem Antrag des Schuldners ist ein Verzeichnis der Gläubiger und ihrer Forderungen beizufügen. Wenn der Schuldner einen Geschäftsbetrieb hat, der nicht eingestellt ist, sollen in dem Verzeichnis besonders kenntlich gemacht werden

1. die höchsten Forderungen,
2. die höchsten gesicherten Forderungen,
3. die Forderungen der Finanzverwaltung,
4. die Forderungen der Sozialversicherungsträger sowie
5. die Forderungen aus betrieblicher Altersversorgung.

Der Schuldner hat in diesem Fall auch Angaben zur Bilanzsumme, zu den Umsatzerlösen und zur durchschnittlichen Zahl der Arbeitnehmer des vorangegangenen Geschäftsjahres zu machen. Die Angaben nach Satz 4 sind verpflichtend, wenn

1. der Schuldner Eigenverwaltung beantragt,
2. der Schuldner die Merkmale des § 22a Absatz 1 erfüllt oder
3. die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses beantragt wurde.

Dem Verzeichnis nach Satz 3 und den Angaben nach den Sätzen 4 und 5 ist die Erklärung beizufügen, dass die enthaltenen Angaben richtig und vollständig sind.

(2) Der Antrag kann zurückgenommen werden, bis das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Antrag rechtskräftig abgewiesen ist.

(3) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates für die Antragstellung durch den Schuldner ein Formular einzuführen. Soweit nach Satz 1 ein Formular eingeführt ist, muss der Schuldner dieses benutzen. Für Verfahren, die von den Gerichten maschinell bearbeitet, und für solche, die nicht maschinell bearbeitet werden, können unterschiedliche Formulare eingeführt werden.

Frühester Zeitpunkt für einen Insolvenzantrag ist der Eintritt der sog. insolvenzrechtlichen Krise. Dies gilt auch, wenn der Schuldner im Insolvenzeröffnungsverfahren ein Verfahren der **vorläufigen Eigenverwaltung** nach § 270a InsO oder das **Schutzschirmverfahren** nach § 270b InsO anstrebt. Der Eingang jedes Insolvenzantrages bei Gericht leitet ein **selbständiges Eröffnungsverfahren** ein. Dies ist dem eigentlichen Insolvenzverfahren vorgelagert.

## b) Form und Pflichtangaben

Der Insolvenzantrag ist Prozesshandlung und zwingend **schriftlich** einzureichen. Dies kann auch per Telefax oder elektronisch nach Maßgabe des § 130a ZPO erfolgen. Die frühere Möglichkeit, den Antrag auch zu Protokoll der Geschäftsstelle zu stellen, wurde abgeschafft. Im Antrag ist der **Schuldner** zum Zweck der Individualisierung **genau zu bezeichnen** mit Name / Firma, Rechtsform. Außerdem sind beim Eigenantrag die gesetzlichen Vertreter bzw. Gesellschafter mitzuteilen, um dem Gericht die Prüfung der Antragsbefugnis des Antragstellers zu ermöglichen. Der Antrag muss die Zuständigkeit des angerufenen Insolvenzgerichts erkennen lassen. Es sind daher alle die Zuständigkeit des bemühten Insolvenzgerichts begründenden Tatsachen anzugeben<sup>1</sup>.

Für den Fall, dass der Schuldner die **Eigenverwaltung beantragt**, das laufende Unternehmen **die Größenklassen des § 22a InsO erreicht** oder die Einsetzung eines **vorläufigen Gläubigerausschusses** beantragt wird, muss der Schuldner die (zusätzlichen) Angaben nach § 13 Abs.1 Satz 4 InsO zwingend dem Insolvenzgericht machen. Versäumt es der Schuldner, die vom Gesetz geforderten Auskünfte schriftlich mit dem Insolvenzantrag zu geben, führt dies zu einer **Unzulässigkeit** des Antrags.

## c) Darlegung des Insolvenzgrundes

In der Insolvenzordnung gibt es für den Insolvenzeröffnungsantrag des Schuldners im Regelfall<sup>2</sup> keine dem § 14 Abs.1 (Gläubigerantrag) entsprechenden gesetzlichen Vorgaben zur Darlegung oder gar Glaubhaftmachung eines Insolvenzgrundes.

§ 14 Abs.1 Satz 2 Nr.1 bis 7 verlangt lediglich ein Verzeichnis der Gläubiger und ihrer Forderungen. Es soll einen ordnungsgemäßen Ablauf des Insolvenzverfahrens gewährleisten und es dem Insolvenzgericht erleichtern, Gläubiger bereits frühzeitig einzubeziehen, wie z.B. bei der Bestellung des vorläufigen Gläubigerausschusses (§§ 21 Abs.2 Nr.1a, 22a InsO), der sich zur Auswahl des Insolvenzverwalters (§ 56a Abs.2 InsO) oder zur Anordnung der Eigenverwaltung (§ 270 Abs.3 InsO) äußern soll. Das Verzeichnis hat einen allgemeinen Überblick über die Kreditoren und ihre Forderungen zu geben. Eine vollständige Aufstellung sämtlicher Gläubiger und Forderungen, deren Höhe im Einzelfall ggf. zu schätzen sind, ist nicht geboten<sup>3</sup>. Jeder Schuldner muss die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Angaben versichern (§ 13 Abs.1 S.7 InsO). Das Gericht ist nicht verpflichtet, die Angaben zu überprüfen. Ein fehlerhaftes Verzeichnis dürfte auch die Zulässigkeit des Antrags nicht beeinträchtigen. Fehlt das Verzeichnis dagegen vollständig oder wird nur ein offenkundig unzureichendes Verzeichnis dem Antrag beigefügt, wird der Antrag so unzulässig sein<sup>4</sup>.

Der Schuldner hat für seinen Insolvenzantrag entsprechend § 253 Abs.2 Nr.2 ZPO i.V.m. § 4 InsO einen Eröffnungsgrund in substantiiert, nachvollziehbarer Form darzulegen. Es genügt dabei aber die Mitteilung von Tatsachen, welche die wesentlichen Merkmale eines Eröffnungsgrundes des i.S.v. §§ 17 - 19 InsO erkennen lassen. Die Glaubhaftmachung eines Eröffnungsgrundes oder eine Vermögensübersicht sind aber für einen zulässigen Insolvenzantrag nicht erforderlich.

Ausnahmsweise muss der Eröffnungsgrund aber gem. § 15 Abs.2 InsO **glaubhaft** gemacht werden, wenn der Insolvenzantrag im Fall einer juristischen Person oder Personengesellschaft nicht von allen Mitgliedern des Vertretungsorgans gestellt wird.

<sup>1</sup> Kirchhof in HK-InsO, §13 Rdn.6, §3 Rdn. 22

<sup>2</sup> mit Ausnahme der Sonderfälle der §§ 15 Abs. 2, 317 Abs. 2, 332 Abs. 1, 333 Abs. 2 InsO

<sup>3</sup> HambKomm/Wehr, § 13 Rdn. 30a

<sup>4</sup> Regierungsentwurf: BT-Drucksache 17/5721 v. 04.05.2011 zu Nummer 2; HambKomm/Wehr, aaO.

### **§ 15 Antragsrecht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit**

(2) Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vertretungsorgans, allen persönlich haftenden Gesellschaftern, allen Gesellschaftern der juristischen Person, allen Mitgliedern des Aufsichtsrats oder allen Abwicklern gestellt, so ist er zulässig, wenn der Eröffnungsgrund glaubhaft gemacht wird. Zusätzlich ist bei Antragstellung durch Gesellschafter einer juristischen Person oder Mitglieder des Aufsichtsrats auch die Führungslosigkeit glaubhaft zu machen. Das Insolvenzgericht hat die übrigen Mitglieder des Vertretungsorgans, persönlich haftenden Gesellschafter, Gesellschafter der juristischen Person, Mitglieder des Aufsichtsrats oder Abwickler zu hören.

Zur Glaubhaftmachung (§ 4 InsO, § 294 ZPO) des Eigenantrags gehört zunächst die schlüssige Darlegung des Vorliegens eines Insolvenzgrundes (Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung). Die z.B. für die Zahlungsunfähigkeit sprechenden Umstände können ggf. nur in einer Gesamtbetrachtung von Bedeutung sein und sind jeweils im Einzelfall zu würdigen<sup>5</sup>.

Strebt der Antragsteller mit seinem Insolvenzantrag eine Eigenverwaltung an, wird eine gut begründete mit Nachweisen versehene **Darlegung des Eröffnungsgrundes der drohenden Zahlungsunfähigkeit**, bei dem regelmäßig die Eigenverwaltung möglich sein soll<sup>6</sup>, und **des Zeitpunkts seines Eintritts**, möglichst durch einen **unabhängigen Fachmann**, empfohlen.<sup>7</sup>

#### **d) Antragsrecht**

Antragsberechtigt sind nach § 13 Abs.1 Satz 2 InsO die Gläubiger oder der Schuldner. Für das **Schutzschirmverfahren** verlangt § 270b Abs.1 InsO einen (eigenen) Insolvenzantrag des Schuldners. Bei der **vorläufigen Eigenverwaltung** gem. § 270a InsO ist **auch** ein Insolvenzantrag des Gläubigers möglich, wenn der durch einen eigenen Insolvenzantrag des Schuldners ergänzt wird.

Die Stellung des Antrags setzt die **Prozessfähigkeit des Antragstellers** voraus. Bei juristischen Personen müssen deren gesetzliche Vertreter handeln. Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte nach den §§ 49, 54 HGB sind nicht zur Antragstellung berechtigt. Die Stellung eines Insolvenzantrages gehört nämlich nicht zu den Geschäften, die der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt. Vielmehr geht es um die Existenz des Schuldners. Auch ein Generalbevollmächtigter soll nicht antragsberechtigt sein<sup>8</sup>. Ein Mangel der Vertretung kann noch nachträglich durch Genehmigung geheilt werden. Selbstverständlich kann sich jeder Schuldner durch Verfahrensbevollmächtigte vertreten lassen. Im Verfahren vor dem Insolvenzgericht ist keine Vertretung durch Rechtsanwälte vorgeschrieben<sup>9</sup>. Daher sind auch sonstige Verfahrensbevollmächtigte zugelassen. Die genaue Verfahrensart muss nicht angegeben werden. Es ist Aufgabe des Gerichts, die richtige Verfahrensart zu bestimmen.

#### **e) Antragspflicht**

Für Schuldner ergibt sich eine Pflicht, einen Eröffnungsantrag zu stellen, aus folgenden gesetzlichen Vorschriften: Für juristische Personen und (insolvenzfähige) Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit aus § 15a Abs.1 - 3 InsO; im Übrigen aus §§ 42 Abs.2, 48 BGB für den Verein, §§ 86, 88 BGB für die rechtsfähige Stiftung, § 89 Abs.2 BGB für insolvenzfähige Personen des öffentlichen Rechts, § 1985 Abs.2 S.2 BGB für Nachlassverwalter und § 1489 i.V.m § 1980 BGB für Mitglieder fortgesetzter

<sup>5</sup> HambKomm/Wehr, § 14 Rdn.24

<sup>6</sup> Uhlenbruck, § 270 Rdn.26

<sup>7</sup> Neußner in Kübler, HRI, § 5 Rdn.45

<sup>8</sup> Neußner in Kübler, HRI, § 5 Rdn.50

<sup>9</sup> Schmahl, in MünchKomm-InsO, § 13 Rdn.87

Gütergemeinschaften. Bei bestehender Antragspflicht trifft diese nicht nur die formell bestellten Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer, Liquidatoren, sondern auch faktische Organe. Die Mitglieder des Vertretungsorgans sollten schon aus Gründen der Vermeidung einer persönlichen Haftung und Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung und vorübergehendem Verlust der Eignung als Geschäftsleiter gem. § 6 Abs.2 Nr.3a GmbHG, § 76 Abs.3 Nr.3a AktG ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Insolvenzantrag stellen.

Beim Einreichen des Insolvenzantrages muss nicht zwingend bereits der Insolvenzgrund vorliegen.

## 2. Antrag auf vorläufige Eigenverwaltung und (endgültige) Eigenverwaltung

### a) Besonderer Antrag neben dem Insolvenzantrag

Wünscht der Schuldner im Insolvenzeröffnungsverfahren die Durchführung einer **vorläufigen Eigenverwaltung** und/oder nach Insolvenzeröffnung die **Eigenverwaltung**, so muss er ausdrücklich dazu einen **Antrag** bei Gericht stellen, der zugleich mit dem Insolvenzantrag dem Gericht vorgelegt werden sollte. Denn gem. § 270a Abs.1 InsO setzt die Zulassung zur vorläufigen Eigenverwaltung einen Antrag des Schuldners voraus. Auch die Eigenverwaltung verlangt gem. § 270 Abs.1 Nr.1 InsO einen Antrag des Schuldners. Der Antrag darf nicht an eine Bedingung geknüpft sein, wie z.B. die Bestellung einer bestimmten Person zum Sachwalter<sup>10</sup>.

Eine vorläufige Eigenverwaltung oder die spätere (endgültige) Eigenverwaltung **kann weder von Amts wegen, noch auf Antrag eines Gläubigers oder eines vorläufigen Gläubigerausschusses angeordnet** werden. Erst später, nach Insolvenzeröffnung, hat die Gläubigerversammlung gem. § 271 InsO noch die Möglichkeit, eine Eigenverwaltung zu beantragen, wobei der Schuldner zustimmen muss.

Ein Eigenverwaltungsantrag kann noch **bis zum Erlass des Eröffnungsbeschlusses** gestellt werden, da das Gericht erst mit diesem Beschluss förmlich über die Zulassung der Eigenverwaltung entscheidet. Der Schuldner, der bereits von der vorläufigen Eigenverwaltung im Insolvenzeröffnungsverfahren Gebrauch machen will, muss diese vorläufige Eigenverwaltung bereits mit dem Insolvenzantrag verbinden (§ 270a InsO).

### b) Notwendige Anlagen zum Antrag

Um über den Antrag zur Zulassung der vorläufigen Eigenverwaltung entscheiden zu können, benötigt das Insolvenzgericht nachvollziehbare Informationen vom Schuldner. Welche Unterlagen diesem Antrag beizufügen sind, hängt vom Einzelfall ab und ist nicht gesetzlich vorgeschrieben.

In jedem Fall sollte folgendes vorgelegt werden<sup>11</sup>:

- Darstellung des Unternehmens, Arbeitnehmerzahl, Größe, Branche, ggf. Know-how
- Darstellung der Krisenursachen und des Krisenstadiums
- Angaben zur Sanierungsfähigkeit
- Bericht über etwa bereits außergerichtlich durchgeführte Sanierungsversuche
- Jahresabschlüsse bzw. BWAs der letzten drei, vorzugsweise fünf Geschäftsjahre
- eigene Einschätzung der Restrukturierungs- und Sanierungschancen bzw. Sanierungskonzept

<sup>10</sup> Haas/Kahlert, in Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 87 Rdn.3

<sup>11</sup> Siehe dazu Neußner in Kübler, HRI, § 5 Rdn. 105, 108 ff.

### c) Anregung zur Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses

Mit dem Insolvenzantrag sollte der Schuldner auch die Bestellung eines **vorläufigen Gläubigerausschusses** anregen. Der vorläufige Gläubigerausschuss soll das Gericht insbesondere bei der Auswahl des vorläufigen Sachwalters unterstützen und die Interessen der Gläubiger wahren. Diese Funktion kann der vorläufige Gläubigerausschuss angemessen allerdings nur erfüllen, wenn er frühzeitig, d.h. noch vor der grundsätzlichen Entscheidung über die Einsetzung eines vorläufigen Sachwalters und vor Auswahl der dafür geeigneten Person, eingesetzt wird. In den Fallkonstellationen des § 22a InsO muss der Insolvenzrichter sogar einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, bevor der Verwalter ausgewählt wird. Nach § 21 Abs.2 Nr.1a kann das Insolvenzgericht jederzeit, falls erforderlich, einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen.

#### § 21 Anordnung vorläufiger Maßnahmen

(2) Das Gericht kann insbesondere

1a. einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, für den § 67 Absatz 2 und die §§ 69 bis 73 entsprechend gelten; zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses können auch Personen bestellt werden, die erst mit Eröffnung des Verfahrens Gläubiger werden;

Vom Ablauf her hat das Insolvenzgericht zuerst über die Zulässigkeit des Insolvenzantrages, dann über die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses und erst danach über die Bestellung des vorläufigen Sachwalters zu entscheiden. Um Verzögerungen zu vermeiden, ist es daher für den Schuldner von Vorteil, wenn sein "mitgebrachter" Gläubigerausschuss im Eröffnungsverfahren bei der Bestellung des vorläufigen Sachwalters gem. § 56a InsO vom Insolvenzgericht gleich beteiligt werden kann und der vorläufige Gläubigerausschuss sogar über einen einstimmigen Vorschlag den vorläufigen Sachwalter auch bestimmen kann.

#### § 56a Gläubigerbeteiligung bei der Verwalterbestellung

(1) Vor der Bestellung des Verwalters ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zu geben, sich zu den Anforderungen, die an den Verwalter zu stellen sind, und zur Person des Verwalters zu äußern, soweit dies nicht offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt.

(2) Das Gericht darf von einem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des Verwalters nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist. Das Gericht hat bei der Auswahl des Verwalters die vom vorläufigen Gläubigerausschuss beschlossenen Anforderungen an die Person des Verwalters zugrunde zu legen.

(3) Hat das Gericht mit Rücksicht auf eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners von einer Anhörung nach Absatz 1 abgesehen, so kann der vorläufige Gläubigerausschuss in seiner ersten Sitzung einstimmig eine andere Person als die bestellte zum Insolvenzverwalter wählen.

### d) Schuldnervorschlag zur Person des vorläufigen Sachwalters

Der Schuldner kann nach dem neuen §56 Abs.1 Nr.1 InsO eine bestimmte Person als vorläufigen Sachwalter vorschlagen. Ein Vorschlag des Schuldners war auch vor der Reform bei der Antragstellung möglich. Doch haben nicht selten in der Vergangenheit die Gerichte Vorschläge des Schuldners oder der Gläubiger zur Ernennung eines bestimmten Insolvenzverwalters zurückgewiesen. Mit dieser "Unsitte und den damit verbundenen Berührungspunkten ist jetzt Schluss" <sup>12</sup>.

#### § 56 Bestellung des Insolvenzverwalters

(1) Zum Insolvenzverwalter ist eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen, die aus dem Kreis aller zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen bereiten Personen auszuwählen ist. Die Bereitschaft zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen kann auf bestimmte Verfahren beschränkt werden. Die erforderliche Unabhängigkeit wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass die Person

1. vom Schuldner oder von einem Gläubiger vorgeschlagen worden ist,

---

<sup>12</sup> Busch, ZInsO 2012, 1389, 1390c



### e) Anregung zur Sicherungsmaßnahme gem. § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO

Sofern bereits in das Vermögen des Schuldners bei Antragstellung vollstreckt wird oder Vollstreckungsmaßnahmen drohen, ist es sinnvoll, mit dem Insolvenzantrag zugleich die gerichtliche Untersagung oder einstweilige Einstellung von Zwangsvollstreckungen gem. § 21 Abs.2 Nr.3 InsO anzuregen.

#### § 21 Anordnung vorläufiger Maßnahmen

(2) Das Gericht kann insbesondere

3. Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner untersagen oder einstweilen einstellen, soweit nicht unbewegliche Gegenstände betroffen sind;

### 3. Antrag auf Zugang zum sog. Schutzschirmverfahren

§ 270b InsO verlangt im Eröffnungsverfahren für den Zugang zum sog. Schutzschirmverfahren, das Gesetz spricht von "Vorbereitung einer Sanierung", vom Schuldner einen **ausdrücklichen Antrag**, der mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbunden wird. Diesem Antrag ist mit gem. § 270b Abs.1 InsO eine mit Gründen versehene **Bescheinigung** eines mit Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualität vorzulegen, aus der sich ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.

#### § 270b Vorbereitung einer Sanierung

(1) Hat der Schuldner den Eröffnungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gestellt und die Eigenverwaltung beantragt und ist die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos, so bestimmt das Insolvenzgericht auf Antrag des Schuldners eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans. Die Frist darf höchstens drei Monate betragen. Der Schuldner hat mit dem Antrag 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.

## II. Vorläufige Eigenverwaltung

### 1. Eigene Kontrolle

Mit der **vorläufigen Eigenverwaltung** während des Eröffnungsverfahrens wird dem Schuldner, der frühzeitig eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt, ein Verfahren zur Verfügung gestellt, das ihm die Kontrolle über sein Unternehmen im Grundsatz belässt<sup>13</sup>. Das Gericht soll ausdrücklich davon absehen, die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners zu beschränken und auch kein allgemeines Verfügungsverbot und keinen Zustimmungsvorbehalt zu Gunsten eines vorläufigen Verwalters anordnen. Gem. § 270a InsO bestellt das Insolvenzgericht nach Eingang eines entsprechenden Insolvenzantrages und Antrags auf Durchführung der vorläufigen Eigenverwaltung für die Zeit des Eröffnungsverfahrens einen **vorläufigen Sachwalter**.

#### § 270a Eröffnungsverfahren

(1) Ist der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos, so soll das Gericht im Eröffnungsverfahren davon absehen, 1. dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen oder 2. anzuordnen, dass alle Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind. Anstelle des vorläufigen Insolvenzverwalters wird in diesem Fall ein vorläufiger Sachwalter bestellt, auf den die §§ 274 und 275 entsprechend anzuwenden sind.

<sup>13</sup>Stellungnahme des Bundesrates, 20.

(2) Hat der Schuldner den Eröffnungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt und die Eigenverwaltung beantragt, sieht das Gericht jedoch die Voraussetzungen der Eigenverwaltung als nicht gegeben an, so hat es seine Bedenken dem Schuldner mitzuteilen und diesem Gelegenheit zu geben, den Eröffnungsantrag vor der Entscheidung über die Eröffnung zurückzunehmen.

Nach früherem Recht sollte trotz des Vorliegens eines Antrags auf Eigenverwaltung die Bestellung eines "schwachen" oder sogar "starken" vorläufigen Insolvenzverwalters möglich sein<sup>14</sup>. Die eindeutige Formulierung in § 270a Abs.1 S.2 InsO lässt nunmehr nur noch die Bestellung eines vorläufigen Sachwalters zu.<sup>15</sup>

## 2. Voraussetzungen der Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung

- Insolvenzantrag des Schuldners (sog. Eigenantrag)
- Beantragung der Anordnung der Eigenverwaltung
- Das Gericht kann die vorläufige Eigenverwaltung nur ablehnen, wenn diese offensichtlich aussichtslos ist (§ 270a Abs.1 S.1 InsO). Bei Bedenken muss das Gericht gem. § 270a Abs.2 InsO dem Schuldner (Antragsteller) diese mitteilen und ihm Gelegenheit geben, den Eröffnungsantrag zurückzunehmen.

## 3. Vorläufiger Sachwalter

a) Vorschläge des Schuldners oder von einem Gläubiger zur Person des zu bestellenden (vorläufigen) Sachwalters sind gem. §§ 270a Abs.1 S.2, § 274 Abs.1, § 56 Abs.1 S.3. Nr.1 InsO ausdrücklich zugelassen. Dabei wird es das zuständige Gericht sicherlich begrüßen, wenn als Sachwalter eine Person vorgeschlagen wird, die bei dem zuständigen Gericht zuvor bereits regelmäßig als Insolvenzverwalter bzw. Sachwalter bestellt worden ist und dessen Arbeitsqualität das Gericht daher bereits kennt.

### § 270a Eröffnungsverfahren

(1) Ist der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos, so soll das Gericht im Eröffnungsverfahren davon absehen, 1. dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen oder 2. anzuordnen, dass alle Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind. Anstelle des vorläufigen Insolvenzverwalters wird in diesem Fall ein vorläufiger Sachwalter bestellt, auf den die §§ 274 und 275 entsprechend anzuwenden sind.

### § 274 Rechtsstellung des Sachwalters

(1) Für die Bestellung des Sachwalters, für die Aufsicht des Insolvenzgerichts sowie für die Haftung und die Vergütung des Sachwalters gelten § 27 Absatz 2 Nummer 5, § 54 Nummer 2 und die §§ 56 bis 60, 62 bis 65 entsprechend.

### § 56 Bestellung des Insolvenzverwalters

(1) Zum Insolvenzverwalter ist eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen, die aus dem Kreis aller zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen bereiten Personen auszuwählen ist. Die Bereitschaft zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen kann auf bestimmte Verfahren beschränkt werden. Die erforderliche Unabhängigkeit wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass die Person 1. vom Schuldner oder von einem Gläubiger vorgeschlagen worden ist, 2. den Schuldner vor dem Eröffnungsantrag in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat.

## b) Auswahl des vorläufigen Sachwalters

Das Insolvenzgericht ist im Eröffnungsverfahren der vorläufigen Eigenverwaltung aber nicht an den Vorschlag des Schuldner gebunden. Es kann somit den vorläufigen Sachwalter selbst auswählen und hat dabei ein weites Auswahlmessen. Dabei wird es darauf achten, dass die mit dem Amt zu betrauende Person folgende Anforderungen erfüllt:

<sup>14</sup> siehe dazu: HambKomm/Fiebig, § 270a Rdn.2

<sup>15</sup> HambKomm/Fiebig, § 270a Rdn.4



- fachliche Eignung und ausreichende personelle Kapazität der Kanzlei
- persönliche Eignung
- Unabhängigkeit

Sofern ein vorläufiger Gläubigerausschuss bestellt ist, hat dieser jedoch maßgeblichen Einfluss auf die Bestellung des vorläufigen Sachwalters. Denn nach § 270a Abs.1 S.2, § 274 Abs.1 und § 56a InsO ist einem bereits bestellten vorläufigen Gläubigerausschuss gem. § 56a Abs.1 InsO vom Gericht Gelegenheit zur Äußerung zu den Anforderungen an den vorläufigen Sachwalter im konkreten Einzelfall sowie zur Person des vorläufigen Sachwalters zu geben.

Hiervon kann und muss das Gericht gem. § 56a Abs.1 InsO absehen, wenn eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners zu befürchten ist und daher die Konstituierung des Gläubigerausschusses oder Anhörung nicht abgewartet werden kann. Schlägt der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig eine Person als vorläufigen Sachwalter vor, darf das Insolvenzgericht hiervon gem. § 56 Abs.2 InsO nicht abweichen, es sei denn, die vorgeschlagene Person ist ungeeignet. Hat das Insolvenzgericht aus Gründen der Eilbedürftigkeit gem. § 56a Abs.1 InsO keine Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses vorgenommen und einen vorläufigen Sachwalter bestellt, kann der vorläufige Gläubigerausschuss gem. § 56 Abs.3 InsO in seiner ersten Sitzung einstimmig eine andere Person als die bestellte zum vorläufigen Sachwalter wählen. Diesen muss das Gericht in analoger Anwendung von § 56a Abs.2 S.1, § 57 S.2 InsO zum vorläufigen Sachwalter bestellen, wenn diese nicht zur Übernahme des Amtes ungeeignet ist.

#### **§ 56a Gläubigerbeteiligung bei der Verwalterbestellung**

(1) Vor der Bestellung des Verwalters ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zu geben, sich zu den Anforderungen, die an den Verwalter zu stellen sind, und zur Person des Verwalters zu äußern, soweit dies nicht offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt.

(2) Das Gericht darf von einem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des Verwalters nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist. Das Gericht hat bei der Auswahl des Verwalters die vom vorläufigen Gläubigerausschuss beschlossenen Anforderungen an die Person des Verwalters zugrunde zu legen.

(3) Hat das Gericht mit Rücksicht auf eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners von einer Anhörung nach Absatz 1 abgesehen, so kann der vorläufige Gläubigerausschuss in seiner ersten Sitzung einstimmig eine andere Person als die bestellte zum Insolvenzverwalter wählen.

#### **c) Vergütung des vorläufigen Sachwalters**

Noch völlig **ungeklärt** ist die Frage, wie der vorläufige Sachwalter für seine Arbeit zu vergütet ist. Geregelt ist bislang nur die Vergütung des Sachwalters in der endgültigen Eigenverwaltung durch § 12 InsVV. Der Pflichtenkreis des vorläufigen Sachwalters ähnelt auf Grund der Verweisung in § 270a Abs.1 Satz 2 InsO auf §§ 274, 275 InsO dem des endgültigen Sachwalters, so dass man an eine entsprechende Anwendung des § 12 InsVV auch für den vorläufigen Sachwalter denken könnte. § 274a Abs.1 InsO erklärt zudem § 54 Nr.2 InsO auf Grund der Verweisung auch für den vorläufigen Sachwalter für anwendbar. Sieht man allerdings die zusätzlichen Aufgaben, die der vorläufige Sachwalter im Gegensatz zum endgültigen Sachwalter während des Eröffnungsverfahrens wahrnehmen muss, so passt § 12 InsVV nicht ohne weiteres auf den vorläufigen Sachwalter. Denn wegen der Anzeigenpflicht nach §270b Abs.3 S.1 InsO muss während des Eröffnungsverfahrens der vorläufige Sachwalter laufend die Liquiditätsplanung des Schuldners kontrollieren und prüfen, ob nicht schon Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist. Wegen der Komplexität dieser Aufgabe kann nicht schematisch § 12 InsVV angewandt werden, sondern muss ein anderer Vergütungssatz herbeigezogen werden. In der Literatur wird empfohlen, jeweils im Einzelfall zu entscheiden.<sup>16</sup> Es wird auch vorgeschlagen, dass dem vorläufigen Sachwalter 60 % der

<sup>16</sup> HambKomm/Büttner, § 12 InsVV, Rdn. 3a

Normalvergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters, die sich aus § 11 Abs.1 InsVV ergibt, für seine vorläufige Sachwalteraufgabe vergütet wird<sup>17</sup>. Ggf. sollen Zu- und Abschläge möglich sein. Dem Gedanken der angemessenen Vergütung am nächsten kommen dürfte, wenn der vorläufigen Sachwalter nach § 12 InsVV vergütet würde und ihm für die Sonderaufgabe der Liquiditätsprüfung ein Zuschlag gewährt würde, der je nach tatsächlichem Aufwand unterschiedlich ausfallen kann.

#### 4. Verfügungsmacht des Schuldners während der vorläufigen Eigenverwaltung

Der Schuldner behält während der vorläufigen Eigenverwaltung die Verwaltungs- und Verfügungsmacht über sein Unternehmen allein. Sein Verfügungsrecht beruht jedoch nicht mehr auf seiner ursprünglichen ihm belassenen Rechtsstellung aus der Zeit vor Insolvenzantragsstellung, sondern er befindet sich nach der Stellung seines Antrages auf Eigenverwaltung bei Gericht in einem Eröffnungsverfahren, in dem das Gericht auf Grund der Regelung des § 270a Abs.1 InsO dem Schuldner weder ein Verfügungsverbot noch den Vorbehalt der Zustimmung durch einen etwaigen vorläufigen Insolvenzverwalter auferlegen soll. Der Schuldner handelt daher im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung zwar auf Grund eigener Verfügungsmacht. Diese ist aber durch die gesetzlichen Regelungen zur vorläufigen Eigenverwaltung ausgestaltet und daher nicht mehr seine ursprüngliche Verfügungsmacht. Er ist also **Amtswalter in eigenen Angelegenheiten**.

Ist der Schuldner eine **Gesellschaft**, so bleiben während der vorläufigen Eigenverwaltung die Gesellschafterrechte unangetastet. Die handelnden Gesellschaftsorgane (Geschäftsführung, Vorstand, Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat, usw.) behalten ihre Kompetenzen. Die vorläufige Eigenverwaltung bedeutet keine Überlagerung dieser Rechte.

#### 5. Aufgaben des vorläufigen Sachwalters

Hauptaufgabe des vorläufigen Sachwalters ist die Aufsicht über den Schuldner. Gem. § 270a Abs.1 S.2, § 274 Abs.2 InsO hat der Sachwalter die **wirtschaftliche Lage** des Schuldners zu **prüfen** und die Geschäftsführung sowie die Ausgaben für die Lebensführung zu **überwachen**. Die Aufsichtspflicht soll im Sinne einer **permanenten Überwachung** zu verstehen sein. Der vorläufige Sachwalter soll verpflichtet sein, sich einen vollständigen Überblick über die Geschäftsführung des Schuldners zu machen. Dazu soll auch gehören, die vom Schuldner zu führende Liquiditätsplanung unmittelbar täglich zu kontrollieren.

#### § 274

(2) Der Sachwalter hat die wirtschaftliche Lage des Schuldners zu prüfen und die Geschäftsführung sowie die Ausgaben für die Lebensführung zu überwachen. § 22 Abs. 3 gilt entsprechend.

#### 6. Mitwirkungsbefugnisse des vorläufigen Sachwalters entsprechend § 275 Abs.1 InsO

Gem. § 270a Abs.1 S.2, § 275 Abs.1 S.1 InsO soll der Schuldner Verbindlichkeiten, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, nur mit Zustimmung des vorläufigen Sachwalters eingehen. Da es sich hier nur um eine Soll-Vorschrift handelt, darf der Schuldner in Eilfällen auch ohne Zustimmung des vorläufigen Sachwalters handeln. Außergewöhnliche Geschäfte wie der Verkauf und die Belastung von Immobilien, Aufnahme von Darlehen, Verzicht von Forderungen, Geschäften außerhalb des Unternehmenszwecks und besonders schwerwiegende Geschäfte, die nach Art und Umfang die bisherige unternehmerische Tätigkeit übersteigen, bedürfen in jedem Fall der vorherigen Zustimmung des vorläufigen Sachwalters. Der Schuldner soll keine Verbindlichkeiten im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes eingehen, wenn der vorläufige Sachwalter ausdrücklich widerspricht (§ 275 Abs.1 S.2 InsO).

---

<sup>17</sup> KP/B/Pape, § 270a Rdn. 26

### § 275 Mitwirkung des Sachwalters

(1) Verbindlichkeiten, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, soll der Schuldner nur mit Zustimmung des Sachwalters eingehen. Auch Verbindlichkeiten, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, soll er nicht eingehen, wenn der Sachwalter widerspricht.

## 7. Informationsrechte des vorläufigen Sachwalters und Pflichten des Schuldners

Der vorläufige Sachwalter kann seine Überwachungsaufgabe nur sorgfältig wahrnehmen, wenn er vom Schuldner laufend und umfassend jeweils aktuell über das Unternehmen informiert wird. Die InsO sieht deshalb besondere Informationsrechte des vorläufigen Sachwalters und besondere Informationspflichten des Schuldners vor.

### § 270a Eröffnungsverfahren

(1) Ist der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos, so soll das Gericht im Eröffnungsverfahren davon absehen, 1. dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen oder 2. anzuordnen, dass alle Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind.

Anstelle des vorläufigen Insolvenzverwalters wird in diesem Fall ein vorläufiger Sachwalter bestellt, auf den die §§ 274 und 275 entsprechend anzuwenden sind.

### § 274 Rechtsstellung des Sachwalters

(2) Der Sachwalter hat die wirtschaftliche Lage des Schuldners zu prüfen und die Geschäftsführung sowie die Ausgaben für die Lebensführung zu überwachen. § 22 Abs. 3 gilt entsprechend.

### § 22 Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters

(3) Der vorläufige Insolvenzverwalter ist berechtigt, die Geschäftsräume des Schuldners zu betreten und dort Nachforschungen anzustellen. Der Schuldner hat dem vorläufigen Insolvenzverwalter Einsicht in seine Bücher und Geschäftspapiere zu gestatten. Er hat ihm alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und ihn bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen; die §§ 97, 98, 101 Abs. 1 Satz 1, 2, Abs. 2 gelten entsprechend.

Der vorläufige Sachwalter hat somit folgende Rechte, die der Schuldner ihm nicht verwehren darf:

- Recht die Geschäftsräume des Schuldners zu betreten und dort Nachforschungen anzustellen
- Recht, Einsicht in die Bücher des Schuldners und die Geschäftspapiere zu nehmen
- Recht, alle erforderlichen Auskünfte vom Schuldner zu erhalten, die ihn bei der Erfüllung seiner Aufgaben unterstützen

Die vorgenannten Rechte lassen eine vorläufige Eigenverwaltung aber nicht gelingen, wenn der Schuldner selbst nicht mitwirkt. Er hat daher eine **umfassende Informations- und Unterstützungspflicht** gegenüber dem vorläufigen Sachwalter. Er darf nicht abwarten, bis der vorläufige Sachwalter bei ihm ausdrücklich nachfragt, sondern er muss von sich aus diesen ständig über die aktuelle Geschäftslage, Geschäftsaussichten und wesentlichen Änderungen der Geschäftslage informieren. Der Schuldner muss mit dem vorläufigen Sachwalter gut kooperieren, denn andernfalls läuft er Gefahr, dass es nicht zu der später von ihm erstreben Insolvenzeröffnung in (endgültiger) Eigenverwaltung kommen wird. Zu einer nach § 22 Abs.3, § 98 InsO denkbaren zwangsweise Durchsetzung der Pflichten des Schuldners dürfte es daher in der Praxis nur in seltensten Fällen kommen.

### § 98 Durchsetzung der Pflichten des Schuldners

(1) Wenn es zur Herbeiführung wahrheitsgemäßer Aussagen erforderlich erscheint, ordnet das Insolvenzgericht an, daß der Schuldner zu Protokoll an Eides Statt versichert, er habe die von ihm verlangte Auskunft nach bestem Wissen und Gewissen richtig und vollständig erteilt. Die §§ 478 bis 480, 483 der Zivilprozeßordnung gelten entsprechend.

(2) Das Gericht kann den Schuldner zwangsweise vorführen und nach Anhörung in Haft nehmen lassen, 1. wenn der Schuldner eine Auskunft oder die eidesstattliche Versicherung oder die Mitwirkung bei der Erfüllung der Aufgaben des Insolvenzverwalters verweigert; 2. wenn der Schuldner sich der Erfüllung seiner Auskunfts- und Mitwirkungspflichten entziehen will,

insbesondere Anstalten zur Flucht trifft, oder

3. wenn dies zur Vermeidung von Handlungen des Schuldners, die der Erfüllung seiner Auskunft- und Mitwirkungspflichten zuwiderlaufen, insbesondere zur Sicherung der Insolvenzmasse, erforderlich ist.

(3) Für die Anordnung von Haft gelten die §§ 904 bis 906, 909, 910 und 913 der Zivilprozessordnung entsprechend. Der Haftbefehl ist von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen für die Anordnung von Haft nicht mehr vorliegen. Gegen die Anordnung der Haft und gegen die Abweisung eines Antrags auf Aufhebung des Haftbefehls wegen Wegfalls seiner Voraussetzungen findet die sofortige Beschwerde statt.

Im Eröffnungsverfahren wird der vorläufige Sachwalter nach seiner Bestellung mit dem Schuldner vereinbaren, über welche Vorgänge er zu welchem Zeitpunkt von diesem unterrichtet werden will. *M. Hofmann*<sup>18</sup> schlägt Vereinbarungen zu folgenden Punkten vor:

- Art der beabsichtigten Geschäfte im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsganges, über die der vorläufige Sachwalter im Voraus informiert werden will;
- Art und Umfang der Geschäfte, die der Schuldner ohne vorherige Information des Sachwalters eingehen kann;
- Unterlagen, die dem vorläufigen Sachwalter regelmäßig - z.B. täglich, wöchentlich, zweiwöchentlich oder monatlich - vorzulegen sind (Kontoauszüge, Liquiditäts-, Ertrags- und Finanzplanung, BWAs, Auftragseingänge usw.)

## 8. Konten- und Kassenführungsrecht

In der (endgültigen) Eigenverwaltung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens sieht die Insolvenzordnung in § 275 Abs.2 InsO vor, dass der Sachwalter vom Schuldner verlangen kann, dass er das Kassenführungsrecht hat. Für die vorläufige Eigenverwaltung hat der Gesetzgeber diese Regelung als entsprechend anwendbar erklärt. Auch der vorläufige Sachwalter kann daher das Konten und Kassenführungsrecht verlangen.

### § 270a Eröffnungsverfahren

(1) Ist der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos, so soll das Gericht im Eröffnungsverfahren davon absehen, 1. dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen oder 2. anzuordnen, dass alle Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind. Anstelle des vorläufigen Insolvenzverwalters wird in diesem Fall ein vorläufiger Sachwalter bestellt, auf den die §§ 274 und 275 entsprechend anzuwenden sind.

### § 275 Mitwirkung des Sachwalters

(1) Verbindlichkeiten, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, soll der Schuldner nur mit Zustimmung des Sachwalters eingehen. Auch Verbindlichkeiten, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, soll er nicht eingehen, wenn der Sachwalter widerspricht.

(2) Der Sachwalter kann vom Schuldner verlangen, daß alle eingehenden Gelder nur vom Sachwalter entgegengenommen und Zahlungen nur vom Sachwalter geleistet werden.

## 9. Anzeigepflicht des vorläufigen Sachwalters bei Feststellung nachteiliger Umstände

Der vorläufige Sachwalter hat gem. §§ 270a Abs.1 S.2, 274 Abs. 3 InsO eine besondere Anzeigepflicht gegenüber dem Gläubigerausschuss und dem Insolvenzgericht, wenn er Umstände feststellt, die erwarten lassen, dass die Fortsetzung der Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird.

### § 270a Eröffnungsverfahren

(1) Ist der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos, so soll das Gericht im Eröffnungsverfahren davon absehen, 1. dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen oder 2. anzuordnen, dass alle Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind. Anstelle des vorläufigen Insolvenzverwalters wird in diesem Fall ein vorläufiger Sachwalter bestellt, auf den die §§ 274 und 275 entsprechend anzuwenden sind.

---

<sup>18</sup> M. Hofmann, in Kübler, HRI, § 6 Rdn. 52

### § 274 Rechtsstellung des Sachwalters

(3) Stellt der Sachwalter Umstände fest, die erwarten lassen, dass die Fortsetzung der Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird, so hat er dies unverzüglich dem Gläubigerausschuss und dem Insolvenzgericht anzuzeigen. Ist ein Gläubigerausschuss nicht bestellt, so hat der Sachwalter an dessen Stelle die Insolvenzgläubiger, die Forderungen angemeldet haben, und die absonderungsberechtigten Gläubiger zu unterrichten.

## 10. Haftung des vorläufigen Sachwalters

Die vorläufige Eigenverwaltung bringt für den Sachwalter besondere Haftungsgefahren mit sich. Wie der Sachwalter im Verfahren der Eigenverwaltung nach Eröffnung, so haftet auch der vorläufige Sachwalter gegenüber sämtlichen Beteiligten für die Erfüllung der ihm nach der Insolvenzordnung obliegenden Pflichten. Dies ergibt sich aus § 270a Abs.1 S.2, § 274 Abs.1 und § 60 InsO.

Die vom vorläufigen Sachwalter zu beachtenden Hauptpflichten sind die oben bereits dargestellte Aufsichtspflicht entsprechend § 274 Abs.2 InsO und die Pflicht zur Anzeige nachteiliger Umstände entsprechend § 274 Abs.3 InsO. Besonders haftungsträchtig sind die Fälle der vom Gericht analog § 277 Abs.1, 2 InsO angeordneten Zustimmungsvorgehalte, wenn der Schuldner mit Zustimmung des vorläufigen Sachwalters Masseverbindlichkeiten begründen darf. Hier besteht für den vorläufigen Sachwalter analog § 277 Abs.1 Satz 3 InsO i.V. mit § 61 InsO eine Haftung im Fall der Nichterfüllung der Masseverbindlichkeit.

## 11. Fehlen verfügungsbeschränkender Maßnahmen gem. § 270a Abs.1 S.1 InsO

Das Gericht hat im Fall der vorläufigen Eigenverwaltung anders als bei der vorläufigen Insolvenzverwaltung kein Recht, verfügungsbeschränkende vorläufige Maßnahmen i.S. von § 21 Abs.2 Nr.2, 2.Alt. InsO zu beschließen. Vereinzelt wird jedoch vertreten, dass das Gericht anordnen könne, dass Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung des vorläufigen Sachwalters wirksam sind.<sup>19</sup>

### § 21 Anordnung vorläufiger Maßnahmen

(2) Das Gericht kann insbesondere  
2. dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegen oder anordnen, daß Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind;

## 12. Entstehen von Masseverbindlichkeiten bei vorläufiger Eigenverwaltung

Die Begründung von Verbindlichkeiten obliegt im Eröffnungsverfahren bei einem Antrag auf Eigenverwaltung und Bestellung eines vorläufigen Sachwalters weiter dem Schuldner. In der Praxis stellt sich bereits auch die Frage, ob der vorläufige Sachwalter zur Begründung von Masseverbindlichkeiten vom Gericht ermächtigt werden kann. Eine Vorschrift, die das ausdrücklich verbietet, fehlt ebenso in der Insolvenzordnung wie eine Norm, die diese Möglichkeit einräumt. Die noch junge Rechtsprechung hat die Frage sowohl bejaht, als auch verneint. Das *AG Fulda* schließt eine Ermächtigung entsprechend § 270b Abs.3 InsO im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren aus § 270a Abs.1 S.2 InsO<sup>20</sup>. Für das *AG Hamburg* kommt dagegen nur eine Ermächtigung des vorläufigen Sachwalters in Frage, da dessen Ermächtigung praktischen Bedürfnissen entspreche<sup>21</sup>. Da allerdings die Eigenverwaltung nach Insolvenzeröffnung keine Ermächtigung des Sachwalters zum eigenständigen Eingehen von Verbindlichkeiten kennt, gibt es auch keine Grundlage dafür, dass das

<sup>19</sup> Hofmann, NZI 2010,798,800; HambKomm/Fiebig § 270b, Rdn.7: "nur in Ausnahmefällen".

<sup>20</sup> AG Fulda, Beschl. v.28.03.2012 - 91 IN 9/123

<sup>21</sup> AG Hamburg, Beschl. v. 04.04.2012 - 67g IN 74/12, ZIP 20/12, 787



Insolvenzgericht ihn in der vorläufigen Eigenverwaltung zum Eingehen von Verbindlichkeiten ermächtigen darf. § 270a bezweckt gerade, dem Schuldner die Verfügungsbefugnis im Eröffnungsverfahren nicht zu entziehen. § 270a Abs.1 S.2 InsO beschränkt daher den Aufgabenkreis des vorläufigen Sachwalters entsprechend §§ 274, 275 InsO auf die Aufsicht über den Schuldner sowie auf die Mitwirkung an dessen Rechtshandlungen.

Ohne eine Ermächtigung durch das Insolvenzgericht kann aber der Schuldner bei der vorläufigen Eigenverwaltung im Eröffnungsverfahren keine Verbindlichkeiten begründen, die später nach Insolvenzeröffnung von der Insolvenzmasse als Masseverbindlichkeiten bezahlt werden. Bestellt also der Schuldner beispielsweise Lieferungen, so muss er diese sofort, d.h. noch während des Eröffnungsverfahrens, bezahlen, andernfalls wird die Forderung des Lieferanten zu einer Insolvenzforderung gem. § 38 InsO, und der Lieferant wird zum Insolvenzgläubiger. Da dieser Weg für Lieferanten sehr riskant ist, werden sie zögern, mit dem Schuldner Geschäfte während der vorläufigen Eigenverwaltung einzugehen.

Doch besteht die Möglichkeit, dass das Insolvenzgericht es dem Schuldner über Einzelermächtigungen während der vorläufigen Eigenverwaltung erlaubt, Verbindlichkeiten - z.B. zur Betriebsfortführung - einzugehen, die dann später nach Insolvenzeröffnung als sog. Masseverbindlichkeiten vollständig bezahlt werden. Die grundsätzliche Zulässigkeit derartiger Ermächtigungen setzt der Gesetzgeber in § 270b Abs.3 InsO voraus<sup>22</sup>.

#### **§ 270b Vorbereitung einer Sanierung**

(3) Auf Antrag des Schuldners hat das Gericht anzuordnen, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründet. § 55 Absatz 2 gilt entsprechend.

#### **§ 55 Sonstige Masseverbindlichkeiten**

(2) Verbindlichkeiten, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter begründet worden sind, auf den die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen ist, gelten nach der Eröffnung des Verfahrens als Masseverbindlichkeiten. Gleiches gilt für Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis, soweit der vorläufige Insolvenzverwalter für das von ihm verwaltete Vermögen die Gegenleistung in Anspruch genommen hat.

Unabhängig davon folgt die Zulässigkeit entsprechender Ermächtigungen (Einzelermächtigung oder umfassende Ermächtigung) durch das Insolvenzgericht bereits aus § 21 Abs.1 InsO und aus einem Vergleich zur Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung.<sup>23</sup>

#### **§ 21 Anordnung vorläufiger Maßnahmen**

(1) Das Insolvenzgericht hat alle Maßnahmen zu treffen, die erforderlich erscheinen, um bis zur Entscheidung über den Antrag eine den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten. Gegen die Anordnung der Maßnahme steht dem Schuldner die sofortige Beschwerde zu.

### **13. "Starke" vorläufige Eigenverwaltung**

Das Insolvenzgericht kann den Schuldner auch umfassend ermächtigen, Masseverbindlichkeiten während der vorläufigen Eigenverwaltung einzugehen. Diese Ermächtigung ist vergleichbar mit einer sog. "starken" vorläufigen Insolvenzverwaltung i.S. des § 22 Abs.1 InsO.

<sup>22</sup>siehe M. Hofmann, in Kübler, HRI, § 6 Rdn. 102

<sup>23</sup>M. Hofmann, in Kübler, HRI, § 6 Rdn. 103



## **§ 22 Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters**

(1) Wird ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt und dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt, so geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf den vorläufigen Insolvenzverwalter über. In diesem Fall hat der vorläufige Insolvenzverwalter:

1. das Vermögen des Schuldners zu sichern und zu erhalten;
2. ein Unternehmen, das der Schuldner betreibt, bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen, soweit nicht das Insolvenzgericht einer Stilllegung zustimmt, um eine erhebliche Verminderung des Vermögens zu vermeiden;
3. zu prüfen, ob das Vermögen des Schuldners die Kosten des Verfahrens decken wird; das Gericht kann ihn zusätzlich beauftragen, als Sachverständiger zu prüfen, ob ein Eröffnungsgrund vorliegt und welche Aussichten für eine Fortführung des Unternehmens des Schuldners bestehen.

Analog § 55 Abs.2 InsO sind dann allerdings auch alle Verpflichtungen aus Dauerschuldverhältnissen aus der Insolvenzmasse zu erfüllen, sobald der Schuldner während es Eröffnungsverfahrens die Gegenleistung aus diesen Verträgen in Anspruch nimmt. Offene Forderungen sind dann bei Insolvenzeröffnung keine Insolvenzforderungen, sondern Masseforderungen. Daher sollte von einer umfassenden Ermächtigung nicht leichtfertig Gebrauch gemacht werden.

## **14. Antragsrücknahme**

Grundsätzlich hat der Schuldner die Möglichkeit, seinen Insolvenzantrag im Eröffnungsverfahren zurückzunehmen. Dazu ist er bis zur Wirksamkeit des Beschlusses über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens befugt. Im Eröffnungsverfahren der vorläufigen Eigenverwaltung kann nun der Fall eintreten, dass das Gericht die Voraussetzungen der vorläufigen Eigenverwaltung nicht als gegeben ansieht, aber mit dem Eröffnungsbeschluss stattdessen ein Regelinsolvenzverfahren eröffnen müsste. Der Schuldner, der freiwillig die Eigenverwaltung gewählt hat, soll aber nach dem Willen des Gesetzgebers nicht in ein Regelinsolvenzverfahren hineingedrängt werden, das er so nicht gewollt hat. Daher soll das Gericht dann, wenn der Schuldner den Eröffnungsantrag mit dem Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit gestellt hat, diesem seine Bedenken, dass die Voraussetzungen der Eigenverwaltung nicht gegeben sind, mitteilen und ihm Gelegenheit geben, den Eröffnungsantrag vor der Entscheidung über die Insolvenzeröffnung zurückzunehmen. Im Fall der Antragspflicht gem. § 15a InsO, wenn bereits Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung eingetreten ist, besteht allerdings keine Möglichkeit der Antragsrücknahme.<sup>24</sup>

## **15. Betriebsfortführung bei vorläufiger Eigenverwaltung**

Bei der vorläufigen Eigenverwaltung behält der Schuldner die Kontrolle über sein Unternehmen und muss daher auch die Betriebsfortführung organisieren und leiten.

### **a) Umgang mit Lieferanten und Dienstleistern**

Wie in der vorläufigen Insolvenzverwaltung werden Lieferanten und Dienstleister während der vorläufigen Eigenverwaltung nur bereit sein mit dem Schuldner Geschäfte einzugehen, wenn sie sicher sein können, dass dieser entweder im Rahmen von Bargeschäften sofort bezahlt oder wenn ihre während des Eröffnungsverfahrens entstandenen Forderungen nach Insolvenzeröffnung als Masseverbindlichkeit, nicht jedoch als Insolvenzforderung, behandelt werden. Bei der vorläufigen Eigenverwaltung kann hierbei der vorläufige Sachwalter nicht helfen. Es muss sich der Schuldner selbst darum bemühen, dass er vom Insolvenzgericht zum Eingehen von Masseverbindlichkeiten ermächtigt wird. Der in der vorläufigen

---

<sup>24</sup> BT-Drucksache 17/5712, S. 40

Insolvenzverwaltung häufig gewählte Weg des mit Hilfe des vorläufigen Insolvenzverwalters geschaffenen Treuhandvermögens, aus dem die Lieferanten oder Dienstleister bezahlt werden, ist wegen der nicht mit der vorläufigen Insolvenzverwaltung vergleichbaren Regelung der vorläufigen Eigenverwaltung auf diese nicht ohne weiteres übertragbar. Ein Treuhandmodell für die vorläufige Eigenverwaltung hat *M. Hofmann* vorgestellt.<sup>25</sup>

## b) Zahlungsverkehr

Der vorläufige Sachwalter hat in der vorläufigen Eigenverwaltung wie in der (endgültigen) Eigenverwaltung kein Recht, Verpflichtungen zu Lasten der künftigen Insolvenzmasse oder zu Lasten des Schuldners zu begründen. Derartige würde dem Sinn und Zweck der Eigenverwaltung widersprechen. Der Schuldner allein muss sich um die Fortführungsfinanzierung und den Zahlungsverkehr kümmern. Dazu gehört die Finanz- und Liquiditätsplanung. Da der vorläufige Sachwalter nicht als Vermögensverwalter i.S. v. § 34 Abs.3 AO anzusehen ist, muss der Schuldner sich auch um die Steuerzahlungen beim Begründen von Masseverbindlichkeiten kümmern.

Gem. § 270a Abs.1 S.2, § 275 Abs.2 InsO kann sich der Sachwalter zur Erleichterung seiner Überwachungsaufgabe die Kassenführung vorbehalten. Die Kassenführung ändert aber nicht den Charakter der Eigenverwaltung. Der Schuldner kann weiterhin durch seine Rechtshandlungen die Masse verpflichten, sodass der vorläufige Sachwalter die Zahlungen auf die vom Schuldner eingegangenen Zahlungsverpflichtungen leisten muss.

## c) Insolvenzgeldvorfinanzierung

Bei der vorläufigen Eigenverwaltung ist die Insolvenzgeldvorfinanzierung als Sanierungshilfe möglich. Arbeitnehmer haben nach § 165 SGB III Anspruch auf Insolvenzgeld für Lohn- bzw. Gehaltsrückstände aus den letzten drei Monaten vor einem Insolvenzereignis, d.h. insbesondere auch für die letzten drei Monate vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (§ 165 Abs. 1 Nr. 1 SGB III). Dieser Anspruch gegen die Agentur für Arbeit entsteht allerdings erst dann, wenn das Insolvenzereignis eingetreten ist, also frühestens mit dem Tag der Insolvenzeröffnung. Um schon vorher den Arbeitnehmern den Nettolohn auszahlen zu können, finanziert im Rahmen einer sog. Insolvenzgeldvorfinanzierung ein Kreditinstitut auf dem Darlehenswege die Nettolohnansprüche vor und lässt sich dafür die Ansprüche der Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitsverwaltung bis zur Höhe der künftigen Insolvenzgeldansprüche abtreten. Damit erwirbt das Kreditinstitut nach Verfahrenseröffnung die Insolvenzgeldansprüche gem. § 170 Abs. 1 SGB III. Nach § 170 Abs. 4 S.1 SGB III kann der Abtretungsempfänger einer Lohn- bzw. Gehaltsforderung, dem die Forderung im Zusammenhang mit einer Vorfinanzierung abgetreten wurden, den Insolvenzgeldanspruch nur im Fall der Zustimmung der Agentur für Arbeit zur Vorfinanzierung geltend machen. Die Zustimmung zur Insolvenzgeldvorfinanzierung darf die Agentur für Arbeit dabei gem. § 170 Abs.2 Satz 2 SGB III nur dann erteilen, wenn auf der Grundlage von Tatsachen der Erhalt eines erheblichen Teils der Arbeitsplätze anzunehmen ist.

Im vorläufigen Insolvenzverfahren organisiert gewöhnlich der vorläufige Insolvenzverwalter diese Insolvenzgeldvorfinanzierung. Soweit gehen die Aufgaben des vorläufigen Sachwalters in der vorläufigen Eigenverwaltung aber nicht. Hier muss die **Abwicklung der Insolvenzgeldvorfinanzierung** maßgeblich durch den Schuldner bzw. das Schuldnerunternehmen erfolgen.

---

<sup>25</sup> M. Hofmann, in Kübler, HRI, § 6, Rdn. 131ff

## 16. Ziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung auch im Eröffnungsverfahren

Die vorläufige Eigenverwaltung im Eröffnungsverfahren zielt im Regelfall auf eine Sanierung des Schuldnerunternehmens über einen Insolvenzplan. Dies ist aber nicht zwingend. Denn das Insolvenzverfahren an sich dient dem Zweck einer *bestmöglichen Gläubigerbefriedigung*. Denkbar sind daher außer dem Insolvenzplan auch die sog. **übertragende Sanierung**, d.h. der Verkauf des Unternehmens an Dritte, oder die **Liquidation** des Schuldnerunternehmens. Auch wenn die Aufgabe des vorläufigen Sachwalters bei der vorläufigen Eigenverwaltung in erster Linie in der Beaufsichtigung des Schuldners besteht, muss er Gericht und Gläubiger gem. §§ 270a Abs.1 S.2, 274 Abs.3 InsO dann informieren, wenn er während der vorläufigen Eigenverwaltung nachteilige Entwicklungen für die Gläubiger feststellt. Im Rahmen dieser Mitteilungspflicht wird er die Gläubiger auch über Möglichkeiten einer besseren Gläubigerbefriedigung unterrichten müssen. Andernfalls verliere die Gläubigerversammlung die ihr in § 157 InsO eingeräumte Entscheidungsgewalt.

### § 157 Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens

Die Gläubigerversammlung beschließt im Berichtstermin, ob das Unternehmen des Schuldners stillgelegt oder vorläufig fortgeführt werden soll. Sie kann den Verwalter beauftragen, einen Insolvenzplan auszuarbeiten, und ihm das Ziel des Plans vorgeben. Sie kann ihre Entscheidungen in späteren Terminen ändern.

Bis zur Entscheidung der Gläubiger gem. § 157 InsO im Berichtstermin müssen somit sowohl der Schuldner als auch der vorläufige Sachwalter sämtliche mögliche Alternativen der Verfahrenszielerreichung gleichwertig verfolgen und fördern<sup>26</sup>.

## III. Schutzschirmverfahren

### 1. Eigenes Sanierungsinstrument

Mit dem sog. **Schutzschirmverfahren (§ 270b Vorbereitung einer Sanierung)** gibt der Gesetzgeber akut insolvenzgefährdeten Unternehmen die Möglichkeit, in einem besonderen vom Insolvenzgericht überwachten Verfahren vor Insolvenzeröffnung die Sanierung des Unternehmens in eigener Regie vorzubereiten. Es soll dem Schuldner eine Atempause verschaffen, in der er unter Heranziehung externen Sachverständigen ein Sanierungskonzept erarbeiten kann, das nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Rahmen eines Insolvenzplans umgesetzt wird.<sup>27</sup> Im Gegensatz zu der vorläufigen Eigenverwaltung handelt es sich bei dem Schutzschirmverfahren nicht um ein vorläufiges Verfahren im bisher in der Insolvenzordnung bekannten Sinn, sondern um eine besondere "Spielart eines Eröffnungsverfahrens".<sup>28</sup> Es darf aber noch keine Zahlungsunfähigkeit vorliegen. Das Schutzschirmverfahren ist nur möglich, wenn der Insolvenzgrund der **drohenden Zahlungsunfähigkeit** oder der **Überschuldung** vorliegt. Wie bei der vorläufigen Eigenverwaltung wird dem Schuldner vom Insolvenzgericht ein **vorläufiger Sachwalter** zur Seite gegeben. Das Schutzschirmverfahren ermöglicht die Fortführung des Unternehmens für einen **Zeitraum von bis zu 3 Monaten** und auf besonderen Beschluss des Gerichts hin auch das **Eingehen neuer Verbindlichkeiten**. Innerhalb der Schutzschirmzeit soll der Schuldner dem Insolvenzgericht einen **Insolvenzplan vorlegen**.

### § 270b Vorbereitung einer Sanierung

(1) Hat der Schuldner den Eröffnungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gestellt und die Eigenverwaltung beantragt und ist die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos, so bestimmt das Insolvenzgericht auf Antrag des Schuldners eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans. Die Frist darf höchstens drei Monate betragen. Der Schuldner hat mit dem Antrag eine mit Gründen versehene Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person

<sup>26</sup> M.Hofmann, in Kübler, HRI, § 6 Rdn. 160

<sup>27</sup> Wimmer, Das neue Insolvenzrecht nach der ESUG -Reform, S. 24.

<sup>28</sup> Wimmer, Das neue Insolvenzrecht nach der ESUG -Reform, S. 25.

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.

(2) In dem Beschluss nach Absatz 1 bestellt das Gericht einen vorläufigen Sachwalter nach § 270a Absatz 1, der personenverschieden von dem Aussteller der Bescheinigung nach Absatz 1 zu sein hat. Das Gericht kann von dem Vorschlag des Schuldners nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person offensichtlich für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist; dies ist vom Gericht zu begründen. Das Gericht kann vorläufige Maßnahmen nach §21 Absatz 1 und 2 Nummer 1a, 3 bis 5 anordnen; es hat Maßnahmen nach § 21 Absatz 2 Nummer 3 anzuordnen, wenn der Schuldner dies beantragt.

(3) Auf Antrag des Schuldners hat das Gericht anzuordnen, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründet. § 55 Absatz 2 gilt entsprechend.

(4) Das Gericht hebt die Anordnung nach Absatz 1 vor Ablauf der Frist auf, wenn 1. die angestrebte Sanierung aussichtslos geworden ist; 2. der vorläufige Gläubigerausschuss die Aufhebung beantragt oder 3. ein absonderungsberechtigter Gläubiger oder ein Insolvenzgläubiger die Aufhebung beantragt und Umstände bekannt werden, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird; der Antrag ist nur zulässig, wenn kein vorläufiger Gläubigerausschuss bestellt ist und die Umstände vom Antragsteller glaubhaft gemacht werden. Der Schuldner oder der vorläufige Sachwalter haben dem Gericht den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit unverzüglich anzuzeigen. Nach Aufhebung der Anordnung oder nach Ablauf der Frist entscheidet das Gericht über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

## 2. Voraussetzungen des Schutzschirmverfahrens

- Insolvenzantrag des Schuldners (sog. Eigenantrag)
- Antrag auf Schutz zur Vorbereitung der Sanierung
- Die angestrebte Sanierung darf nicht offensichtlich aussichtslos sein.
- Insolvenzantrag kann auch schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung gestellt werden
- Vorlage der Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit verfügbarer Qualifikation, aus der sich die drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ergibt.
- Bescheinigung muss zeigen, dass keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.

## 3. Bescheiniger

Der Bescheiniger im Sinne des § 270 Abs.2 S. 1 InsO muss vom zu bestellenden vorläufigen Sachwalter personenverschieden sein, um die erforderliche Unabhängigkeit des Sachwalters sicherzustellen. In entsprechender Anwendung von § 45 Abs.3 BRAO ist der Bescheiniger nicht unabhängig, wenn er und der vorläufige Sachwalter derselben Sozietät angehören.

### a) Qualifikation

§ 270b Abs.2 S.1 InsO verlangt hinsichtlich der Qualifikation lediglich, dass der Bescheiniger **in Insolvenzsachen erfahren** ist. Was darunter genau zu verstehen ist, ist noch ungeklärt und wird voraussichtlich von den Gerichten durch Rechtsprechung konkretisiert werden. Unzweifelhaft wird der bereits langjährig tätige **Unternehmensinsolvenzverwalter** in Insolvenzsachen erfahren sein. Dies wird auch für die Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Rechtsanwälte gelten, die nachweisen können, dass sie im Bereich Insolvenzen und Restrukturierungen bereits tätig waren.

Bescheiniger, die vorsätzlich oder fahrlässig unrichtige Bescheinigungen oder gar Wunschbescheinigungen ausstellen, um dem Schuldner die Hilfe des Schutzschirmverfahrens zu ermöglichen, dürften die Ausnahme bleiben. Denn sie setzen sich erheblichen Haftungsgefahren aus.

## b) Inhalt der Bescheinigung

Die Bescheinigung muss so formuliert sein, dass sich gem. § 270b Abs.1 S.3 InsO ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Diese Aussagen müssen begründet werden, wobei unklar ist, wie ausführlich die Gründe darzulegen sind. Die Bescheinigung muss das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 270b Abs.1 S.3 InsO im einzelnen darlegen und den Sachverhalt darunter subsumieren. Andernfalls wird sie vom Gericht als unzureichend abgelehnt werden.

### aa) Ausschluss der Zahlungsunfähigkeit

Die Bescheinigung muss gem. § 270b InsO nachweisen, dass die Zahlungsunfähigkeit noch nicht eingetreten ist. Dabei ist die Definition der Zahlungsunfähigkeit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu beachten. Nach der Grundentscheidung des BGH v. 24.05.2005<sup>29</sup> liegt Zahlungsunfähigkeit vor, wenn der Schuldner 10 % oder mehr seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten länger als 3 Wochen nicht erfüllen kann, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und dem Gläubiger ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist. Beträgt die innerhalb von 3 Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke weniger als 10%, soll Zahlungsunfähigkeit nur vorliegen, wenn bereits absehbar ist, dass die Lücke demnächst mehr als 10 % erreichen wird.

Auch wenn dem Schuldner bescheinigt wird, dass lediglich drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gegeben ist, ist das Insolvenzgericht trotzdem verpflichtet, sich mit der Frage des Vorliegens einer Zahlungsunfähigkeit auseinanderzusetzen. Ist das Gericht davon überzeugt, dass bereits bei Stellung des Eröffnungsantrages der Schuldner zahlungsunfähig ist, muss es den Antrag nach § 270b InsO ablehnen<sup>30</sup>.

### bb) Drohende Zahlungsunfähigkeit

Die drohende Zahlungsunfähigkeit kann sowohl bei natürlichen als auch bei juristischen Personen als Schuldner ein Insolvenzgrund sein. Sie ist in § 18 Abs.2 InsO definiert.

#### § 18 Drohende Zahlungsunfähigkeit

(1) Beantragt der Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so ist auch die drohende Zahlungsunfähigkeit Eröffnungsgrund.

(2) Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.

(3) Wird bei einer juristischen Person oder einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vertretungsorgans, allen persönlich haftenden Gesellschaftern oder allen Abwicklern gestellt, so ist Absatz 1 nur anzuwenden, wenn der oder die Antragsteller zur Vertretung der juristischen Person oder der Gesellschaft berechtigt sind.

### cc) Überschuldung

Überschuldung kommt nach § 19 Abs.1 InsO nur bei juristischen Personen als Insolvenzgrund in Betracht. Grundlage für die Beurteilung der Überschuldung ist ein Überschuldungsstatus, eine sog. Sonderbilanz. Allerdings ist seit dem 01.01.2011 der Insolvenzgrund der Überschuldung wegen der Wiedereinführung des alten zweistufigen Überschuldungsbegriffs<sup>31</sup>, der bei positiver Fortführungsprognose die Überschuldung

<sup>29</sup> BGH vom 24.05.2005 (BGHZ 163,134 = ZInsO 2005,807)

<sup>30</sup> AG Erfurt, Beschluss v. 13.04.2012 - 172IN 190/12, ZInsO 2012, 944

<sup>31</sup> vgl. dazu Schröder in HambKomm § 19 Rdn 5 ff.



entfallen lässt, bis zum 31.12.2013 faktisch abgeschafft.<sup>32</sup> Wird nur mit Überschuldung der Antrag begründet, muss das Verfahren nach § 270b InsO als unzulässig abgewiesen werden.<sup>33</sup>

#### 4. Keine offensichtliche Aussichtslosigkeit der Sanierung

Die vom Antragsteller (Schuldner) angestrebte Sanierung darf **nicht offensichtlich aussichtslos** sein und dies muss in der Bescheinigung bestätigt werden. Die nicht offensichtliche Aussichtslosigkeit der Sanierung muss der Bescheiniger somit ausführlich darlegen. Es wird aber kein Sachverständigengutachten verlangt.<sup>34</sup> Die Bescheinigung soll eine Krisenanalyse enthalten und sodann sollen die Mittel zur Beseitigung der Krise aufgezeigt werden.<sup>35</sup> Das Gericht muss der Bescheinigung entnehmen können, wie es zur Krise gekommen ist und welche Ursachen dafür maßgeblich gewesen sind. Schließlich soll die Bescheinigung darlegen, in welcher Form und welchen Mitteln die Krise so beseitigt werden soll, dass die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens und die Fähigkeit zur jedenfalls teilweisen Befriedigung der Gläubiger wiederhergestellt werden kann.<sup>36</sup> Auf Grund der gebotenen Eile während der Vorbereitung des Antrags sollen hier die Anforderungen an Krisenanalyse und Darstellung der Abhilfemittel nicht zu hoch gesetzt werden.<sup>37</sup> Die Bescheinigung sollte jedenfalls in der Gesamtschau erkennen lassen, dass die Sanierung Chancen hat.

#### 5. Vorläufiger Gläubigerausschuss

Das Insolvenzgericht kann oder muss möglicherweise im Rahmen des Schutzschirmverfahrens einen vorläufigen Gläubigerausschuss gem. §21 Abs.2 Nr.1 a InsO bzw. § 22a InsO bestellen. Sofern die Voraussetzungen des § 22 a Abs. 1 InsO vorliegen, muss es einen vorläufigen Gläubigerausschuss bestellen, sonst liegt die Bestellung im Ermessen des Gerichts (§ 21 Abs.2 Nr.1a InsO).

##### **§ 21 Anordnung vorläufiger Maßnahmen**

(2) Das Gericht kann insbesondere

1a. einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, für den § 67 Absatz 2 und die §§ 69 bis 73 entsprechend gelten; zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses können auch Personen bestellt werden, die erst mit Eröffnung des Verfahrens Gläubiger werden;

##### **§ 22a Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses**

(1) Das Insolvenzgericht hat einen vorläufigen Gläubigerausschuss nach § 21 Absatz 2 Nummer 1a einzusetzen, wenn der Schuldner im vorangegangenen Geschäftsjahr mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale erfüllt hat:

1. mindestens 4 840 000 Euro Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrags im Sinne des § 268 Absatz 3 des Handelsgesetzbuchs;

2. mindestens 9 680 000 Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag;

3. im Jahresdurchschnitt mindestens fünfzig Arbeitnehmer.

(2) Das Gericht soll auf Antrag des Schuldners, des vorläufigen Insolvenzverwalters oder eines Gläubigers einen vorläufigen Gläubigerausschuss nach § 21 Absatz 2 Nummer 1a einsetzen, wenn Personen benannt werden, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen und dem Antrag Einverständniserklärungen der benannten Personen beigelegt werden.

(3) Ein vorläufiger Gläubigerausschuss ist nicht einzusetzen, wenn der Geschäftsbetrieb des Schuldners eingestellt ist, die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses im Hinblick auf die zu erwartende

<sup>32</sup> Koch, in Kübler, HRI, § 7, Rdn. 31

<sup>33</sup> KPB/Pape § 270 Rdn. 33

<sup>34</sup> KPB/Pape § 270 Rdn. 35

<sup>35</sup> Buchalik, ZInsO 2012, 349

<sup>36</sup> KPB/Pape, § 270b Rdn. 35

<sup>37</sup> KPB/Pape, § 270b Rdn. 35



Insolvenzmasse unverhältnismäßig ist oder die mit der Einsetzung verbundene Verzögerung zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt.

(4) Auf Aufforderung des Gerichts hat der Schuldner oder der vorläufige Insolvenzverwalter Personen zu benennen, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen.

Es wird empfohlen, dass der Schuldner bzw. sein Berater sich bereits vor Beantragung des Schutzschirmverfahrens mit seinen wesentlichen Gläubigern abstimmt hinsichtlich der Auswahl der Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses und bezüglich der Auswahl der Person des vorläufigen Sachwalters.

## 6. Antragsrücknahme durch den Schuldner

Der Schuldner hat das Recht, seinen Eröffnungsantrag zurückzunehmen, wenn das Gericht die Voraussetzungen der Eigenverwaltung im Eröffnungsverfahren als nicht gegeben ansieht und dies dem Schuldner mitteilt.

## 7. Beschluss des Insolvenzgerichts gem. § 270b Abs.1 InsO

### a) Frist zur Vorlage des Insolvenzplans

Das Insolvenzgericht bestimmt gem. § 270b Abs.1 S.2 InsO eine Frist zur Vorlage des Insolvenzplans durch den Schuldner, die maximal 3 Monate beträgt. Da das Gericht die gesetzliche Höchstfrist nicht unbedingt einräumen muss, ist es dem Schuldner zu empfehlen, einen Insolvenzplan schon parallel mit der Insolvenzantragstellung vorzubereiten.

### b) Bestimmung des vorläufigen Sachwalters

Das Gericht hat die vom Schuldner für das Amt des vorläufigen Sachwalters vorgeschlagene Person zu bestellen. Es kann gem. § 270b Abs.2 S.2 InsO nur davon abweichen, wenn es die vorgeschlagene Person für **offensichtlich ungeeignet** hält. Dies ist einmal der Fall, wenn die Person nicht in Insolvenzsachen erfahren, d.h. nicht schon länger und spezialisiert als Unternehmensinsolvenzverwalter tätig gewesen ist. Zum anderen liegt eine offensichtliche Ungeeignetheit vor, wenn der vorgeschlagene Person die Unabhängigkeit vom Schuldner fehlt. Diese fehlt nicht schon, wenn sie gem. § 56 Abs.1 S.3 Nr.2 InsO mit dem Insolvenzantrag vorbefasst war. Nach § 56 Abs.1 S.3 Nr.2 InsO darf der spätere vorläufige Sachwalter den Schuldner vor Insolvenzantragstellung in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen allgemeine Folgen beraten haben. Doch dürfte diese Grenze bei einer zuvor erfolgten möglicherweise längerfristigen und ausgiebigen Beratung über die konkreten Folgen des bevorstehenden Insolvenzverfahrens überschritten sein. Hatte der vorgesehene vorläufige Sachwalter zuvor den Schuldner als Mandant gehabt, besteht weiterhin eine Interessenkollision (§§ 43a, 45 BRAGO, §§ 203, 356 StGB).

### c) Abweichung vom Vorschlag des Schuldners

Weicht das Insolvenzgericht vom Vorschlag des Schuldners bei der Bestellung des vorläufigen Sachwalters ab, muss es diese Abweichung schriftlich begründen (§ 274 Abs.1, 27 Abs.2 Nr.5 InsO).

## § 27 Eröffnungsbeschluss

(2) Der Eröffnungsbeschluss enthält:

5. die Gründe, aus denen das Gericht von einem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des Verwalters abgewichen ist; dabei ist der Name der vorgeschlagenen Person nicht zu nennen.

#### **d) Anordnung vorläufiger Maßnahmen gem. § 21 Abs.1 S. 1, Abs.2 Nr.1a, 3-5 InsO auf Antrag des Schuldners**

Das Gericht kann bzw. hat gem. § 270b Abs.2 S.3 InsO Maßnahmen gem. § 21 Abs. 1 und Abs.2 Nr. 1a, 3 - 5 bzw. § 21 Abs.2 Nr. 3 anzuordnen. Diese Aufzählung ist abschließend, so dass darüber hinaus keine Maßnahmen erlaubt sind, insbesondere auch kein Sachverständiger bestellt werden darf. Möglich ist also die Einsetzung eines **vorläufigen Gläubigerausschusses**, die **Untersagung** oder **einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung**, die Anordnung einer **Postsperre** und die Anordnung von **Verwertungsstopp** und **Einräumung von Nutzungsbefugnissen** für künftige Aus- und Absonderungsgüter und **Übertragung der Einziehungsbefugnis**.

##### **§ 21 Anordnung vorläufiger Maßnahmen**

(1) Das Insolvenzgericht hat alle Maßnahmen zu treffen, die erforderlich erscheinen, um bis zur Entscheidung über den Antrag eine den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten. Gegen die Anordnung der Maßnahme steht dem Schuldner die sofortige Beschwerde zu.

(2) Das Gericht kann insbesondere

1a. einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, für den § 67 Absatz 2 und die §§ 69 bis 73 entsprechend gelten; zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses können auch Personen bestellt werden, die erst mit Eröffnung des Verfahrens Gläubiger werden;

3. Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner untersagen oder einstweilen einstellen, soweit nicht unbewegliche Gegenstände betroffen sind;

4. eine vorläufige Postsperre anordnen, für die die §§ 99, 101 Abs. 1 Satz 1 entsprechend gelten;

5. anordnen, dass Gegenstände, die im Falle der Eröffnung des Verfahrens von § 166 erfasst würden oder deren Aussonderung verlangt werden könnte, vom Gläubiger nicht verwertet oder eingezogen werden dürfen und dass solche Gegenstände zur Fortführung des Unternehmens des Schuldners eingesetzt werden können, soweit sie hierfür von erheblicher Bedeutung sind; § 169 Satz 2 und 3 gilt entsprechend; ein durch die Nutzung eingetretener Wertverlust ist durch laufende Zahlungen an den Gläubiger auszugleichen.

Die Verpflichtung zu Ausgleichszahlungen besteht nur, soweit der durch die Nutzung entstehende Wertverlust die Sicherung des absonderungsberechtigten Gläubigers beeinträchtigt. Zieht der vorläufige Insolvenzverwalter eine zur Sicherung eines Anspruchs abgetretene Forderung anstelle des Gläubigers ein, so gelten die §§ 170, 171 entsprechend.

Das Gericht darf den vorl. Sachwalter auch nicht ermächtigen, Masseverbindlichkeiten zu begründen. Die Aufgaben des vorläufigen Sachwalters sind wie beim Sachwalter in der Eigenverwaltung beschränkt. Er soll im Eröffnungsverfahren nicht mehr Kompetenzen haben als der Sachwalter im Eigenverwaltungsverfahren nach Eröffnung. Daher wäre es systemwidrig, wenn der vorläufige Sachwalter selbst zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ermächtigt würde.<sup>38</sup>

#### **e) Ermächtigung des Schuldners zur Begründung von Masseverbindlichkeiten**

Auf Antrag des Schuldners hat das Gericht anzuordnen, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründen kann. Gem. § 270b Abs.3 InsO gilt § 55 Abs.1 InsO entsprechend.

##### **§ 270b Vorbereitung einer Sanierung**

(3) Auf Antrag des Schuldners hat das Gericht anzuordnen, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründet. § 55 Absatz 2 gilt entsprechend.

##### **§ 55 Sonstige Masseverbindlichkeiten**

(2) Verbindlichkeiten, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter begründet worden sind, auf den die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen ist, gelten nach der Eröffnung des Verfahrens als Masseverbindlichkeiten. Gleiches gilt für Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis, soweit der vorläufige Insolvenzverwalter für das von ihm verwaltete Vermögen die Gegenleistung in Anspruch genommen hat.

---

<sup>38</sup> KPB/Pape, § 270b Rdn 76

Der Schuldner muss dabei abwägen, ob es während des Eröffnungsverfahrens sinnvoll ist, beim Insolvenzgericht Einzelermächtigungen zur Begründung von Masseverbindlichkeiten zu beantragen oder eine globale Ermächtigung sinnvoller ist. Er hat also grundsätzlich die Wahl zwischen Einzel-, Gruppen- oder Globalermächtigung. Jedenfalls ist § 270b Abs.3 dahingehend auszulegen, dass auf Antrag des Schuldners auch entsprechende Einzelermächtigungen vom Insolvenzgericht anzuordnen sind.<sup>39</sup> Die Ermächtigung erfolgt durch Beschluss des Insolvenzgerichts. Sie führt dazu, dass automatisch die von der Ermächtigung umfassten und vom Schuldner eingegangenen Neuverbindlichkeiten mit Verfahrenseröffnung insolvenzrechtlich Masseverbindlichkeiten i.S. v. § 55 InsO werden. Diese Ermächtigungen haben angesichts der Bevorzugung von Masseforderungen im Insolvenzverfahren erhebliche Auswirkungen auf die Liquiditätslage und auf die Befriedigungsaussichten der Alt-Gläubiger.

Um zu vermeiden, dass der Schuldner zu unkontrolliert von den gerichtlichen Ermächtigungen Gebrauch macht und zu hohe Masseverbindlichkeiten eingeht, ist zu empfehlen, dass das Insolvenzgericht für die Begründung wesentlicher Masseverbindlichkeiten von Amtswegen die Zustimmungsbedürftigkeit durch den vorläufigen Sachwalter analog § 277 Abs.1, 2 InsO anordnet.<sup>40</sup>

#### **§ 277 Anordnung der Zustimmungsbedürftigkeit**

(1) Auf Antrag der Gläubigerversammlung ordnet das Insolvenzgericht an, daß bestimmte Rechtsgeschäfte des Schuldners nur wirksam sind, wenn der Sachwalter ihnen zustimmt. § 81 Abs. 1 Satz 2 und 3 und § 82 gelten entsprechend. Stimmt der Sachwalter der Begründung einer Masseverbindlichkeit zu, so gilt § 61 entsprechend.

(2) Die Anordnung kann auch auf den Antrag eines absonderungsberechtigten Gläubigers oder eines Insolvenzgläubigers ergehen, wenn sie unaufschiebbar erforderlich ist, um Nachteile für die Gläubiger zu vermeiden. Der Antrag ist nur zulässig, wenn diese Voraussetzung der Anordnung glaubhaft gemacht wird.

### **8. Betriebsfortführung unter dem Schutzschirm**

Die Betriebsfortführung verläuft ähnlich wie die in der vorläufigen Eigenverwaltung gem. § 270a InsO. Das Schutzschirmverfahren erfordert vom Gericht regelmäßig die Anordnung des Vollstreckungsschutzes gem. § 21 Abs.2 Nr.3 InsO, damit das schuldenrische Unternehmen weiter werbend tätig bleiben kann. Da der Schuldner unternehmerisch handlungsunfähig werden würde, wenn er nicht den Antrag gem. § 270 Abs.3 S.1 InsO stellt, wird ihm das Gericht auch erlauben, Masseverbindlichkeiten zu begründen. Dann haben die Lieferanten die Gewissheit, gem. § 55 Abs.2 InsO ihre Rechnungen für Lieferungen während des Schutzschirmverfahrens vorrangig ausgeglichen zu erhalten. Inwieweit die Anwendung des § 55 Abs.2 InsO Lieferanten, die schon bei Antragstellung unbezahlte Rechnungen vorgefunden haben, wirklich dazu bewegt, erneut zu liefern, werden die Erfahrungen mit dem Schutzschirmverfahren noch zeigen.

### **9. Aufhebung des Schutzschirms vor Fristablauf**

Die in dem Gerichtsbeschluss nach § 270b Abs. 1 InsO angeordneten Maßnahmen sind vom Gericht aufzuheben, wenn einer oder mehrere der drei Fälle des § 270b Abs. 4 S.1 vorliegt.

#### **§ 270b Vorbereitung einer Sanierung**

(4) Das Gericht hebt die Anordnung nach Absatz 1 vor Ablauf der Frist auf, wenn 1. die angestrebte Sanierung aussichtslos geworden ist; 2. der vorläufige Gläubigerausschuss die Aufhebung beantragt oder 3. ein absonderungsberechtigter Gläubiger oder ein Insolvenzgläubiger die Aufhebung beantragt und Umstände bekannt werden, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird; der Antrag ist nur zulässig, wenn kein vorläufiger Gläubigerausschuss bestellt ist und die Umstände vom Antragsteller glaubhaft gemacht werden. Der Schuldner oder der vorläufige Sachwalter haben dem Gericht den Eintritt der

<sup>39</sup> M.Hofmann, in Kübler, HRI, § 6 Rdn. 104

<sup>40</sup> M.Hofmann, in Kübler, HRI, § 6 Rdn. 110

Zahlungsunfähigkeit unverzüglich anzuzeigen. Nach Aufhebung der Anordnung oder nach Ablauf der Frist entscheidet das Gericht über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

Tritt während des Schutzschirmverfahrens die Zahlungsunfähigkeit ein, so bedeutet das allein noch keinen Aufhebungsgrund. Dies war zwar ursprünglich im Gesetzgebungsverfahren vorgesehen, später jedoch verworfen worden. Der Schuldner kann also auch bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit sein Schutzschirmverfahren grundsätzlich fortführen.<sup>41</sup> Wird dem Gericht der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gem. § 270b Abs.4 S.2 angezeigt, ist das Gericht nicht ohne weiteres berechtigt, das Schutzschirmverfahren aufzuheben. Dies ist nur möglich, wenn es zusätzlich feststellt, dass die angestrebte Sanierung aussichtslos geworden ist.

#### **a) Aufhebung wegen Aussichtslosigkeit der angestrebten Sanierung (§ 270b Abs.4 Nr. 1 InsO)**

Zeigt sich, dass das Unternehmen nicht saniert werden kann und somit die Sanierung aussichtslos, d. h. unter keinem denkbaren Gesichtspunkt mehr eine Sanierungserfolg zu erwarten ist,<sup>42</sup> hebt das Insolvenzgericht die Anordnung nach § 270b Abs.1 InsO auf. Der Sachwalter und der Schuldner sind nicht verpflichtet, die Aussichtslosigkeit anzuzeigen. § 270b Abs.4 S. 2 InsO bezieht sich nur auf den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit.

#### **b) Aufhebung auf Antrag des vorläufigen Gläubigerausschusses (§ 270b Abs. 4Nr. 2 InsO)**

Der vorläufige Gläubigerausschuss kann die Aufhebung der Maßnahmen des § 270b Abs.1 InsO beantragen. Dann hebt das Gericht diese ohne weitere Prüfung auf.

#### **c) Aufhebung auf Antrag der absonderungsberechtigten Gläubiger (§ 270b Abs. 4Nr. 3 InsO)**

Auch absonderungsberechtigte Gläubiger und Insolvenzgläubiger können die Aufhebung des Schutzschirmverfahrens beantragen, wenn Umstände bekannt werden, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird. Sie müssen diese Umstände im Antrag glaubhaft machen. Diese Gläubiger sind allerdings nur antragsbefugt, wenn kein vorläufiger Gläubigerausschuss bestellt ist.

#### **d) Rechtsfolge bei Aufhebung des Gerichtsbeschlusses**

Bei vorzeitiger Aufhebung des Schutzschirms oder nach Ablauf der Frist muss das Gericht über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens entscheiden (§ 270b Abs.4 S.3 InsO). Mit dem Aufhebungsbeschluss des Gerichts wird auch die (vorläufige) Eigenverwaltung zugleich aufgehoben. Bei vorzeitiger Aufhebung wird allerdings nicht zugleich die Frage beantwortet werden können, ob das Insolvenzverfahren eröffnet werden kann. Das Insolvenzgericht wird vielmehr wie in jedem Eröffnungsverfahren erst prüfen und entscheiden, ob Sicherungsmaßnahmen notwendig sind. Sofern kein Sicherungsbedürfnis mehr besteht, reicht die Bestellung eines Sachverständigen aus. Im Regelfall dürfte aber zur Wahrung der Gläubigerinteressen eine vorläufige Insolvenzverwaltung angezeigt sein. Der bisherige Sachwalter dürfte dann vom Gericht zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt werden, sofern er zuvor keine Pflichtverletzungen begangen hat. Das Ziel, nach Insolvenzeröffnung einen Insolvenzplan zu beschließen, ist hinfällig geworden. Bei Aufhebung nach Ablauf der Frist ist nur zu entscheiden, ob das Verfahren eröffnet wird.

---

<sup>41</sup> KPB/Pape, § 276b Rdn.83; HambKomm-Fiebig, InsO, § 270b Rdn.319

<sup>42</sup> KPB/Pape, § 270b Rdn 86

## 10. Ziele des Schutzschirmverfahrens: Sanierung und bestmögliche Gläubigerbefriedigung

Dem sog. Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO soll nach Insolvenzeröffnung nach der Absicht des Gesetzgebers das Insolvenzplanverfahren folgen. Die Gläubiger sollen dann in der 1. Gläubigerversammlung über den vom Schuldner vorgelegten Plan abstimmen. Doch wird nicht jedem Schutzschirmverfahren nach Insolvenzeröffnung automatisch ein Insolvenzplanverfahren folgen. Der vom Schuldner vorgelegte Insolvenzplan hat möglicherweise keine Erfolgsaussicht oder die Situation des Unternehmens hat sich bei Insolvenzeröffnung grundlegend verändert. Denn auch hier ist außer dem beim Schutzschirmverfahren so in den Vordergrund gerückten Zweck der Unternehmenssanierung auch der das gesamte deutsche Insolvenzrecht beherrschende Grundsatz der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung zu beachten. Das dem Schutzschirmverfahren nachfolgende Insolvenzverfahren kann also auch zu einer sog. **übertragende Sanierung**, d.h. der Verkauf des Unternehmens an Dritte, oder zu einer **Liquidation** des Schuldnerunternehmens führen. Andernfalls verlore die Gläubigerversammlung die ihr in § 157 InsO eingeräumte Entscheidungsgewalt.

### § 157 Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens

Die Gläubigerversammlung beschließt im Berichtstermin, ob das Unternehmen des Schuldners stillgelegt oder vorläufig fortgeführt werden soll. Sie kann den Verwalter beauftragen, einen Insolvenzplan auszuarbeiten, und ihm das Ziel des Plans vorgeben. Sie kann ihre Entscheidungen in späteren Terminen ändern.

## IV. Vorläufiger Gläubigerausschuss

### 1. Gläubigermitwirkung

Die Rettung eines Unternehmens ist maßgeblich davon abhängig, dass bereits in den ersten Tagen nach Insolvenzantragstellung die richtigen Entscheidungen getroffen werden. Bei diesen Entscheidungen sollen nach der Reform der Insolvenzordnung nunmehr die Gläubiger stärker mitbestimmen, als dies bislang der Fall gewesen war. Neu ist die Institution eines vorläufigen Gläubigerausschusses, die es so bislang in der Insolvenzordnung nicht gab.

### 2. Vorläufiger Gläubigerausschuss

#### a) Fakultativer Gläubigerausschuss

Neu ist, dass das Insolvenzgericht gem. § 21 Abs.2 Nr.1 a InsO einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen kann. Voraussetzung dafür ist, dass das Gericht der Auffassung ist, dass diese Maßnahme erforderlich ist, eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten. Dieser vorläufige Gläubigerausschuss ist ein "**fakultativer Gläubigerausschuss**". Das Gericht muss ihn nicht einsetzen.

### § 21 Anordnung vorläufiger Maßnahmen

(2) Das Gericht kann insbesondere

1a. einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, für den § 67 Absatz 2 und die §§ 69 bis 73 entsprechend gelten; zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses können auch Personen bestellt werden, die erst mit Eröffnung des Verfahrens Gläubiger werden;

## b) Obligatorischer Gläubigerausschuss

Gem. § 22a Abs.1 InsO hat das Gericht einen vorläufigen Gläubigerausschuss als "**obligatorischen Gläubigerausschuss**", der auch "**originärer Pflichtausschuss**" genannt wird,<sup>43</sup> einzusetzen, wenn der Schuldner im vorangegangenen Geschäftsjahr zumindest zwei der drei nachstehenden Leistungsmerkmale erfüllt hat.

- mindestens 4.840.000 EUR Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrages i.S. des § 268 Abs. 3 HGB,
- mindestens 9.680.000 EUR Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag,
- im Jahresdurchschnitt mindestens 50 Arbeitnehmer.

### § 22a Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses

(1) Das Insolvenzgericht hat einen vorläufigen Gläubigerausschuss nach § 21 Absatz 2 Nummer 1a einzusetzen, wenn der Schuldner im vorangegangenen Geschäftsjahr mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale erfüllt hat:

1. mindestens 4 840 000 Euro Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrags im Sinne des § 268 Absatz 3 des Handelsgesetzbuchs;
2. mindestens 9 680 000 Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag;
3. im Jahresdurchschnitt mindestens fünfzig Arbeitnehmer.

(3) Ein vorläufiger Gläubigerausschuss ist nicht einzusetzen, wenn der Geschäftsbetrieb des Schuldners eingestellt ist, die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses im Hinblick auf die zu erwartende Insolvenzmasse unverhältnismäßig ist oder die mit der Einsetzung verbundene Verzögerung zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt.

(4) Auf Aufforderung des Gerichts hat der Schuldner oder der vorläufige Insolvenzverwalter Personen zu benennen, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen.

Die Schwellenwerte sind § 267 Abs.1 HGB entnommen, das mit diesen kleine von mittelgroßen Kapitalgesellschaften abgrenzt.

## c) Gläubigerausschuss auf Antrag

Nach § 22a Abs.2 InsO hat der Schuldner, der vorläufige Insolvenzverwalter oder jeder Gläubiger das Recht, die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses zu beantragen, welcher durch das Gericht daraufhin eingesetzt werden soll ("**Antragsausschuss**" oder "**derivativer Pflichtausschuss**"<sup>44</sup>).

### § 22a Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses

(2) Das Gericht soll auf Antrag des Schuldners, des vorläufigen Insolvenzverwalters oder eines Gläubigers einen vorläufigen Gläubigerausschuss nach § 21 Absatz 2 Nummer 1a einsetzen, wenn Personen benannt werden, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen und dem Antrag Einverständniserklärungen der benannten Personen beigelegt werden.

Ein vorläufiger Gläubigerausschuss kann gem. § 22a Abs.3 InsO nicht eingesetzt werden, wenn der Geschäftsbetrieb des Schuldners bereits eingestellt ist, die Einsetzung unverhältnismäßig im Hinblick auf die zu erwartende Insolvenzmasse ist oder die mit der Einsetzung des Gläubigerausschusses verbundene Verzögerung zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt.

### § 22a Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses

(3) Ein vorläufiger Gläubigerausschuss ist nicht einzusetzen, wenn der Geschäftsbetrieb des Schuldners eingestellt ist, die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses im Hinblick auf die zu erwartende Insolvenzmasse unverhältnismäßig ist oder die mit der Einsetzung verbundene Verzögerung zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt.

<sup>43</sup> Haarmeyer, ZInsO 2012, 1441 ff.

<sup>44</sup> Haarmeyer, aaO



## D. Eröffnetes Verfahren

Das Eröffnungsverfahren von vorläufiger Eigenverwaltung und vom Schutzschirmverfahren endet jeweils mit der Insolvenzeröffnung, sofern es nicht vorher gescheitert ist.

### I. Von der vorläufigen Eigenverwaltung zur Eigenverwaltung

Die **vorläufige Eigenverwaltung** geht im vom Gesetzgeber angenommenen Regelfall mit Insolvenzeröffnung über in die (endgültige) **Eigenverwaltung**. Die Eigenverwaltung ordnet das Insolvenzgericht auf Grund einer förmlichen Entscheidung über den Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung gem. § 270 Abs.1S.1 InsO an. Im Fall der Anordnung der Eigenverwaltung wird das Insolvenzgericht im Eröffnungsbeschluss notwendigerweise auch den Sachwalter für das eröffnete Verfahren bestellen (§ 270c InsO).

Die Einzelheiten der Eigenverwaltung sind in §§ 270 - 285 InsO geregelt. Die Eigenverwaltung stellt an den **Schuldner** ganz erhebliche Anforderungen. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörige Vermögen verbleibt beim Schuldner. Er hat den Betrieb allein fortzuführen, behält die Arbeitgeberfunktion, ist verpflichtet, ständig die Liquidität zu prüfen. Eine erfolgreiche Eigenverwaltung setzt umfassende insolvenzrechtliche Kenntnisse entweder des Schuldners oder bei juristischen Personen seiner Organe voraus. Ggf. ist es angeraten, einen insolvenzrechtlich erfahrenen Berater zu beauftragen. Die Eigenverwaltung zeichnet sich dadurch aus, dass im wesentlichen der Schuldner selbst die in einer Insolvenzverwaltung anfallenden Aufgaben erledigen muss (§ 274 Erfüllung der Rechtsgeschäfte; § 279 i.V.m. §§ 103 - 128 Wahlrecht über die Erfüllung von Rechtsgeschäften, Sonderkündigungsrechte; § 281: Erstellung des Verzeichnisses der Massegegenstände, des Gläubigerverzeichnisses, der Vermögensübersicht, Schriftliche Berichterstattung zum Berichtstermin, Zwischenrechnungslegung und Rechnungslegung; § 281. Gläubigerinformation; § 282: Verwertung von Sicherungsgut; § 283 Verteilung an die Gläubiger; § 285 Anzeige der Masseunzulänglichkeit). Der **Sachwalter** hat im wesentlichen Kontrollaufgaben, muss allerdings daneben unterstützend auch einige typische Aufgaben der Insolvenzverwaltung wie z.B. die Führung der Insolvenztabelle übernehmen. Außerdem kann er die Kassenführung des Schuldners an sich ziehen (§ 275 Abs.2 InsO).

Neu mit der ESUG-Novelle eingeführt wurde u.a., dass die Gläubigerversammlung nunmehr jederzeit die Anordnung der Eigenverwaltung während der gesamten Dauer des eröffneten Verfahrens beantragen kann (§ 271 InsO). Die Sachwalterauswahl wird völlig neu geregelt und gibt dem vorläufigen Gläubigerausschuss ein Bestimmungsrecht (§ 274 Abs.1, § 27 Abs.2 Nr.5 InsO). Bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit haben Aufsichtsrat, Gesellschafterversammlung oder entsprechende Organe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung des Schuldners während der Eigenverwaltung. Die Abberufung und Neubestellung von Mitgliedern der Geschäftsführung bedarf der Zustimmung des Sachwalters (§276a InsO).

## II. Vom Schutzschirmverfahren zum Insolvenzplanverfahren

### 1. Insolvenzplanverfahren

Das Schutzschirmverfahren gem. § 270b InsO soll nach der Absicht des Gesetzgebers mit Insolvenzeröffnung in das Insolvenzplanverfahren übergehen, wenn der Schuldner den verlangten Insolvenzplan fristgerecht vorlegt. Das Insolvenzplanverfahren regelt die Insolvenzordnung in den §§ 217 - 269 InsO. Dies soll hier nicht mehr im Einzelnen dargestellt werden. Es wird an dieser Stelle nur noch auf die durch die Reform eingeführten

Änderungen des Insolvenzplanverfahrens hingewiesen, die diesen Sanierungsweg verbessern sollen:

#### **a) Eingriff in die Rechte der Anteilhaber**

Bis zur Reform der Insolvenzordnung konnte im Rahmen eines Insolvenzplans nicht in die Rechte der Anteilhaber eingegriffen werden. Dies gab diesen die Möglichkeit, den Insolvenzplan zu blockieren und war somit ein Sanierungshindernis. Nunmehr können Gläubiger ihre Darlehensforderungen in Eigenkapital wandeln und damit die Sanierung es überschuldeten Unternehmens aktiv fördern.

Durch die Einführung des § 225 a Abs. 2 InsO kann jetzt im gestaltenden Teil des Insolvenzplans vorgesehen werden, dass Forderungen von Gläubigern in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte am Schuldner umgewandelt werden (englisch: *Debt-Equity-Swap*). Es kann jede Regelung getroffen werden, die gesellschaftsrechtlich zulässig ist (§ 225a Abs. 3 InsO). Insbesondere kann der Plan eine Kapitalherabsetzung oder -erhöhung, die Leistung von Sacheinlagen, den Ausschluss von Bezugsrechten oder die Zahlung von Abfindungen an ausscheidende Anteilhaber vorsehen. Eine Umwandlung gegen den Willen der betroffenen Gläubiger ist allerdings ausgeschlossen. Ungeklärt sind die mit der Umwandlung verbundenen Fragen der Besteuerung von Sanierungsgewinnen<sup>45</sup>. Wie bei jeder Insolvenzrechtsreform wurde es auch diesmal wieder versäumt, Insolvenzrecht und Steuerrecht aufeinander abzustimmen.

§ 225a Abs.4 sieht zudem vor, dass wichtige Liefer-, Lizenz- oder Vertriebsverträge nicht von der anderen Partei allein aufgrund des Wechsels der Beteiligten gekündigt werden können. Dies soll die Sanierung vor einer breitflächigen Beendigung von Vertragsverhältnissen schützen. Unberührt bleiben vertragliche Regelungen, welche die Beendigung des Vertrags an Pflichtverletzungen des Schuldners knüpfen, die nicht mit Maßnahmen nach § 225a Abs. 2 und Abs. 3 InsO in Zusammenhang stehen. Schließlich werden nach § 225a Abs. 5 InsO die nach einer Umwandlung ausscheidende Gesellschafter abgefunden, wobei sich die Abfindung nach der Vermögenslage der Gesellschaft, die sich bei einer Abwicklung ergeben hätte, richtet. Außerdem kann die Fälligkeit von Abfindungszahlungen hinausgeschoben werden.

#### **b) Sonstige Verbesserungen des Insolvenzplanverfahrens**

Einzelne Gläubiger können einen Insolvenzplan nur noch eingeschränkt behindern. Die sofortige Beschwerde gegen die gerichtliche Bestätigung des Insolvenzplans durch das Gericht ist gem. § 253 Abs. 2 InsO nur noch zulässig, wenn der Beschwerdeführer

- dem Plan spätestens im Abstimmungstermin schriftlich oder zu Protokoll widersprochen hat,
- gegen den Plan gestimmt hat und
- glaubhaft macht, dass er durch den Plan wesentlich schlechter gestellt wird als er ohne einen Plans stünde und dass dieser Nachteil nicht durch im gestaltenden Teil des Plans für den Fall bereitgestellte Mittel, dass ein Beteiligter eine Schlechterstellung nachweist, ausgeglichen werden kann.

Weitere Regelungen zur Optimierung des Insolvenzplanverfahrens sind etwa eine auf ein Jahr verkürzte Verjährungsfrist für Forderungen, die nicht bis zum Abstimmungstermin angemeldet worden sind (§ 259b InsO), und Maßnahmen zur Zurückweisung von Akkordstörern (§ 251 Abs.3 InsO).

Neu ist auch, dass der Insolvenzverwalter gem. § 221 S. 2 InsO durch den Plan bevollmächtigt werden kann, die zur Umsetzung notwendigen Maßnahmen zu ergreifen und

---

<sup>45</sup> siehe dazu Bauer/Dimmling, NZI 2011, 517,519

offensichtliche Fehler des Plans zu berichtigen. Das beschleunigt das Verfahren und vermeidet die Notwendigkeit einer erneuten Gläubigerversammlung zu etwaigen Korrekturen des Plans. Das Insolvenzgericht muss allerdings den vom Insolvenzverwalter vorgenommenen Berichtigungen bestätigen (§ 248a Abs. 1 InsO).

Dr. Martin Moderegger  
Fachanwalt für Insolvenzrecht Hannover/Kassel/Erfurt/Fulda