

Anforderungen an den Schuldner in der Eigenverwaltung

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

I. Einleitung

Nach Einführung der §§ 270a und 270b InsO und der damit verbundenen Propagierung, dass die Eigenverwaltung das Standardinstrument der Insolvenzabwicklung wird, stellen zunehmend Insolvenzschuldner mit laufendem Geschäftsbetrieb - oftmals angeregt durch ihren Steuerberater oder beratenden Rechtsanwalt - gleich mit dem Insolvenzantrag einen Antrag auf Eigenverwaltung. Dabei ist ihnen aber oftmals nicht hinreichend klar, welche Aufgaben sie nach Anordnung einer Eigenverwaltung selbst wahrnehmen müssen, welche Zusatzbelastung damit für sie verbunden ist und vor allem welche insolvenzrechtlichen Kenntnisse sie haben sollten, damit eine Eigenverwaltung gelingen kann. Mit der Eigenverwaltung sind viele Probleme verbunden, die nicht das Insolvenzgericht, sondern der eigenverwaltende Schuldner allein lösen muss. Der Sachwalter darf und wird trotz seiner Sachkunde die Beratung des Schuldners nach Antragstellung nicht im erforderlichen Umfang übernehmen. Er hat später den Schuldner zu überwachen und würde mit einer gleichzeitigen umfassenden Beratung in einen Interessenkonflikt geraten. Ob sich daher die Eigenverwaltung auch für kleinere und mittlere Verfahren,¹ wie etwa über das Vermögen des freiberuflich tätigen Arztes, Rechtsanwalts, Steuerberaters oder Mittelständlers eignet und zum Standardverfahren entwickeln wird, bleibt fraglich. Nachfolgend werden einige der Schwierigkeiten der Eigenverwaltung skizziert, die bei der Stellung des Antrags auf Eigenverwaltung vom Schuldner vorab zu bedenken sind.

II. Eröffnungsverfahren

1. Überforderung des Schuldners

a) Antragsvoraussetzungen

Bereits die Stellung des Antrags auf Eigenverwaltung verlangt vom Schuldner eine sorgfältige Vorbereitung und Kenntnisse der Antragsvorschriften. Da für den Schuldner in den meisten Fällen die Situation der Insolvenzantragsstellung neu sein dürfte, hatte er damit bislang keine Erfahrungen sammeln können und es wird ihm das notwendige Wissen fehlen, wie Insolvenzantrag und Antrag auf Eigenverwaltung "richtig" und fehlerfrei gestellt werden. Schon vor der Gesetzesnovelle des ESUG mussten die Insolvenzgerichte die Schuldner beim Antrag auf Eröffnung des Regelinsolvenzverfahrens häufig darauf hinweisen, dass der eingereichte Antrag unvollständig und fehlerhaft war und die gesetzlich verlangten Voraussetzungen nicht erfüllte.

Der Schuldner, der eine Eigenverwaltung wünscht, muss heute neben dem Insolvenzantrag ausdrücklich einen Antrag auf Eigenverwaltung zu stellen. Zum Insolvenzantrag sind wie im Regelinsolvenzverfahren die üblichen Anlagen wie Schuldnerverzeichnis (Außenstände), Vermögensübersicht - Aktiva und Vermögensübersicht - Passiva mit einzureichen, um dem Gericht die notwendigen Informationen zu den rechtlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen zu geben. Bei einem Geschäftsbetrieb, der noch nicht eingestellt ist, sind zum Eigenantrag gem. § 13 Abs.1 S.3 und 4 InsO vorzulegen das Gläubigerverzeichnis

¹ Gottwald/Haas/Kahlert, *Insolvenzrechts-Handbuch*, § 90 Rn.4, sahen schon vor der Einführung der §§270a und 270b InsO ausdrücklich die Eigenverwaltung auch für kleinere Verfahren mit Selbständigen als geeignet an.

(Verbindlichkeiten) mit Kennzeichnung der höchsten Forderungen, der höchsten gesicherten Forderungen, der Forderungen der Finanzverwaltung, der Forderungen der Sozialversicherungsträger und der Forderungen aus betrieblicher Altersvorsorge sowie zusätzliche Angaben bei laufendem Geschäftsbetrieb. Das Fehlen dieser zum Eigenantrag verlangten Angaben macht den Antrag unzulässig.² Weiter müssen mittlere und kleine Unternehmen nach § 13 Abs.1 S.5 InsO zwingend Angaben zur Bilanzsumme, zu den Umsatzerlösen und zur durchschnittlichen Zahl der Arbeitnehmer des vorangegangenen Geschäftsjahres machen, damit das Gericht diese überhaupt von den Großunternehmen i.S. v. § 22a Abs. 1 InsO abgrenzen kann³. Der Schuldner muss seinen Eigenantrag zudem begründen und dazu Zahlen nicht nur zum laufenden, sondern auch zum vergangenen Geschäftsjahr liefern. Allerdings ist nicht mehr wie früher eine besondere umfassende Begründung für den Antrag auf Eigenverwaltung erforderlich. Dies ist nur noch soweit erforderlich, wie es das Gesetz, etwa für das Verfahren nach § 270b InsO verlangt.⁴ Weiter hat jeder Schuldner die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Angaben zu versichern (§ 13 Abs. 1 S. 7 InsO), was Zulässigkeitsvoraussetzung sein soll.⁵ Beachten muss der Schuldner auch, dass er seinen Eigenantrag nicht mit einer Bedingung verknüpfen darf.⁶

Beantragt der Schuldner bei laufendem Geschäftsbetrieb neben dem Insolvenzverfahren nur "Eigenverwaltung" und fügt keine weiteren Unterlagen diesem Antrag auf Eigenverwaltung bei, so ist der Antrag auf Eigenverwaltung nicht nur unvollständig, sondern unzulässig. Das Gericht wird aber, da ein Insolvenzantrag vorliegt, im Eröffnungsverfahren im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes (§5 Abs. 1 InsO) dem Schuldner rechtliche Hinweise zur Vervollständigung des Antrags auf Eigenverwaltung geben und anfragen, ob bereits eine vorläufige Eigenverwaltung i.S. des § 270a InsO oder § 270b InsO gewollt ist, oder ob die Eigenverwaltung erst für die Zeit nach Insolvenzeröffnung angestrebt wird.⁷ Es ist auch nicht gehindert, zusammen mit der Prüfung von Insolvenzgrund und Verfahrenskostendeckung zur Klärung dieser speziellen Fragen zum Eigenverwaltungsantrag einen Sachverständigen zu beauftragen. Antwortet der Schuldner nicht umgehend konkret und holt nicht die zwingenden Angaben gem. § 13 Abs.1 S.4 InsO nach, fehlt seine Mitwirkung und sein Antrag auf Eigenverwaltung ist *offensichtlich nicht aussichtsreich* i.S. von § 270a Abs.1 S.1 InsO. Dann ist es bei laufendem Geschäftsbetrieb dem Insolvenzgericht nicht verwehrt, von sich aus vorläufige Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen und einen entsprechenden Beschluss zu fassen. Die in § 270a Abs. 1 InsO gemachten Soll-Vorschriften an das Gericht greifen dann nicht. Die Anordnung einer vorläufigen Insolvenzverwaltung wird regelmäßig in diesem Fall die Folge sein. Das Gericht kann den einfachen unvollständigen Antrag auf Eigenverwaltung wegen der fehlenden zwingenden Angaben nach § 13 Abs.1 S.4 InsO nicht von sich aus als Antrag auf Durchführung einer vorläufigen Eigenverwaltung gem. § 270a InsO oder auf Antrag auf Durchführung eines sog. Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO auslegen.

b) Sicherungsmaßnahmen

Nach Eingang des Insolvenzantrages und des Antrages auf Eigenverwaltung steht das Insolvenzgericht vor der Frage, ob Sicherungsmaßnahmen anzuordnen sind. Was ist zu tun, wenn es sich bei dem Antragsteller um einen laufenden Geschäftsbetrieb handelt und der Schuldner noch keinen vorläufigen Sachwalter empfohlen hat?

² Pape, ZInsO 2011, 2154, 2155

³ Pape, ZInsO 2011, 2154, 2155

⁴ Pape, in: KPB, InsO, § 270 Rn.90.

⁵ Frind, ZInsO 2011, 2249,2252

⁶ Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 270 Rnd.12.

⁷ vgl. dazu: Frind, ZInsO 2011, 2249, 2254.

Vor Einführung der Möglichkeit der vorläufigen Eigenverwaltung ließ im Regelfall das Insolvenzgericht die Notwendigkeit von Sicherungsmaßnahmen bezüglich des Vermögens des Schuldners durch einen Sachverständigen prüfen und bat diesen kurzfristig nach seiner Beauftragung Empfehlungen zu Sicherungsmaßnahmen zu geben. Manche Insolvenzgerichte ordneten auch sofort, d.h. gleich mit der Beauftragung eines Sachverständigen, eine vorläufige Insolvenzverwaltung an und bestellte den Sachverständigen sofort zum sog. schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter. Dies ist so heute nicht mehr möglich, wenn der Schuldner einen vollständigen, zulässigen Antrag auf Eigenverwaltung gestellt hat und dieser nicht offensichtlich aussichtslos ist (§ 270a InsO). Nunmehr soll auf die Anordnung eines vorläufigen Insolvenzverwalters verzichtet werden. Denn nach der Absicht des Gesetzgebers wird durch den neuen § 270a InsO "für den Regelfall vermieden, dass der Schuldner im Eröffnungsverfahren unmittelbar mit dem Antrag die Kontrolle über sein Unternehmen verliert."⁸ Doch in der Praxis wird es wohl weiterhin bei mittleren und kleineren Unternehmen nicht der "Regelfall" werden, dass der Schuldner die Kontrolle über sein Unternehmen weiter behalten kann. Wenn er nicht sachverständig beraten ist, wird er in der Krise dazu allein nicht in der Lage sein. Er kennt weder das insolvenzrechtliche Instrumentarium der Sicherungsmaßnahmen (z.B. Verbot der Verwertung von Aus- und Absonderungsgut gem. § 21 Abs.2 S.1 Nr.5 InsO) noch wird er allein befähigt sein, die während des Insolvenzeröffnungsverfahrens wichtigsten insolvenzspezifischen Maßnahmen selbständig zu treffen. Er bedarf der Hilfe. Das Gericht wird daher voraussichtlich weiterhin einen Sachverständigen beauftragen, der zusammen mit dem Schuldner klären wird, ob dieser in der Lage ist, die dem Schuldner während der vorläufigen Eigenverwaltung obliegenden Aufgaben wahrzunehmen. Der Sachverständige wird dem Schuldner vor Augen führen, welche Maßnahmen der Schuldner während der angestrebten vorläufigen Eigenverwaltung selbst durchführen muss und dass der zu bestellende vorläufige Sachwalter im Wesentlichen nur eine Kontrollfunktion hat. Ist der Schuldner dann auf Grund dieser Ausführungen davon überzeugt, dass eine vorläufige Eigenverwaltung für ihn eine Überforderung bedeutet, wird er sinnvollerweise dem Gericht unverzüglich mitteilen, dass er seinen Antrag auf Eigenverwaltung zurücknimmt, was bis zu einer Anordnungsentscheidung des Gerichts problemlos möglich ist, oder erklärt, dass er diesen Antrag auf die Zeit nach Eröffnung bezogen wissen will. Keinesfalls darf das Insolvenzgericht in der Übergangszeit bis zur Klärung der Vollständigkeit des gestellten Antrags auf vorläufige Eigenverwaltung den Sachverständigen schon ohne eine Stellungnahme des Schuldners als vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen um diesen später zum vorläufigen Sachwalter "umzufunktionieren". Denn diese Möglichkeit lässt das neue Recht nicht zu. Erst wenn die Voraussetzungen der Bestellung eines vorläufigen Sachwalters nach § 270a InsO nicht gegeben sind, greift die Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften in § 270 Abs. 1 S. 2 ein und kann das Gericht auf die §§ 21 ff. unmittelbar zurückgreifen.

Beabsichtigte der Schuldner die Durchführung eines Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO, so gilt dasselbe. In jedem Fall darf das Insolvenzgericht nicht, ohne dass der Schuldner seinen Antrag auf Durchführung des Schutzschirmverfahrens zurückgenommen hat, einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen. Das verbietet § 270b Abs.2 Satz 3 InsO ausdrücklich.

⁸ Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 59

c) Vorläufiger Gläubigerausschuss

Neben der Vorbereitung des Insolvenzantrages und des korrekten Antrages auf vorläufige Eigenverwaltung, steht der Schuldner im Fall der gewünschten vorläufigen Eigenverwaltung noch vor der weiteren Angelegenheit, dem Gericht einen vorläufigen Gläubigerausschuss zu empfehlen. Andernfalls muss das Insolvenzgericht gem. § 22a InsO an Hand der Gläubigerliste und Angaben zu den Gläubigerforderungen im Eigenantrag diesen Ausschuss selbst zusammenzustellen. Auch im letzteren Fall wird der Schuldner von dem Insolvenzgericht zu Vorschlägen aufgefordert werden. Die Auswahl der Gläubiger für den vorläufigen Gläubigerausschuss ist mit erheblichem Zeitaufwand verbunden. Der Schuldner sollte die damit verbundenen Schwierigkeiten samt Zeitverzögerung nicht unterschätzen. Viele Gläubiger waren bislang erfahrungsgemäß bei einem mittleren Insolvenzverfahren jedenfalls an einem größeren Engagement nicht interessiert.

Zudem ist es möglich, dass Gläubiger sich gegen eine vorläufige Eigenverwaltung aussprechen. Die Eigenverwaltung verlangt gem. § 270 Abs.2 InsO, dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird. Dies gilt selbstverständlich auch für die vorläufige Eigenverwaltung.

Nach seiner Einsetzung hat der vorläufige Gläubigerausschuss nicht nur die Befugnis den vorläufigen Sachwalter bei der Wahrnehmung seiner Obliegenheiten zu begleiten, sondern er soll darüber hinaus auch eigenständig das Recht haben, den Schuldner zu unterstützen und zu überwachen.⁹ Insoweit muss sich der Schuldner auf die Persönlichkeiten im Gläubigerausschuss rechtzeitig vorbereiten und hat nicht wie im Regelinsolvenzverfahren den Insolvenzverwalter als schützenden Filter vor den Gläubigern.

d) Insolvenzgeldvorfinanzierung und Fortführungsfinanzierung

Die wichtige Frage der Unternehmensfinanzierung während des Eröffnungsverfahrens stellt den durchschnittlichen Schuldner eines mittelständischen Unternehmens vor ganz erhebliche Probleme. Im Fall der vorläufigen Insolvenzverwaltung hätte ihm dieses Problem der vorläufige Insolvenzverwalter gelöst bzw. die Angelegenheit abgenommen. Die Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes durch ein Kreditinstitut, die als Standardmaßnahme der Fortführungsfinanzierung gilt,¹⁰ muss der Schuldner allein organisieren. Er muss die Finanzierung mit der vorfinanzierenden Bank abstimmen, die Berechnung der Höhe der künftigen Insolvenzgeldansprüche vornehmen und die erforderlichen Abtretungen der Insolvenzgeldansprüche der Arbeitnehmer vorbereiten. Dabei wird ihm ein mit dieser Vorfinanzierung vertrautes Kreditinstitut sicherlich helfen. Doch maßgebliche Arbeiten wird er selbst erledigen müssen. Dazu gehört auch der notwendige Antrag bei der Bundesagentur für Arbeit samt der von dieser verlangten positiven Fortführungsprognose für das Unternehmen. Ohne Zustimmung der Agentur für Arbeit zur Vorfinanzierung kann sich das die Insolvenzgelder vorfinanzierende Kreditinstitut wegen des § 170 Abs.4 S.1 SGB III nicht die Insolvenzgeldansprüche der Arbeitnehmer abtreten lassen.

Inwieweit der vorläufige Eigenverwalter darüber hinaus bei weiterem Liquiditätsbedarf bessere Möglichkeiten hat, um einen etwa notwendigen Massekredit zu erhalten, als der vorläufige Insolvenzverwalter im Verfahren der vorläufigen Insolvenz, wird bei kleineren und mittleren Unternehmen die Praxis zeigen müssen. Jedenfalls hat der Schuldner, der eine Eigenverwaltung beantragt im Rahmen seiner Vorbereitungen auch Überlegungen zur

⁹ *Specovius in: Kübler HRI § 12 Rn.69*

¹⁰ *Undritz in: Kübler HRI § 2 Rn. 32*

Fortführungsfinanzierung anzustellen. Bleiben solche Überlegungen aus oder erfolgen sie erst nach Antragstellung, so können derartige Versäumnisse die grundsätzliche Frage aufwerfen, ob der Schuldner überhaupt befähigt ist, seine eigene Insolvenz zu verwalten.¹¹

Eine weitere Schwierigkeit kommt auf den eigenverwaltenden Schuldner zu, wenn Globalabtretungen bestehen. Hier muss er bei Zahlungseingängen beachten, dass entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine Globalabtretung auch während der vorläufigen Eigenverwaltung und nach Insolvenzeröffnung noch insoweit zu beachten ist, als Zahlungseingänge zu verzeichnen sind, deren abgetretene Forderungen jedenfalls noch vor Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung entstanden sind. Diese eingehenden Gelder stehen nicht für Zwecke der Fortführungsfinanzierung zur Verfügung, sondern stehen dem absonderungsberechtigten Gläubiger zu. Eine etwaige Gefahr der Haftungsinsanspruchnahme des Schuldners besteht allerdings nicht, da bis zur Insolvenzeröffnung das gesamte Schuldnervermögen von seiner Insolvenz erfasst ist.¹² Betroffene Gläubiger werden aber nicht erfreut sein und sich ggf. gegen eine weitere Eigenverwaltung aussprechen.

d) Kassen- und Kontoführung

In der Eigenverwaltung führt an sich der Schuldner die Kasse und das insolvenzrechtliche Sonderkonto. Es kann daher theoretisch noch zu masseschmälernde Zahlungen auf Altverbindlichkeiten kommen, die aber später nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Sachwalter gem. § 130 Abs.1 Nr. 2 InsO anfechten könnte. Der Sachwalter kann gem. § 275 Abs.2 InsO vom Schuldner aber verlangen, dass alle eingehenden Gelder nur vom Sachwalter entgegengenommen und Zahlungen nur vom Sachwalter geleistet werden. Dies führt dazu, dass der Schuldner hierüber seine Befugnis verliert und weder Geld in Empfang nehmen noch Geld ausgeben kann. Nach außen haben Zahlungen Dritter an den Schuldner und Zahlungen des Schuldners an Dritte aber weiterhin schuldbefreiende Wirkung.¹³ Da dieses Recht der Sachwalter im Regelfall verlangt, um über ein ausreichendes Mittel der Kontrolle verfügen zu können, sollte der eigenverwaltende Schuldner von vornherein sich bemühen, zum Sachwalter ein ausreichendes Vertrauensverhältnis herzustellen.

e) Eingehen von Verbindlichkeiten während der vorläufigen Eigenverwaltung

Im Eröffnungsverfahren mit vorläufiger schwacher Insolvenzverwaltung kann sich der vorläufige Insolvenzverwalter vom Insolvenzgericht ermächtigen lassen, einzelne im Voraus genau bestimmte Verpflichtungen zu Lasten der späteren Insolvenzmasse einzugehen, sofern dies für die vorläufige Insolvenzverwaltung erforderlich ist.¹⁴ Wenn er diese Verbindlichkeiten nicht noch während der vorläufigen Insolvenz erfüllt bzw. bezahlt, werden sie nach Insolvenzeröffnung zu Masseschulden. In der vorläufigen Eigenverwaltung kann ebenfalls auf diese Möglichkeit der Ermächtigung zurückgegriffen werden. Nur muss diese in der vorläufigen Eigenverwaltung der Schuldner selbst bei Gericht beantragen, nicht der vorläufige Sachwalter. § 270a Abs.1 Nr.2 InsO verbietet dies ihm nicht. Die Vorschrift ist nur eine Sollvorschrift und will den umfassenden Zustimmungsvorbehalt verhindern.¹⁵ Die korrekte Stellung eines derartigen Ermächtigungsantrags verlangt vom Schuldner insolvenzspezifische Kenntnisse. Möglicherweise ist auch vorab die Zustimmung des

¹¹ Hofmann, in Kübler HRI § 6 Rn.154.

¹² Hofmann, in Kübler HRI, § 6 Rn.188.

¹³ HambKomm-Inso-Fiebig, § 275 Rn. 5

¹⁴ BGH v.-18.07.2002- IX ZR 195/01.

¹⁵ Specovius, in Kübler HRI § 12 Rn. 42.

vorläufigen Sachwalters erforderlich wenn dies grundsätzlich der vorläufige Gläubigerausschuss entsprechend § 277 Abs.1 InsO verlangt hat.

2. Auswahl des vorläufigen Sachwalters

Die Verfahren nach § 270a InsO und § 270b InsO verlangen jeweils die Bestellung eines vorläufigen Sachwalters. Dieser wird vom Insolvenzgericht ernannt. Hauptaufgabe des vorläufigen Sachwalters ist die Aufsicht über den Schuldner (§ 270a Abs.1 S.2, § 274 Abs.2 InsO). Er hat das Recht und die Pflicht, die wirtschaftliche Lage des Schuldners zu prüfen und seine Geschäftsführung und die Ausgaben für seine Lebensführung zu überwachen (§ 274 Abs.2 InsO). § 270b Abs.2 S.2 InsO ("Schutzschirmverfahren") geht ausdrücklich davon aus, dass auch der Schuldner eine Person zum vorläufigen Sachwalter vorschlagen kann. Der Schuldner sollte daher dem Gericht einen entsprechenden Vorschlag machen. Dabei hat er die Anforderungen und Erwartungen an die Person des vorläufigen Sachwalters zu bedenken. Das Sachwalteramt stellt an die Person ähnliche Anforderungen wie das Amt des Insolvenzverwalters im Regelinsolvenzverfahren. Bei der Auswahl des vorläufigen Sachwalters muss der Schuldner insbesondere die Regelung des § 270b Abs.2 S.2 InsO beachten, die definiert, welcher vorgeschlagene (vorläufige) Sachwalter offensichtlich ungeeignet ist und den daher das Insolvenzgericht nicht bestellen darf. Um diese Schwierigkeit zu meistern, sollte der Schuldner seinen Sachwaltervorschlag hinreichend begründen und insbesondere zur Eignung der vorgeschlagenen Person gut begründete und ggf. mit Nachweisen belegte Ausführungen machen.

III. Eröffnetes Verfahren

1. Ablehnung der (endgültigen) Eigenverwaltung während der vorläufigen Eigenverwaltung

Der Schuldner, der eine Eigenverwaltung begehrt, sollte bereits auch schon für die Zukunft, d.h. für die Zeit nach Insolvenzeröffnung, vorausplanen. Denn die Eigenverwaltung während des Eröffnungsverfahrens sollte bereits das nachfolgende Ziel ansteuern. Eine später angestrebte Eigenverwaltung für das eröffnete Insolvenzverfahren kann das Gericht erst im Eröffnungsbeschluss anordnen (§ 270 Abs.1 S. 1 InsO). Sofern bereits eine vorläufige Eigenverwaltung (§ 270a InsO) oder ein Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO) stattfindet, bedeutet das keine Vorentscheidung über die Eigenverwaltung nach Insolvenzeröffnung. Fraglich ist, ob das Gericht die (endgültige) Eigenverwaltung erst im Eröffnungsbeschluss ablehnen darf, oder ob dies schon während der vorläufigen Eigenverwaltung, also vor der Eröffnung in einem gesonderten Beschluss geschehen darf. Nach seinem Wortlaut regelt § 270 Abs.1 InsO nur die Anordnung der Eigenverwaltung, die zwingend im Eröffnungsbeschluss zu erfolgen hat, nicht dagegen die Zurückweisung der Eigenverwaltung. Da das Gesetz diese Frage offen gelassen hat, ist ein gesonderter Ablehnungsbeschluss möglich.¹⁶ Fraglich ist nunmehr, ob nach Einführung der vorläufigen Eigenverwaltung das Gericht vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Eigenverwaltung mit gesondertem Beschluss ablehnen kann, ohne gleichzeitig eine Entscheidung über die Fortdauer oder das Ende der vorläufigen Eigenverwaltung zu treffen.

¹⁶ *Gottwald/Haas/Kahlert, Insolvenzrechts-Handbuch, § 87 Rn.32; Uhlenbruck, InsO, § 270 Rn. 30.*

2. Besonders bedeutsame Rechtshandlungen

Grundsätzlich behält der Schuldner in der Eigenverwaltung die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen (§ 270 Abs.1 InsO), die Insolvenzmasse (§ 35 InsO). Er hat dieselben Befugnisse wie der Insolvenzverwalter im Regelinsolvenzverfahren. Der Eigenverwalter darf also Rechtshandlungen vornehmen, die auf ein bestehendes Recht einwirken. § 276 InsO beschränkt allerdings seine Verfügungsbefugnis: Besonders bedeutsame Rechtshandlungen bedürfen der Zustimmung des Gläubigerausschusses, wobei nach dem Gesetzeswortlaut des § 276 S.1 InsO allein der Schuldner diese einholen muss, nicht der Sachwalter.¹⁷ § 160 Abs.1 S. 1, Abs.2, § 161 Satz 2 und § 160 Abs. 2 InsO gelten entsprechend. Uneinigkeit besteht in der Literatur, was alles zu den *besonders bedeutenden Rechtshandlungen* gehört. Neuere Stimmen sehen in diesen Rechtshandlungen Handlungen, mit denen eine Weiche für das Insolvenzverfahren gestellt wird und die nicht lediglich von ihrem Umfang her größere wirtschaftliche Bedeutung haben.¹⁸ Andere wollen die besonders bedeutsamen Rechtshandlungen genauso definiert sehen, wie die *besonders bedeutsamen Rechtshandlungen* i.S.v. § 160 Abs.1 S.1 InsO.¹⁹ Letzteres entspricht jedenfalls dem Gesetzeswortlaut, denn § 276 InsO verweist ausdrücklich auf die entsprechende Anwendung des § 160 Abs.1 S.1 InsO. Weiter streitig ist, ob "Zustimmung" i.S.d. § 276 InsO auch die nachträgliche Genehmigung und nicht nur die vorherige Einwilligung i.S.d. § 184 BGB umfasst. Mit dem Wortlaut des § 160 Abs.1 S.1 InsO "*vornehmen will*" wird man nur die vorherige Einwilligung als Zustimmung i.S.d. § 276 InsO ansehen dürfen, nicht jedoch auch die nachträgliche Genehmigung. Auch diese Streitfragen kommen auf den Schuldner in der Eigenverwaltung zu.

3. Begründung von neuen Verbindlichkeiten

Gem. § 275 Abs.1 InsO ist der Schuldner berechtigt, Masseverbindlichkeiten i.S. von § 55 Abs.1 Nr. 1 InsO einzugehen. Dabei sind jedwede Rechtsgeschäfte gemeint, die den Schuldner vertraglich oder auch nur einseitig verpflichten, eine bestimmte Leistung zu erbringen.²⁰ Allerdings berechtigt § 275 Abs.1 InsO den Schuldner nur zur Begründung von Verbindlichkeiten, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören. Will er Verbindlichkeiten eingehen, die außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes liegen, soll er dazu gem. § 275 Abs.1 S. 1 die Zustimmung des Sachwalters einholen. Das verlangt allerdings von ihm, dass er beide Arten von Geschäften zu unterscheiden vermag. Gem.§ 279 InsO nimmt der Schuldner auch die vertraglichen Wahlrechte bzw. Rechte nach den §§ 103 - 128 InsO wahr. Er entscheidet über die Erfüllungswahl bei zweiseitigen nicht voll erfüllten Verträgen (§ 103 InsO).

4. Gläubigerinformation und Rechnungslegung

Der Schuldner hat während der Eigenverwaltung neben seinen allgemeinen Tätigkeiten als Geschäftsführer und Arbeitgeber die vielfältigen insolvenzrechtliche Sonderaufgaben wahrzunehmen, die sonst im Regelinsolvenzverfahren der Insolvenzverwalter zu erledigen hat. Dazu gehören die Gläubigerinformation (§ 281 InsO), die Erstellung des Verzeichnisses der Massegegenstände (§ 281 Abs.1 S.1 InsO), der Vermögensübersicht sowie die Berichterstattung (§ 281 Abs. 2 InsO). Weiter hat der Schuldner während der Eigenverwaltung Zwischenberichte mit Zwischenrechnungen entsprechend dem vom

¹⁷ Uhlenbruck, *InsO*, § 276 Rn.3.

¹⁸ Graf-Schlicker, in: Graf-Schlicker, *InsO*, § 276 Rn.4; Pape, in: *KPB, InsO*, § 276 Rn. 7.

¹⁹ Wittig / Tetzlaff, in: *MünchKomm-InsO*, § 276 Rn. 5.

²⁰ Pape, in: *KPB, InsO*, § 275 Rn.7.

Insolvenzgericht verlangten Turnus zu legen. Am Ende der Eigenverwaltung muss der Schuldner sowohl insolvenzrechtlich die Schlussrechnung erstellen und dem Insolvenzgericht vorlegen als auch den handels- und steuerrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften genügen. Die vorgenannten Verpflichtungen verlangen vom Schuldner erheblichen insolvenzrechtlichen Sachverstand.²¹ Daher haben in der Vergangenheit bei Eigenverwaltungs - Insolvenzverfahren große Unternehmen regelmäßig einen insolvenzerfahrenen "Lotsen" an Bord geholt, der die Geschäftsführung bei den insolvenzspezifischen Aufgaben unterstützte. Dies führte zur Frage, ob eine vor Insolvenzeröffnung erfolgte Auswechslung der bisherigen Unternehmensspitze durch einen Insolvenzrechtsexperten zu Nachteilen für die Gläubiger i.S. des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO führt.²²

a) Gläubigerinformation

Im Rahmen der Gläubigerinformation hat der Schuldner die in der Insolvenzordnung vorgesehenen Informations- und Darlegungspflichten zu erfüllen. Er muss den Gläubigern einen umfassenden Überblick über sein Vermögen geben. Nach § 281 Abs.1 S. 1 InsO hat der Schuldner die besonderen insolvenzrechtlichen Verzeichnisse zu führen. Er muss also erstellen: Das Verzeichnis der Massegegenstände gem. § 151 InsO, das Gläubigerverzeichnis gem. § 152 InsO sowie die Vermögensübersicht gem. § 153 InsO. Der Schuldner muss im Verzeichnis der Vermögensgegenstände alle gem. §§ 35, 36 InsO zur Insolvenzmasse gehörigen Gegenstände (Sachen und Rechte) aufnehmen. Gegenstände, die einem Aussonderungsrecht unterliegen, dürfen nicht aufgenommen werden mit Ausnahme von solchen Gegenständen, die noch einem Eigentumsvorbehalt eines Lieferanten unterliegen. In das Gläubigerverzeichnis gem. § 152 InsO hat der Schuldner alle bekannten Gläubiger aufzuführen, nicht nur diejenigen, die etwa schon eine Forderung angemeldet haben. Die Anforderungen des § 152 InsO an die formellen Voraussetzungen des Gläubigerverzeichnisses sind zu beachten. Bei der Vermögensübersicht gem. § 153 InsO sind die Gegenstände der Insolvenzmasse den Verbindlichkeiten des Schuldners gegenüberzustellen. Dabei ist im Fall einer positiven Fortführungsprognose der jeweilige Fortführungswert anzugeben. Die Verbindlichkeiten sind entsprechend den Anforderungen des § 152 InsO zu gliedern.

Die Verzeichnisse sind vom Schuldner gem. § 154 InsO spätestens eine Woche vor dem vom Insolvenzgericht angesetzten Berichtstermin zur Einsicht der Beteiligten in der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts niedergelegt werden.

Im Berichtstermin muss der Schuldner - so wie im Insolvenzverfahren der Insolvenzverwalter - gem. § 281 Abs. 2 InsO den Gläubigern berichten. Dem mündlich zu erstattenden Bericht muss ein schriftlicher Bericht zu Grunde liegen, der dem Gericht vorab zuzusenden ist.²³ In dem Bericht soll der Schuldner über seine wirtschaftliche Lage, die Ursachen der wirtschaftlichen Lage und Insolvenzsachen, die Aussichten zum Erhalt des Unternehmens im Ganzen oder in Teilen, die Möglichkeiten für einen Insolvenzplan und die jeweiligen Auswirkungen für die Gläubigerbefriedigung darstellen.²⁴

²¹ *Specovius, in Kübler HRI, §12 Rn.33.*

²² *dazu HambKomm/Fiebig, § 270 Rn. 22 ff. Gottwald/Haas/Kahlert, Insolvenzrechts-Handbuch, § 87 Rn.23.*

²³ *Castrup, in Graf-Schlicker, InsO, § 156 Rn. 3.*

²⁴ *Zu dem Inhalt des Berichts im Einzelnen siehe: Bierbach, in: HRI § 10 Rn. 106.*

b) Ständige Liquiditätsprüfung und Anzeige der Masseunzulänglichkeit

Der Schuldner muss ständig darauf achten, dass die Liquidität in der Eigenverwaltung gegeben ist. Sollte er als Eigenverwalter feststellen, dass zwar die Kosten des Verfahrens noch gedeckt sind, jedoch die Liquidität nicht mehr ausreicht, um die von ihm eingegangenen oder zwingend zu bedienenden Masseverbindlichkeiten nicht mehr bei Fälligkeit erfüllt werden können, hat der den Sachwalter umgehend zu unterrichten. Dieser hat dann gem. § 285 InsO die Masseunzulänglichkeit anzuzeigen.

c) Rechnungslegung

In der Eigenverwaltung muss der Schuldner regelmäßig Rechnung legen und am Ende die Schlussrechnung vorlegen. Die Rechnungslegungspflicht umfasst die Pflicht zur Schlussrechnungslegung (§ 281 Abs.3 S.1 i.V.m. § 66 Abs. 1 und 2 InsO) sowie zur Zwischenrechnungslegung (§ 281 Abs. 3 S.1 i.V.m. § 66 Abs.3 InsO). Im Einzelnen wird eine Überschussrechnung (chronologische Einnahmen-Ausgaben-Rechnung), eine Schlussbilanz und eine Schlussbericht als Tätigkeitsbericht sowie ein Schlussverzeichnis in Anlehnung an die Tabelle verlangt.²⁵

5. Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse

Die Aufgaben der Verwertung der Insolvenzmasse und Verteilung des Erlöses an die Insolvenzgläubiger hat allein der Schuldner. Dies erfordert detaillierte Kenntnisse des Verwertungsrechts der Insolvenzordnung. Denn der Schuldner hat - wie in der Regelinsolvenzverwalter der Insolvenzverwalter - z.B. gem. § 282 Abs. 1 InsO das Recht, die mit Absonderungsrechten belasteten beweglichen Gegenstände der Insolvenzmasse, die der Schuldner in Besitz hat, zu verwerten und dann den Verwertungserlös mit dem Absonderungsberechtigten jeweils abzurechnen. Auch um den Forderungseinzug - einschließlich der sicherungsabgetretenen - muss sich der Schuldner kümmern. Bei diesen Verwertungsaufgaben sind von ihm die Vorschriften der §§ 49 - 51 InsO sowie §§ 165 - 173 InsO zu beachten. Auch wenn die Verwertung gem. § 282 Abs. 2 InsO im Einvernehmen mit dem Sachwalter auszuüben ist, muss sie der Schuldner allein fehlerfrei bewältigen und darf nicht mögliche Verwertungserlöse auf Grund von Verwertungsfehlern zum Nachteil der Gläubiger "verschenken". Allerdings sieht § 282 Abs. 1 S. 2 und 3 InsO Erleichterungen und Kosteneinsparung für die absonderungsberechtigten Gläubiger durch gänzlichen Wegfall der Feststellungskostenbeiträge in Höhe von 4 % und Beschränkung der Verwertungskosten auf die tatsächlich entstandenen Kosten ohne Vergütung einer Pauschale von 5 % nach § 171 Abs. 2 S. 1 InsO vor. Schließlich hat der eigenverwaltende Schuldner gem. §§ 187 ff. InsO die Verteilung der Masse an die Gläubiger zu organisieren und vorzunehmen.

6. Zusammenarbeit mit dem Sachwalter

Die in der Eigenverwaltung vom Gesetz vorgeschriebene Verteilung der Zuständigkeiten auf den Schuldner und Sachwalter erfordert eine gute Zusammenarbeit zwischen diesen beiden. Da der Sachwalter den Schuldner kontrollieren und die Interessen der Gläubiger schützen muss, kann es während der Eigenverwaltung schnell zu Konflikten kommen. Insolvenzunerfahrene Schuldner werden häufig nicht dazu imstande sein, die Besonderheiten des schon für Fachleute komplizierten Insolvenzrechts zu verstehen. Er wird immer dann, wenn der Sachwalter auf die Einhaltung der Vorschriften der Eigenverwaltung hinweist, dessen die Freiheit des Unternehmers begrenzenden Vorgaben nicht ohne

²⁵ MünchnerKomm-Nowak, § 66 Rn 9.

weiteres hinnehmen und daher wegen seiner unzureichenden Kenntnisse des Insolvenzrechts Gefahr laufen, sich mit dem insolvenz erfahrenen Sachwalter zu streiten. Der mit der Insolvenzordnung immer wieder konfrontierte Schuldner wird daher viel Geduld und Zeit aufbringen müssen, um die Kontrolltätigkeit des Sachwalters nicht nur zu tolerieren, sondern auch zu akzeptieren. Der Schuldner kann sich natürlich durch einen insolvenz erfahrenen Sanierungsspezialisten unterstützen lassen. Doch muss er insoweit auch in Absprache mit den Gläubigern und dem Sachwalter die Finanzierung des Beraters sicherstellen. Gerade bei kleineren Unternehmen dürften sich Beraterhonorare deutlich nachteilig auf die Gläubigerbefriedigung auswirken und die grundsätzliche Kostenersparnis der Eigenverwaltung gegenüber dem Regelinsolvenzverfahren zunichtemachen.

7. Überleitung ins Insolvenzverfahren

Wird die Eigenverwaltung aufgehoben, wird die Folgen der Arbeit des Schuldners während der Eigenverwaltung der zu bestellende Insolvenzverwalter abarbeiten müssen. Übrigens bestellt diesen nach Aufhebung der Eigenverwaltung der Rechtspfleger (funktionelle Zuständigkeit gem. § 18 RpfLG). Der neue Insolvenzverwalter darf allerdings mit dem bisherigen Sachwalter personenidentisch sein. Die früheren Handlungen des Schuldners während der Eigenverwaltung z.B. bei Ausübung des Wahlrechts über die Erfüllung von Rechtsgeschäften, Sonderkündigungsrechten und die Auswirkungen der Verwertungshandlungen binden auch den Insolvenzverwalter. Gab es bei der Arbeit handwerkliche Fehler, die zu Lasten der Masse gingen, so hat nun der Insolvenzverwalter zu prüfen, ob dafür der Schuldner haften muss. Auch diese möglichen Folgen hat der die Eigenverwaltung gegenüber dem Regelinsolvenzverfahren bevorzugende Schuldner bei seiner Antragstellung zu berücksichtigen.

IV. Zusammenfassung

Im Gegensatz zum Regelinsolvenzverfahren, bei dem der Insolvenzverwalter das Verfahren führt, hat in der Eigenverwaltung der Schuldner die wesentlichen Arbeiten des Verfahrens zu übernehmen und behält die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörige Vermögen. Der Sachwalter überwacht die Arbeit des Schuldners und hat nur eingeschränkt insolvenztypische Verfahrensarbeiten, wie die Prüfung der Forderungen der Insolvenzgläubiger und die Führung der Tabelle zu übernehmen. Zwar wirkt der Sachwalter darüber hinaus noch bei der Begründung von Verbindlichkeiten mit, kann das Kassenführungsrecht beanspruchen und muss bestimmten Geschäften zustimmen. Er darf wegen seiner Kontrollfunktion und Verpflichtung gegenüber dem Gericht und den Gläubigern den Schuldner aber nicht umfassend unterstützen. Außerdem würde er dafür nicht vergütet. Insgesamt gesehen liegt daher das "Schwergewicht der Abwicklung"²⁶ und die Hauptverantwortung für eine erfolgreiche Eigenverwaltung beim Schuldner. Er sollte sich daher schon vor der Beantragung der Eigenverwaltung gut überlegen, ob er für die gesamte Dauer der Insolvenzverwaltung sowohl fachlich als auch zeitlich in der Lage ist, die Eigenverwaltung zu übernehmen.

Dr. Martin Moderegger
Fachanwalt für Insolvenzrecht

²⁶ Pape, in: *KPB, InsO*, § 270 Rn.192.