

Forum 270

Qualität und Verantwortung
in der Eigenverwaltung e.V.

*Grundsätze für Insolvenzverfahren
in Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO)*

*Standard des Forum 270 –
Qualität und Verantwortung in
der Eigenverwaltung e. V.*

Inhaltsverzeichnis

1	Vorbemerkungen	S. 4
2	Grundlagen	S. 5
2.1	Beteiligte	
2.2	Zweck des Insolvenzverfahrens	
2.3	Haftung	
2.4	Eigenverwaltung/Fremdverwaltung – Regelverfahren?	
3	Voraussetzungen für sinnvolle Eigenverwaltungsverfahren	S. 7
3.1	Unternehmensgröße und Kosten	
3.2	Geeignete Anwendungsfälle	
3.3	Ausschlusskriterien	S. 8
3.4	Subjektive Voraussetzungen auf Schuldner Ebene	
3.5	Professionelle Einleitung des Verfahrens	S. 9
4	Idealtypischer Ablauf eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung	S. 11
4.1	Verfahrenseinleitung	
4.1.1	<i>Vorbereitungsarbeiten; Kontaktaufnahme mit dem Insolvenzgericht</i>	
4.1.2	<i>Auswahl des Sachwalters; Kontakt zum Sachwalter</i>	
4.1.3	<i>Liquiditäts- und Ergebnisplanung für das Verfahren</i>	
4.1.4	<i>Weitere Vorbereitungsmaßnahmen</i>	S. 12
4.1.5	<i>Bestellung des Eigenverwalters und Geschäftsverteilung im Geschäftsleitungsorgan</i>	
4.2	Verfahrensabwicklung	
4.2.1	<i>Zusammenarbeit der Eigenverwaltung mit dem Sachwalter</i>	
4.2.2	<i>Gläubigerausschuss</i>	S. 13
4.2.3	<i>Insolvenzplan – Übertragende Sanierung – Dual-Track</i>	
4.2.4	<i>Verfahrensabschluss</i>	S. 14
5.	Die Person des Eigenverwalters	S. 15
5.1	Insolvenzkundige Person	
5.2	Organstellung	
5.3	Verwaltererfahrung	
5.4	Handlungsbefugnis	
5.5	Verpflichtung auf Primat der Gläubigerinteressen	
5.6	Grundsätze der Höchstpersönlichkeit	S. 16
5.7	Kommunikation mit den Beteiligten	
5.8	Kommunikation nach Außen	
5.9	Sitzungen des Gläubigerausschusses	
5.10	Verfahrensführung	
5.11	Team des Eigenverwalters	
5.12	M&A-Prozess	S. 17
5.13	Unternehmensbeteiligung	
6.	Die Person des Sachwalters	S. 18
6.1	In Frage kommender Personenkreis	
6.2	Wesentliche Auswahlkriterien	
6.3	Branchenkenntnisse	
6.4	Gerichtslistung	
6.5	Zusammenarbeit mit Eigenverwalter	
6.6	Unabhängigkeit	
6.7	Überwachung	
6.8	Sonstige originäre Aufgaben	S. 19
7.	Die Kosten des Eigenverwaltungsverfahrens	S. 20
7.1	Die Honorierung des Eigenverwalters	
7.1.1	<i>Rechtsgrundlage</i>	
7.1.2	<i>Transparenz</i>	
7.1.3	<i>Mögliche Gestaltungen der Vergütung</i>	
7.1.4	<i>Vergleich der „echten Kosten des Verfahrens in Eigenverwaltung“ mit den Kosten einer Fremdverwaltung</i>	S. 21
7.2	Die Vergütung des (vorläufigen) Sachwalters	

Vorbemerkungen

- 1 Der Gesetzgeber hat mit dem am 1. März 2012 in Kraft getretenen Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) die Eigenverwaltung deutlich gestärkt; er hat die Möglichkeit für den Schuldner, die Insolvenzmasse unter Aufsicht eines Sachwalters selbst zu verwalten, stark ausgeweitet. Während zuvor die Anordnung der Eigenverwaltung nur zulässig war, wenn diese keine Verzögerung des Verfahrens und keine sonstigen Nachteile für die Gläubiger erwarten ließ, hat nun das Insolvenzgericht die Eigenverwaltung auf Antrag schon dann anzuordnen, wenn keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird. Anders als nach altem Recht soll also nach dem Willen des Gesetzgebers im Zweifel die Eigenverwaltung angeordnet werden.
- 2 Grundsätzlich hat der Gesetzgeber dem Management und den Gesellschaftern mit der Eigenverwaltung ein transparentes und planbares Verfahren zur Verfügung gestellt, durch das ohne vollständigen Kontrollverlust eine Insolvenz durchgeführt und eine Sanierung im Insolvenzverfahren erreicht werden kann.
- 3 Seit Inkrafttreten des ESUG hat das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung sein bisheriges Schattendasein verlassen. Zwar beträgt der Anteil der Eigenverwaltungsverfahren an der Gesamtzahl aller Insolvenzen bei Personen- und Kapitalgesellschaften seit 2012 lediglich rund 3,5 Prozent¹, jedoch wurden im Jahr 2017 von den 50 größten Unternehmensinsolvenzen 64 Prozent in Eigenverwaltung geführt.² Die vom Gesetzgeber initiierte Evaluierung des ESUG³ bestätigt die gewachsene Bedeutung der Eigenverwaltung. Die Untersuchung stellt aber in Einzelfragen auch Korrektur- und Ergänzungsbedarf fest.
- 4 Nicht zu verkennen ist, dass die Ergebnisse der Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung große Unterschiede aufweisen. Auch sind Fälle bekannt, in denen von Verfahrensbeteiligten ein Missbrauch des Eigenverwaltungsverfahrens und eine Verletzung von Gläubigerinteressen beklagt wurden. Eine Analyse von erfolgreichen und weniger erfolgreichen Verfahren in Eigenverwaltung lässt Erfolgsfaktoren erkennbar werden. Die Beachtung dieser Faktoren und die Einhaltung von Grundprinzipien erhöhen die Chancen für ein bestmögliches Verfahrensergebnis beträchtlich.
- 5 Forum 270 legt mit diesem Standard Grundsätze dar, die entwickelt wurden unter Berücksichtigung von in Theorie, Praxis und Rechtsprechung vertretenen Auffassungen.⁴ Nach Überzeugung des Forum 270 sind diese Grundsätze bei einem (vorläufigen) Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung von den (insbesondere als Eigenverwalter und als (vorläufiger) Sachwalter tätigen) Verantwortlichen zur Wahrung des Verfahrenszwecks und im Interesse eines bestmöglichen Verfahrensergebnisses zu beachten. Dies gilt sowohl bei Unternehmenssanierungen (im Wege eines Insolvenzplans oder einer übertragenden Sanierung) als auch bei in Eigenverwaltungsverfahren grundsätzlich möglichen Unternehmensabwicklungen.
- 6 Die Satzung des Forum 270⁶ verpflichtet die Mitglieder, sich der Einhaltung dieses Standards im Rahmen einer freiwilligen Selbstbindung zu unterwerfen. ■

¹ Evaluierung ESUG, Gesamtbericht S. 8.

² BCG-Studie „Sechs Jahre ESUG; Durchbruch erreicht“, 04/2018 (vgl. http://image-src.bcg.com/Images/Focus-ESUG-study_tcm108-190947.pdf).

³ Die Ergebnisse der Evaluierung wurden im Oktober 2018 veröffentlicht: www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/101018_Bericht_BReg_Evaluierung_ESUG.html

⁴ Forum 270 wertet die Ergebnisse der Evaluierung und der hierzu aktuell geführten intensiven Diskussion aus und beabsichtigt, den Standard auf dieser Basis regelmäßig fortzuentwickeln.

⁵ Vgl. <https://www.forum270.de/de/satzung-56.html>

2.1 Beteiligte

7 Wesentlichen Anteil am Erfolg oder Misserfolg eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung haben die folgenden Verfahrensbeteiligten:

- Geschäftsführungsorgane des eigenverwaltenden Schuldners (Eigenverwalter/Eigenverwaltung)⁶
- (Vorläufiger) Sachwalter⁷
- (Vorläufiger) Gläubigerausschuss

8 Die Zusammenarbeit dieser Verfahrensbeteiligten ist von eminenter Bedeutung. Dieser Bedeutung ist daher bei der Auswahl der die Funktionen wahrnehmenden Personen – über deren fachliche Qualifikation hinaus – angemessen Rechnung zu tragen. Eine bereits in anderen Fällen erfolgte Zusammenarbeit von (vorläufigem) Sachwalter und Eigenverwalter schließt die erneute Übernahme dieser Funktionen nicht aus, solange die Unabhängigkeit gewahrt und die Erfüllung der Aufsichtsfunktion des (vorläufigen) Sachwalters gewährleistet ist.

9 Die Eigenverwaltung setzt voraus, dass der Schuldner von einem verantwortlichen Eigenverwalter vertreten wird, der über ausgewiesene Erfahrung in der Unternehmensinsolvenzverwaltung und Sanierung von Unternehmen verfügt. Er soll in der Regel – die operative Geschäftsführung ergänzend – Organfunktion beim Schuldner übernehmen. Der Eigenverwalter ist unabhängig und den Grundsätzen des § 1 der Insolvenzordnung (InsO) verpflichtet.

10 Der (vorläufige) Gläubigerausschuss ist (nach der Gläubigerversammlung) das zentrale Aufsichts- und Kontrollorgan der Gläubiger zur Durchsetzung der Gläubigerautonomie. Im Eigenverwaltungsverfahren hat er das Handeln sowohl der Eigenverwaltung als auch des (vorläufigen) Sachwalters zu beaufsichtigen. Dementsprechend ist der (vorläufige) Gläubigerausschuss über die wesentlichen Verfahrensumstände und die im Verfahren zu treffenden Entscheidungen jederzeit informiert zu halten. Entscheidungen des Gläubigerausschusses werden mit ausreichendem

zeitlichen Vorlauf durch umfassende Informationserteilung von der Eigenverwaltung – ggf. ergänzend durch den (vorläufigen) Sachwalter – vorbereitet.

2.2 Zweck des Insolvenzverfahrens

11 Auch im Rahmen der Eigenverwaltung gilt der Vorrang der gleichmäßigen und bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger (§ 1 InsO).⁸

12 Die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger kann oft am besten durch den Erhalt des schuldnerischen Unternehmens erreicht werden. Die engere Einbindung des Managements und der Gesellschafter in der Eigenverwaltung fördert in der Regel den Unternehmenserhalt. Dies ist auch vorteilhaft für die Gläubiger. Die Belange des Managements des schuldnerischen Unternehmens und der Gesellschafter können jedoch auch im Insolvenzverfahren unter Eigenverwaltung nur dann zur Geltung gelangen, wenn sie dem Vorrang der Gläubigerinteressen (§ 1 InsO) nicht zuwiderlaufen.

2.3 Haftung

13 Die Haftung des Eigenverwalters war lange höchstrichterlich nicht geklärt und umstritten.⁹ Der Bundesgerichtshof (BGH)¹⁰ hat die Frage nun dahin entschieden, dass der Geschäftsführer einer GmbH, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung angeordnet wurde, den Beteiligten analog §§ 60, 61 InsO haftet. Auch wenn Einzelfragen hierzu noch nicht geklärt sind, richtet der Eigenverwalter im Sinne größtmöglicher Vorsorge und vor dem Hintergrund des Vorrangs des Gläubigerinteresses seine Tätigkeit im Eigenverwaltungsverfahren immer nach den für den Insolvenzverwalter geltenden Vorschriften der §§ 60, 61 InsO aus.

2.4 Eigenverwaltung/Fremdverwaltung – Regelverfahren?

14 Für das in Eigenverwaltung geführte Insolvenzverfahren gelten „die allgemeinen Vorschriften“ (§ 270 Abs. 1 S. 2 InsO). Soweit im Siebten Teil der InsO „Eigenverwaltung“ (§§ 270 bis 285 InsO) „nichts anderes bestimmt ▶▶

ist“, gelten somit die Bestimmungen, die auch für das Verfahren mit einem Insolvenzverwalter (Fremdverwaltung) gelten. Es handelt sich somit auch bei dem Verfahren in Eigenverwaltung grundsätzlich in gleicher Weise wie bei einem Verfahren in Fremdverwaltung um ein „Regelverfahren“. Erst wenn im Verfahren ein Insolvenzplan, bei dem nach § 217 InsO die Verwertung, die Verteilung, die Haftung des Schuldners und das Verfahren abweichend von den Vorschriften der InsO geregelt werden können, erarbeitet und vorgelegt wird, ist ein Abweichen vom Regelverfahren gegeben.

- 15 Wenn der Schuldner die Eigenverwaltung beantragt, ist nach der gesetzlichen Regelung des § 270 Abs. 2 „im Zweifel“ die Eigenverwaltung anzuordnen. In verstärktem Maß gilt dies bei der Entscheidung über das Eröffnungsverfahren (§ 270a InsO), bei dem die Zulassung nach der gesetzlichen Regelung bei erfolgtem Antrag die Regel ist.

- 16 Es erscheint dementsprechend verfehlt, dem Eigenverwaltungsverfahren das Verfahren mit Insolvenzverwalter als „Regelverfahren“ gegenüberzustellen. Vielmehr kann sowohl das Verfahren in Fremdverwaltung als auch das Verfahren in Eigenverwaltung entweder als Regelverfahren oder als Insolvenzplanverfahren ausgestaltet werden. ■

⁵ Vgl. <https://www.forum270.de/de/satzung-56.html>

⁶ Siehe TZ 52-64.

⁷ Siehe TZ 65-73.

⁸ Vgl. zur Anwendung der allgemeinen Vorschriften der InsO Uhlenbruck/Zipperer § 270 InsO Rdnr. 33ff.; zu den Zielen des Verfahrens (insbesondere zur bestmöglichen Befriedigung) BVerfG NZI 2006, 453, 454; BGHZ 167, 363 Rdnr. 17; Uhlenbruck/Pape § 1 Inso Rdnr. 1ff.; MünchKomm InsO/Ganter/Lohmann § 1 Rdnr. 20 jeweils m.w.N.

⁹ Vertreten wurde insbesondere eine Haftung nach gesellschaftsrechtlichen Normen (etwa nach §§ 43, 64 GmbHG) im Gegensatz zu einer Haftung analog den insolvenzrechtlichen Normen §§ 60, 61 InsO; vgl. iE Uhlenbruck/Zipperer § 270 InsO Rdnr. 17-27; Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 565 ff.; Oberle in Münch-HdbGesR Bd. 3 GmbH, § 65 Rdnr. 120a; OLG Düsseldorf Urt. v. 07.09.2017 – 1-16 U 33/17.

¹⁰ BGH, Urteil vom 26.04.2018, IX ZR 238/17.

Voraussetzungen für sinnvolle Eigenverwaltungsverfahren

17 Nach § 270 Abs. 2 InsO ist die Eigenverwaltung auf Antrag des Schuldners anzuordnen, es sei denn, es sind Umstände bekannt, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird. § 270a Abs. 1 InsO sieht die vorläufige Eigenverwaltung im Eröffnungsverfahren vor, wenn der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos ist. § 270b Abs. 1 InsO bestimmt, dass die Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans bestimmt werden soll, wenn die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Soweit die Eigenverwaltung beantragt wird, ist sie somit der „gesetzliche Regelfall“.¹¹

3.1 Unternehmensgröße und Kosten

18 Die Anordnung einer Eigenverwaltung ist sinnvoll, wenn das Unternehmen strukturell geeignet ist, neben der Fortführung des Geschäfts im (vorläufigen) Insolvenzverfahren trotz der damit verbundenen Belastungen, auch die Verwaltung der eigenen Insolvenzmasse ohne einen Insolvenzverwalter zu übernehmen. Dies ist bei kleineren Unternehmen ohne umfassende betriebswirtschaftliche und rechtliche Beratung praktisch ausgeschlossen. Die mit der Anordnung der Eigenverwaltung einhergehenden zusätzlichen Aufgaben und Anforderungen sind regelmäßig vom bisherigen Management in der Regel gar nicht zu bewältigen, zumindest aber nicht, ohne dass das operative Geschäft und damit die Fortführungs- und Sanierungsmöglichkeiten sowie letztlich die Befriedigungsaussichten der Gläubiger leiden. Die Verlagerung von Aufgaben der Gesellschaft auf den Sachwalter ist selbst mit Zustimmung des (vorläufigen) Gläubigerausschusses nicht möglich.¹² Aus diesen Gründen ist es regelmäßig unumgänglich, dass die Unternehmen Experten hinzuziehen, die die insolvenzspezifischen Aufgaben übernehmen und den Prozess insoweit führen.

19 Die der beantragten Eigenverwaltung zugrundeliegenden Motive sind zu klären; der prognostizierte Verfahrensablauf ist demjenigen ei-

ner Fremdverwaltung gegenüberzustellen. Zu den maßgeblichen Faktoren, aus denen sich Vor- oder Nachteile für die Gläubiger ergeben können, gehören: (i) Auswirkungen der Verfahrensart auf den angestrebten Sanierungsprozess, (ii) Auswirkungen auf die erwartete Verfahrenslaufzeit, (iii) Kosten des Verfahrens in der jeweiligen Verfahrensart, (iv) weiche Faktoren, wie z.B. Kommunikation, Kundenbindung, Entstehung und Ausübung von Kündigungsrechten wesentlicher Stakeholder (z. B. nach VOB/B o.ä.). Das Mehr des einen Kriteriums kann dabei ein Weniger des anderen aufwiegen. Kleinste und Kleinunternehmen können ungeeignet für eine Eigenverwaltung sein, wenn die damit einhergehenden operativen und administrativen Aufgaben nur mit im Vergleich zur Fremdverwaltung deutlich höherem Kostenaufwand zu bewältigen wären.

3.2 Geeignete Anwendungsfälle

20 Die Anordnung einer Eigenverwaltung ist regelmäßig sinnvoll, wenn die Betriebsfortführung und die Sanierung des Unternehmens Ziele des Verfahrens sind. Durch die Anordnung einer Eigenverwaltung behält das schuldnerische Unternehmen die Verfügungsmacht und somit auch weitgehend die Kontrolle über die Betriebsfortführung und die Sanierung. Der bereits mit Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters faktisch einhergehende Entzug des Unternehmensvermögens kann dazu führen, dass das Vertrauen der Geschäftspartner in die Geschäftsleitung des Schuldners und deren Sanierungskonzept zerstört wird.¹³ Die Betriebsfortführung und die Sanierung erfordern auch unter Insolvenzbedingungen branchenspezifische Erfahrung sowie vertiefte Kenntnisse des Unternehmens, des Auftragsbestandes und der Geschäftspartner. Diese sind bei der Geschäftsführung bereits vorhanden, sodass sie unter Aufsicht eines (vorläufigen) Sachwalters vollumfänglich nutzbar gemacht werden können, ohne den Verlust dieser Faktoren durch den Entzug der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zu riskieren. ▶▶

- 21 Die konkrete Situation, das Geschäftsmodell oder die Beziehung zwischen den handelnden Personen kann Ursache dafür sein, dass die Beantragung und Anordnung der Eigenverwaltung geradezu erforderlich sind, um den Unternehmenswert zugunsten der Gläubigersamtheit zu erhalten. Dies kann z. B. durch ein enges Vertrauensverhältnis zwischen Geschäftsleitung sowie oberem Management und den Lieferanten, Kunden oder anderen Geschäftspartnern gegeben sein und daher Kontinuität in der Geschäftsführung erfordern. In Fällen, in denen die Bestellung eines (vorläufigen) Insolvenzverwalters die Abläufe in einem Unternehmen erheblich stören und auch die Kommunikation nach außen und innen belasten würde, ist die Eigenverwaltung probates Mittel, um die Fortführung und Sanierung des Geschäftsbetriebs sicherzustellen und zu fördern. Typisches Beispiel ist eine enge und wichtige Beziehung zu Kunden und Lieferanten im Ausland, die einen branchenfremden Insolvenzverwalter nicht akzeptieren oder nicht einschätzen können. Außerdem kann der Erhalt vertiefter Branchen- und/oder Projektkennntnis für Lieferanten und Kunden wesentlich zielführender sein als die Bestellung eines Insolvenzverwalters.
- 22 Die Betriebsfortführung und die Sanierung sind jedoch nicht zwingende Voraussetzung für die Anordnung einer Eigenverwaltung. Diese kann auch bei einer fortgesetzten Liquidation sinnvoll sein, wenn und soweit die Kontinuität in der Geschäftsführung voraussichtlich zu einem besseren Verfahrensergebnis führt als die Abwicklung durch einen Insolvenzverwalter.
- 23 Die Eigenverwaltung ist beispielsweise auch dann zur Verfahrensabwicklung geeignet, wenn der Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis im Sinne des § 80 InsO mit einem Berufsverbot einhergeht und/oder ein enges Verhältnis des Schuldners zu seinen Kunden, Mandanten oder Patienten besteht, das durch die Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis erheblich gestört würde. In diesen Fällen ist davon auszugehen, dass eine Fortführung und Sanierung des Betriebs durch den Insolvenzverwalter als dritte

Person nicht dauerhaft möglich sein werden. Eine Eigenverwaltung scheidet auch in diesen Fällen jedoch aus, wenn Verfehlungen des Schuldners oder der Geschäftsführung vorliegen oder zu erwarten sind.¹⁴

3.3 Ausschlusskriterien

- 24 Laufende strafrechtliche Ermittlungen gegen den Schuldner oder die Geschäftsführer sind regelmäßig ein Ausschlusskriterium für die Eigenverwaltung. Nachteile für die Gläubiger sind regelmäßig zu erwarten, wenn konkrete Anhaltspunkte für strafrechtlich relevante Vorgänge mit Bezug auf den Schuldner oder die Geschäftsführung vorliegen. Eine erfolgreiche Eigenverwaltung setzt großes Vertrauen der weiteren Beteiligten in die Redlichkeit des Schuldners oder der Geschäftsführung voraus. Liegen Anhaltspunkte für Verfehlungen vor, wird dieses Vertrauen geschwächt sein. Bereits dies lässt Nachteile für die Gläubigersamtheit durch Erschwernisse in der Fortführung, Sanierung und Verfahrensabwicklung erwarten. Die Anordnung der Eigenverwaltung ist daher – trotz Unschuldsvermutung – bereits vor Abschluss der Ermittlungen oder rechtskräftigem Urteil nicht angezeigt. Entsprechendes gilt für Verfahren vor den Ordnungsbehörden, soweit branchenspezifische Pflichten verletzt sein können.

3.4 Subjektive Voraussetzungen auf Schuldnerbene

- 25 Die Geschäftsführung oder der Schuldner müssen sich rechtzeitig mit der Alternative des Insolvenzverfahrens als Mittel der Sanierung und der Entschuldung auseinandergesetzt haben. Ein Insolvenzverfahren ist für Schuldner, Geschäftsführung und sämtliche weiteren Beteiligten regelmäßig eine erhebliche Belastung, führt zu weiteren Verbindlichkeiten in Form von Verfahrenskosten sowie zur Prüfung und ggf. Durchsetzung von Bürgschafts- und Haftungsansprüchen. Die Insolvenz sollte dennoch nie von vorneherein als Option ausgeblendet werden. Ist vor diesem Hintergrund oder aufgrund konkreter Hinweise nicht damit zu rechnen, dass die Geschäftsleitung oder der Schuldner das Primat des § 1 InsO

sowie die Entscheidungshoheit der Gläubigerorgane, den Verfahrensablauf und die Verwertungssystematik der InsO akzeptieren und unterstützen werden, kommt eine Eigenverwaltung aufgrund zu erwartender Nachteile für die Gläubiger nicht in Betracht. Ein in der bisherigen Geschäftsführung begründetes Hindernis für die Eigenverwaltung kann in begründeten Ausnahmefällen allerdings dadurch beseitigt werden, dass die Geschäftsleitung vor Antragstellung ausgewechselt wird.¹⁵

- 26 Die Regelungen der Insolvenzordnung, die Gläubigerhoheit sowie die ergebnisoffene Verwertung des schuldnerischen Vermögens zur Maximierung der Gläubigerbefriedigung sind von Schuldner oder Geschäftsleitung in der Eigenverwaltung zu akzeptieren. Die Gläubiger sind letztlich nur aufgrund mittelbarer Entscheidung Stakeholder des schuldnerischen Unternehmens geworden. Die gleichmäßige und bestmögliche Befriedigung ist auch in der Eigenverwaltung oberstes Ziel der Insolvenzordnung¹⁶ und daher vom Schuldner oder der Geschäftsführung in Eigenverwaltung als Verfahrensziel voranzustellen. Geschäftsleitung oder Schuldner in Eigenverwaltung haben daher die Regelungen der InsO sowie sämtliche Reflexwirkungen eines Insolvenzantrags und der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu akzeptieren und zu unterstützen, um Schaden von der Gläubigergesamtheit abzuwenden und Nachteile zu vermeiden.
- 27 Betriebsfortführung und Sanierung oder auch Liquidation in Eigenverwaltung setzen eine intakte Organisation des Unternehmens, insbesondere des Rechnungswesens voraus. Die Buchhaltung muss auf aktuellem Stand sein. Auch die wesentlichen Organisationseinheiten des Unternehmens (z. B. Einkauf, Produktion und Vertrieb) müssen für die Fortführung und Sanierung funktionsfähig sein, um das mit Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung gesetzte positive Fortführungssignal tatsächlich umsetzen zu können.

3.5 Professionelle Einleitung des Verfahrens

- 28 Die Chancen für ein positives Verfahrensergebnis steigen bei jedem Insolvenzverfahren, wenn die Einleitung des Verfahrens professionell vorbereitet wird. In besonderer Weise gilt dies für ein Verfahren in Eigenverwaltung.
- 29 Die Anforderungen der Insolvenzordnung, das darin vorgesehene Haftungsregime sowie die mit einem Insolvenzverfahren einhergehenden Formalien können durch insolvenzrechtliche Laien – insbesondere wenn sie zudem mit der Fortführung und Sanierung des operativen Geschäfts befasst sind – nicht erfüllt werden. Bereits bei Stellung des Insolvenzantrags sowie der Planung der Betriebsfortführung im (vorläufigen) Insolvenzverfahren ist regelmäßig rechtliche und betriebswirtschaftliche Beratung erforderlich. Ohne eine solche Beratung wird die Chance auf eine erfolgreiche Verfahrensdurchführung erheblich beeinträchtigt. Außerdem steigt die Gefahr, dass der Eigenverwaltungsantrag durch das zuständige Amtsgericht abgelehnt wird. Die Ablehnung eines Antrags auf Eigenverwaltung oder die Aufhebung einer angeordneten Eigenverwaltung führt bei den beteiligten Geschäftspartnern und Gläubigern zu einem erheblichen Vertrauensverlust in die Fortführungs- und Sanierungsfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens.¹⁷ Dies erschwert auch die Aufgaben des sodann zu bestellenden (vorläufigen) Insolvenzverwalters im Rahmen der Fortführung, Sanierung und Verwertung. Das Fehlen von Beratung und Vorbereitung mindert also nicht nur die Erfolgchancen einer Eigenverwaltung, sondern verschlechtert auch die Aussichten einer auf die gescheiterte Eigenverwaltung folgenden Fremdverwaltung.
- 30 Beratung und Vorbereitung der Eigenverwaltung sind danach auszurichten, dass die Akzeptanz der Verfahrensart und der handelnden Personen bei möglichst sämtlichen Beteiligten erreicht wird. Dies beginnt bei den Gesellschaftern, die die Bestellung des ►►

Eigenverwalters mittragen und umsetzen müssen, sowie den sonstigen wesentlichen Stakeholdern.¹⁸ Dazu zählen insbesondere Großgläubiger, wesentliche Lieferanten und Kunden sowie Arbeitnehmer. Ohne Unterstützung bzw. gegen den erklärten Willen dieser Stakeholder wird eine Eigenverwaltung nicht erfolgreich sein. Sie ließe vielmehr Nachteile für die Gläubigergemeinschaft erwarten, sodass in Fällen mangelnder Akzeptanz nur die Fremdverwaltung die geeignete Verfahrensart ist. ■

¹¹ Vgl. BT-Drucksache 17/5712, S. 39.

¹² Vgl. BGH, Beschluss vom 22.09.2016, IX ZB 71/14, Rz. 73ff., insbesondere Rz. 79.

¹³ BT-Drucksache 17/5712, Seite 39.

¹⁴ Vgl. AG Essen, NZI 2015, 931.

¹⁵ Dies kann im Ausnahmefall auch ein Ausschlusskriterium iSd TZ 24 entkräften.

¹⁶ Vgl. oben Ziff. TZ 11f.

¹⁷ Vgl. LG Halle, NZI 2014, 1050, 1052.

¹⁸ Vgl. AG Mannheim, NZI 2014, 412.

Idealtypischer Ablauf eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung

4.1 Verfahrenseinleitung

4.1.1 Vorbereitungsarbeiten; Kontaktaufnahme mit dem Insolvenzgericht

31 Das Insolvenzgericht wird bereits vor dem Insolvenzantrag angesprochen und einbezogen. Hierbei ist die Sichtweise des Insolvenzgerichts auf die angestrebte Eigenverwaltung sowie auf bestehende rechtliche Fragen (Begründung von Masseverbindlichkeiten, Umgang mit Sozialversicherungsbeiträgen und Forderungen aus dem Steuerverhältnis, Kontoführung, Berichtswesen etc.) sowie auf die Person des (vorläufigen) Sachwalters (vgl. dazu 4.1.2) zu eruieren. Auch die Besetzung und Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses wird besprochen. Erforderlich erscheinende Sicherungsmaßnahmen sowie die Frage der Veröffentlichungen nach § 23 InsO sollen ebenfalls thematisiert werden. In öffentlichkeitswirksamen Verfahren ist zudem die Kommunikationsstrategie abzustimmen.

32 Soll ein Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO beantragt werden, ist die nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO vorzulegende Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation rechtzeitig einzuholen, sodass die notwendige Prüfung mit der gebotenen Sorgfalt erfolgen kann. Die Bescheinigung hat zum Zeitpunkt des Insolvenzantrages die aktuelle wirtschaftliche Situation des schuldnerischen Unternehmens abzubilden und soll dem Standard IDW S 9 entsprechen. Die Anforderungen an die Person des Bescheinigers werden vorab mit dem Insolvenzgericht abgestimmt.

33 Im Vorfeld des Insolvenzantrages sind zudem die Gläubiger einzubeziehen. Bei der Bildung eines vorläufigen Gläubigerausschusses sind sämtliche gemäß § 67 Abs. 2 InsO relevanten Gläubigergruppen anzusprechen, um die gesetzlich erforderliche Gläubigerrepräsentation im Gläubigerausschuss zu ermöglichen. Mit

den potentiellen Mitgliedern des vorläufigen Gläubigerausschusses ist abzustimmen, ob der Antrag und die Anordnung einer Eigenverwaltung, die handelnden Personen in Geschäftsleitung und Eigenverwaltung sowie die Person des (vorläufigen) Sachwalters Zustimmung finden. Ziel ist ein möglichst einstimmiger Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses, der den Eigenverwaltungsantrag unterstützt, auch im Falle eines Antrages nach § 270b InsO. Bereits bei Ansprache der Gläubiger ist darauf zu achten, dass die Betriebsfortführung, die Sanierung sowie die Gläubigergleichbehandlung nicht gefährdet werden. Insoweit ist keinem Gläubiger durch frühere Ansprache ein Sondervorteil zu verschaffen. Die Ansprache sollte mithin regelmäßig erst kurz vor dem Insolvenzantrag, jedoch mit ausreichender Zeit zur Prüfung aufgeworfener Fragen (einschließlich der Anforderungen, die an die Person des Sachwalters zu stellen sind, §§ 274 Abs. 1, 56a InsO) für die potentiellen Gläubigerausschussmitglieder erfolgen.

34 Der Insolvenzantrag hat auch Ausführungen dazu zu enthalten, warum die Eigenverwaltung beantragt wird und diese nicht zu Nachteilen für die Gläubiger führt.

4.1.2 Auswahl des Sachwalters; Kontakt zum Sachwalter

35 Es ist anzustreben, dass das Verfahren durch einen (vorläufigen) Sachwalter begleitet wird, der das Vertrauen des Gerichts hat, das Gericht kennt und so etwaige Hindernisse oder Besonderheiten im Vorfeld adressieren kann; dies kann ein gerichtsbekannter, aber auch ein bisher an diesem Gericht noch nicht tätiger Sachwalter sein. Die Interessen der Gläubiger sollen aber bei der Auswahl des (vorläufigen) Sachwalters maßgeblich sein.

4.1.3 Liquiditäts- und Ergebnisplanung für das Verfahren

36 Vor Antragstellung wird eine Liquiditätsplanung für das Antragsverfahren und das ►►

eröffnete Verfahren (i.d.R. für einen 6-Monats-Zeitraum) unter Insolvenzgesichtspunkten und eine verfahrensbezogene Ergebnisplanung aufgestellt; ggf. notwendige Massekredite oder andere notwendige (Liquiditäts-)Beiträge werden vorbereitet. Die Liquiditäts- und Ergebnisplanung enthält auch Angaben zu den voraussichtlichen Kosten des Verfahrens.

4.1.4 Weitere Vorbereitungsmaßnahmen

37 Unmittelbar vor Antragstellung werden die ersten Maßnahmen vorbereitet (Insolvenzgeld, Anschreiben Gläubiger/Schuldner, Inventur, Buchhaltungsschnitt, Mitarbeiterinformation, externe Kommunikation etc.); Ziel ist es, alle unmittelbar nach Anordnung eines vorläufigen Eigenverwaltungsverfahrens zu treffenden Maßnahmen so vorzubereiten, dass ein möglichst reibungsloser Start ins Verfahren ermöglicht wird.

4.1.5 Bestellung des Eigenverwalters und Geschäftsverteilung im Geschäftsleitungsorgan

38 Mit Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung wird eine in Insolvenzverfahren erfahrene natürliche Person mit Alleinvertretungsbefugnis in das Geschäftsführungsorgan berufen oder erhält in Ausnahmefällen zumindest eine Generalvollmacht¹⁹ des Schuldners; in diesem Fall ist anzustreben, die Generalvollmacht zu überführen. Die Geschäftsverteilung zwischen operativer Geschäftsleitung und Eigenverwalter wird unverzüglich in einer Geschäftsordnung dokumentiert und für den Verlauf des (vorläufigen) Verfahrens befolgt. Die Geschäftsordnung ist dem (vorläufigen) Sachwalter sowie dem (vorläufigen) Gläubigerausschuss bekannt zu machen.

4.2 Verfahrensabwicklung

4.2.1 Zusammenarbeit der Eigenverwaltung mit dem Sachwalter

39 Unverzüglich nach Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung sind die Kommunikationswege und Kontrollmechanismen mit dem (vorläu-

figen) Sachwalter abzustimmen. Verbindliche Regelungen zu diesen Themen sind idealerweise als Ergänzung der für die Eigenverwaltung zu beschließenden Geschäftsordnung festzuhalten. Diese Geschäftsordnung wird mit dem (vorläufigen) Gläubigerausschuss abgestimmt und ist – vorbehaltlich späterer Änderungen – für den weiteren Verfahrensgang maßgeblich.

40 Der (vorläufige) Sachwalter erhält die Möglichkeit, ohne technische oder tatsächliche Hindernisse Einblick in die schuldnerische Buchhaltung, das Bestellwesen, die Kalkulationen, den Vertrieb und weitere fortführungs- und vermögensrelevante Betriebsteile nehmen zu können. Dies kann auch durch regelmäßige Reportings gewährleistet werden. Überdies soll eine regelmäßige Abstimmung (jour fixe) mit persönlichen oder telefonischen Besprechungen mindestens einmal wöchentlich erfolgen.

41 In der Geschäftsordnung werden insbesondere die (regelmäßig vom Eigenverwalter zu übernehmende) Kassenführung nach § 275 Abs. 2 InsO sowie die Mitwirkung des (vorläufigen) Sachwalters nach § 275 Abs. 1 InsO bei zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäften geregelt. Im Rahmen der Geschäftsordnung erfolgt die Abgrenzung zwischen Rechtsgeschäften und Verbindlichkeiten im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs und außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs im Sinne des § 275 Abs. 1 InsO. Auch können hier Regelungen zum Bestell- und Zahlungenwesen sowie zur Insolvenzgeldvorfinanzierung getroffen werden.

42 Die Eigenverwaltung nimmt gegenüber dem Insolvenzgericht rechtzeitig vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu dem Gutachten des regelmäßig zugleich zum Gutachter bestellten vorläufigen Sachwalters Stellung. Der Stellungnahme sollen Erklärungen aller Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses beigefügt werden, ob diese (i) die Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung unterstützen, (ii) auch in einem Interimsausschuss als Mitglieder des Gläubigerausschusses zur Verfügung stehen und (iii) sich zur Person des zu bestellenden Sachwalters äußern.

43 Der schriftliche Bericht nach § 156 InsO sowie die Verzeichnisse nach §§ 151 bis 153 InsO sind durch den Eigenverwalter zu erstellen, ebenso die turnusmäßigen Sachstandsberichte, die Schlussrechnung und der Schlussbericht. Der Sachwalter nimmt hierzu (nur) schriftlich Stellung.

4.2.2 Gläubigerausschuss

44 Der (vorläufige) Gläubigerausschuss wird unmittelbar nach seiner Konstituierung, spätestens jedoch 14 Tage nach Anordnung des (vorläufigen) Eigenverwaltungsverfahrens über den geplanten Verfahrensablauf sowie die zwischen der Eigenverwaltung und dem (vorläufigen) Sachwalter abgestimmte Geschäftsordnung informiert.

45 In einer frühzeitigen Gläubigerausschusssitzung sollen wesentliche Weichen für das Insolvenzverfahren gestellt werden. Hierunter fallen insbesondere

- die Verfahrensstrategie,
- die (eventuelle) Vorbereitung eines Insolvenzplans,
- die Durchführung eines M&A-Prozesses (ggf. im Dual Track, vgl. TZ. 48-50)

46 In der ersten Gläubigerausschusssitzung werden zudem folgende Themen besprochen und möglichst bereits zur Abstimmung gestellt:

- Einschaltung externer Berater
- Liquiditätsplanung
- Aufnahme (unechter) Massekredite
- Sachaufnahme und deren Bewertung
- Abschluss von Vermögensschadenhaftpflichtversicherungen
- Kassenprüfung

47 Im Zuge der ersten Gläubigerausschusssitzung sollte bereits auch Transparenz über die Kosten der Eigenverwaltung und des Insolvenzverfahrens hergestellt werden. Die zu erwartenden Kosten sind hierbei denen eines Verfahrens in Fremdverwaltung gegenüberzustellen und umfassend zu erläutern, soweit es der Verfahrensstand bereits zulässt. Die Kosten des Verfahrens in Eigenverwaltung müs-

sen nicht abschließend beziffert werden, es soll jedoch die Methode für ihre Berechnung umfassend dargestellt werden, um eine Vergleichbarkeit mit den Kosten eines Verfahrens in Fremdverwaltung zu erreichen. Der Abschluss entsprechender Vergütungsvereinbarungen²⁰ ist vom (vorläufigen) Sachwalter und auch vom (vorläufigen) Gläubigerausschuss zu genehmigen.

4.2.3 Insolvenzplan – Übertragende Sanierung – Dual-Track

48 Die Leitungsorgane des Insolvenzschuldners behalten im Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis. Dies gibt ihnen die Möglichkeit, das Insolvenzverfahren in Richtung und Ablauf entscheidend zu bestimmen. Insbesondere in den Fällen, in denen Mitglieder der Leitungsorgane gleichzeitig Gesellschafter sind und anstreben, durch einen Insolvenzplan die Gesellschaft und damit die Werthaltigkeit der Gesellschaftsanteile zu erhalten, besteht die Möglichkeit eines Widerstreits zwischen dem Interesse als Gesellschafter und der Verpflichtung zur bestmöglichen Verwertung im Gläubigerinteresse (§ 1 InsO). Der im Rahmen des Insolvenzplans zu erstellenden Vergleichsrechnung²¹ kommt dann besonderes Gewicht und Bedeutung zu.

49 Die Vergleichsrechnung darf sich nicht darauf beschränken, der Insolvenzquote, die sich für die Gläubiger aus dem Insolvenzplan ergibt, die Quote gegenüberzustellen, die bei Ansatz von Liquidationswerten zu erwarten ist. In der Vergleichsrechnung muss vielmehr das Insolvenzplanergebnis mit dem Ergebnis verglichen werden²², das den Gläubigern realistischere dann zukommt, wenn statt eines Insolvenzplans eine Verfahrensabwicklung in Form eines Regelverfahrens erfolgt. Im Regelverfahren wiederum bietet sich die beste Chance für eine Erhaltung des Unternehmens durch einen M&A-Prozess und eine dadurch ermöglichte übertragende Sanierung.

50 Eine belastbare Grundlage für die Vergleichsrechnung kann somit in der Regel nur erlangt werden²³, wenn parallel zur Entwicklung des ▶▶

Insolvenzplans ein objektiver und ergebnisoffener M&A-Prozess durchgeführt wird (Dual-Track).²⁴ Von einem Dual-Track soll in der in TZ 48 dargestellten Fallkonstellation nur abgesehen werden, wenn Tatsachen gegeben sind, die mit hoher Wahrscheinlichkeit kein besseres oder gar ein schlechteres Ergebnis bei Durchführung eines Dual-Track erwarten lassen. In diesem Ausnahmefall sollte in Betracht gezogen werden, die Vergleichsrechnung durch eine Unternehmensbewertung oder durch die Erstellung einer Fairness Opinion nach IDW S8 zu validieren. In jedem Fall ist das Absehen von einem Dual-Track mit dem (vorläufigen) Sachwalter und dem (vorläufigen) Gläubigerausschuss abzustimmen.

4.2.4 Verfahrensabschluss

- 51 Das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung endet regelmäßig erst mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens, unabhängig davon, ob vorher bereits eine übertragende Sanierung oder eine Einstellung des Geschäftsbetriebes erfolgt ist. Zur Vermeidung von Kosten soll die Eigenverwaltung in der Regel auch die vollständige Verwertung des nach Betriebseinstellung oder übertragender Sanierung verbliebenen Restvermögens, sowie den Schlussbericht, die Schlussrechnung und die Verteilung der Quoten an die Gläubiger, also den Verfahrensabschluss insgesamt umfassen. ■

¹⁹ Die nur ausnahmsweise akzeptable Generalvollmacht ist dann aber ausdrücklich mindestens mit Befugnissen wie Kassenführung, Übernahme eines insolvenzrechtlich geordneten Bestellwesens, Alleinzuständigkeit für die insolvenzrechtlichen Aufgaben des Eigenverwalters auszustatten.

²⁰ Vgl. dazu unten 7.1.3.

²¹ Dies folgt unter anderem aus § 245 InsO; in der Vergleichsrechnung ist darzulegen, dass die Gläubiger durch den Insolvenzplan nicht schlechter gestellt werden als sie ohne Insolvenzplan ständen.

²² Idealerweise in Form einer vorweggenommenen (fiktiven) Schlussrechnung.

²³ Zur Thematik ausführlich Hölzle, in: Kübler, HRI (3. Aufl. 2018), § 30.

²⁴ Die dadurch entstehende Konkurrenz zwischen Insolvenzplan und Bieterprozess trägt oftmals zur Verbesserung des gesamten Verfahrensergebnisses erheblich bei.

5. Die Person des Eigenverwalters

5.1 Insolvenzkundige Person

52 Ein erfolgreiches Eigenverwaltungsverfahren setzt voraus, dass auf Seiten des antragstellenden Unternehmens der Eigenverwalter als insolvenzkundige Person für den Sanierungsprozess verantwortlich ist. Diese Person nimmt in aller Regel eine Organstellung beim schuldnerischen Unternehmen ein und ergänzt mit seiner Expertise die bestehenden Vertretungsorgane. Sie ist der wesentliche Treiber der Sanierung im Eigenverwaltungsverfahren. Um diese Funktion sachgerecht ausfüllen zu können, muss der Eigenverwalter insolvenzrechtliche Expertise und Sanierungserfahrung vereinen. Er hat die strategische Hoheit²⁵ über das Unternehmen und die Sanierung. Klarstellend ist festzuhalten, dass eine juristische Person nicht als Eigenverwalter agieren kann.

5.2 Organstellung

53 Durch die Organstellung des Eigenverwalters ist sichergestellt, dass die erforderliche Expertise beim Schuldnerunternehmen verfügbar ist. Dieser Grundsatz findet seine Entsprechung im Grundsatz der Höchstpersönlichkeit des Insolvenzverwalters. Nur in begründeten Ausnahmefällen wird der Eigenverwalter als Generalbevollmächtigter tätig²⁶. Eine rein beratende Tätigkeit der Geschäftsführung ist regelmäßig ausgeschlossen.

5.3 Verwaltererfahrung

54 Regelmäßig hat der Eigenverwalter in Person Erfahrungen in der Bearbeitung von Insolvenzverfahren. Dabei wurde oder wird er selbst als Unternehmensinsolvenzverwalter bestellt, oder er ist langjährig in der Unternehmensinsolvenzverwaltung tätig (gewesen). Zusätzlich zur Insolvenzverwaltungserfahrung hat er auch Beratungserfahrung und berät in Insolvenzsachen kaufmännisch und/oder rechtlich. Beide Erfahrungen (Verwalter und Berater) prägen sein Rollenverständnis und seine Herangehensweise. Ausnahmen von dem Grundsatz sind dann möglich, wenn der Eigenverwalter über eine ausreichende

vergleichbare Qualifikation und Erfahrung verfügt (z. B. eigene Erfahrung in der Insolvenzverfahrensbearbeitung). Der Eigenverwalter muss die insolvenzspezifischen Aufgaben nachweisbar persönlich bzw. durch sein qualifiziertes Team bewältigen können und die entsprechende einschlägige Erfahrung belegen. Zu den insolvenzspezifischen Qualifikationen des Eigenverwalters zählen die auch für Insolvenzverwalter maßgeblichen Anforderungen und das entsprechende operative Insolvenz-Know-how. Einschlägige Expertise und Qualifikation sollte nachgewiesen sein (bspw. insbesondere durch Zertifizierung). Dies gilt sowohl für die insolvenzliche Expertise als auch für die Restrukturierungs- und Sanierungsexpertise. Im Insolvenzantrag wird die Insolvenz-Expertise des Eigenverwalters aufgenommen.

5.4 Handlungsbefugnis

55 Der Eigenverwalter muss zum Abschluss sämtlicher (notarieller) Verträge und Ausspruch von Kündigungen ermächtigt sein sowie ferner Zugriff auf die liquiden Mittel des Unternehmens und auf das Bestellwesen haben. Er muss die Regelungen der InsO und das darin vorgesehene Haftungsregime durchsetzen. Hierzu benötigt er in seiner Person die notwendigen Erfahrungen im Umgang mit der Insolvenzordnung. Das schuldnerische Unternehmen muss insolvenzrechtlich allein durch den Eigenverwalter handlungsfähig sein. Der Eigenverwalter stimmt seine Handlungen jedoch stets mit den weiteren Geschäftsführern bzw. Vorstandsmitgliedern und bei Bedarf mit dem (vorläufigen) Sachwalter ab.

5.5 Verpflichtung auf Primat der Gläubigerinteressen

56 Der Eigenverwalter ist bei seinen Tätigkeiten dem Primat der Gläubigerinteressen verpflichtet, § 1 InsO. Seinem Verständnis nach vertritt der Eigenverwalter die Schuldnerin, richtet sein Handeln aber an den Interessen der Gläubiger aus (§ 1 InsO). Er verhilft auch den Interessen der Geschäftsführer und der Gesellschafter zur Geltung, soweit dies nicht im ►►

Konflikt mit den Interessen der Gläubiger an einer bestmöglichen Befriedigung steht (§ 1 InsO). Zur Klarstellung ist im Mandatsvertrag auf diese Besonderheit der Aufgabenausrichtung hinzuweisen.

5.6 Grundsätze der Höchstpersönlichkeit

57 Der Eigenverwalter beachtet die „Grundsätze der ordnungsgemäßen Insolvenzverwaltung“.²⁷ Entsprechend dem Grundsatz der Höchstpersönlichkeit hat er folgende Tätigkeiten auszuführen:

- grundlegende sanierungsrelevante Entscheidungen
- Terminwahrnehmung beim Insolvenzgericht
- Teilnahme an Gläubigerausschusssitzungen
- Informationserteilung in der ersten Betriebsversammlung
- grundlegende Verhandlungen mit Übernahmehinteressenten
- interne und externe Verfahrensleitung

5.7 Kommunikation mit den Beteiligten

58 Der Eigenverwalter kommuniziert transparent und offen mit allen Beteiligten. Das gilt insbesondere gegenüber dem (vorläufigen) Gläubigerausschuss, dem (vorläufigen) Sachwalter, dem Gericht, den wesentlichen Gläubigern, wie z. B. (nicht abschließend) den Finanzierern (Banken, Kreditversicherer, Avalgeber, Anleihegläubiger etc.), dem Pensionssicherungsverein, der Arbeitsagentur, dem Finanzamt sowie den Arbeitnehmern, dem Betriebsrat und der Gewerkschaft. Zu einer transparenten Kommunikation gehört, dass unter Verantwortung des Eigenverwalters eine Unternehmensplanung für den Antragszeitraum und das eröffnete Verfahren erstellt wird, die die Liquiditäts- und verfahrensbezogene Ergebnisentwicklung des Unternehmens abbildet und die dem Sachwalter und den Mitgliedern des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Verfügung gestellt wird. Auf Basis dieser Planung erstellt der Eigenverwalter ein wöchentliches Reporting, in dem ein Soll/Ist-Abgleich erstellt wird. In dem Reporting wird über das laufende Bestellobligo, die Entwicklungen von Sicherungsbeständen, etwaige Inanspruchnahmen von (unechten) Massekre-

diten (vereinnahmte Forderungen, die einer Zession unterliegen, Warenbestandsverbräuche, die sicherungsübereignet sind, etc.) berichtet. Dieses Reporting wird dem (vorläufigen) Sachwalter zur Verfügung gestellt. Die Information der übrigen Stakeholder ((vorläufiger) Gläubigerausschuss, wesentliche Gläubiger (z. B. Sicherungsgläubiger), ggf. auch Gesellschafter etc.) erfolgt bedarfsgerecht.

5.8 Kommunikation nach Außen

59 Die wesentliche Kommunikation nach außen stimmt der Eigenverwalter mit dem (vorläufigen) Sachwalter ab. Sofern dies im Einzelfall aufgrund der Bedeutung des Unternehmens erforderlich ist (regional bedeutsamer Arbeitgeber, wesentlicher Marktteilnehmer in seiner Branche, interessierte Öffentlichkeit wegen hoher Bekanntheit der Produkte etc.), zieht der Eigenverwalter einen Experten für die Öffentlichkeits- und Pressearbeit hinzu.

5.9 Sitzungen des Gläubigerausschusses

60 In Abstimmung mit dem (vorläufigen) Sachwalter stimmt der Eigenverwalter die Einladung des (vorläufigen) Gläubigerausschusses zu Ausschusssitzungen ab. Soweit gewünscht übernimmt der Eigenverwalter die Organisation der Sitzungen. Der Turnus der Sitzungen soll sich am Informations- und Entscheidungsbedarf im Verfahren richten. Der Eigenverwalter informiert den Gläubigerausschuss proaktiv bei außergewöhnlichen Ereignissen im Verfahren.

5.10 Verfahrensführung

61 Der Eigenverwalter steuert sämtliche verfahrensrelevanten Handlungsstränge und hat jederzeit den vollen Überblick über den Stand des Verfahrens und zwar vom Beginn bis zum Ende des Verfahrens. Er führt das Verfahren nachhaltig mit Blick auf die gesamte Abwicklung und den Verfahrenserfolg bis zum Abschluss des Insolvenzverfahrens.

5.11 Team des Eigenverwalters

62 Der Eigenverwalter verfügt über ein ausreichend großes und ausgebildetes Team (intern

oder extern), um die Erfüllung der insolvenzrechtlichen Vorgaben (bspw. in der Buchhaltung, bei der Behandlung von Arbeitnehmerthemen, die Erfüllung von Anforderungen zur Vermögenssicherung etc.), die Fortführung des Unternehmens, dessen Sanierung und/oder dessen Verkauf, ggf. die Erstellung und Umsetzung eines Insolvenzplans in der Insolvenz sowie den Abschluss des Verfahrens sicherzustellen.

5.12 M&A-Prozess

- 63 Der Eigenverwalter übernimmt regelmäßig nicht den M&A-Prozess als M&A-Berater gegen gesonderte Vergütung. Hier ist eine Ausnahme allenfalls in Kleinverfahren denkbar. Die Größenkriterien des § 22a InsO dienen dabei als absolute Obergrenze.

5.13 Unternehmensbeteiligung

- 64 Der Eigenverwalter beteiligt sich nicht am Unternehmen oder einem Unternehmensnachfolger (kein „Consulting for Equity“). ■

²⁵ Bierbach in Kübler § 11, Ziff 82.

²⁶ Vgl. hierzu oben TZ 38

²⁷ GOI VID 1/2016, S. 2 (siehe auch <https://www.vid.de/der-verband/qualitaetsstandards/goi/>).

Die Person des Sachwalters

6.1 In Frage kommender Personenkreis

65 Die Person des (vorläufigen) Sachwalters ist eine vom Gericht bestellte, für den Einzelfall geeignete, geschäftskundige sowie neutrale Person (§ 274 I InsO i. V. m. § 56 InsO).²⁸ Regelmäßig wird sich der in Frage kommende Personenkreis aus den vor Ort gelisteten Insolvenzverwaltern rekrutieren, die bereits Erfahrungen als Sachwalter/Insolvenzverwalter vorweisen können. Die Listung beim zuständigen Gericht kann auch deswegen von Vorteil sein, weil der (vorläufige) Sachwalter häufig als eine Art Bindeglied zwischen Eigenverwaltung und Gericht fungiert.

6.2 Wesentliche Auswahlkriterien

66 Wesentliche Kriterien für die Geeignetheit einer Person als (vorläufiger) Sachwalter sind seine Unabhängigkeit und das Vorhandensein von entsprechenden Strukturen und personellen Kapazitäten, um die Aufgabe des Sachwalters erfüllen zu können.

6.3 Branchenkenntnisse

67 Ebenfalls von Vorteil sind Branchenkenntnisse in dem jeweiligen Tätigkeitsfeld des Schuldners sowie, abhängig von der Ausrichtung des schuldnerischen Unternehmens, ggf. ein internationales Netzwerk.

6.4 Gerichtslistung

68 Die Akzeptanz der Person des Sachwalters kann positiv beeinflusst werden, wenn er beim zuständigen Insolvenzgericht gelistet ist. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der vorstehend genannten Kriterien kann es dennoch sinnvoll sein, einen nicht beim Gericht gelisteten (vorläufigen) Sachwalter dem Gericht zur Bestellung vorzuschlagen, wenn dieser aufgrund der Verfahrensgröße oder seiner Branchenkompetenz geeignet erscheint. Für die Bestellung einer geeigneten Person zum (vorläufigen) Sachwalter darf es daher kein Ausschlusskriterium sein, dass diese bei dem zuständigen Insolvenzgericht nicht gelistet ist.

69 Jedenfalls ist ein Vorschlag an der zu erwartenden Akzeptanz und dem mutmaßlichen Willen der Gläubiger auszurichten.

6.5 Zusammenarbeit mit Eigenverwalter

70 Die Aufgabe des (vorläufigen) Sachwalters besteht in erster Linie darin, den Schuldner im Eigenverwaltungsverfahren zu überwachen²⁹ sowie die Interessen der Gläubiger zu wahren. Dabei ist eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Eigenverwaltung und (vorläufigem) Sachwalter sowie den sonstigen Beteiligten eine wichtige Voraussetzung für den Verfahrenserfolg. Ein abgestimmtes Auftreten von (vorläufigem) Sachwalter und Eigenverwalter im Außenverhältnis gegenüber Dritten ist dabei von Vorteil, was auf beiden Seiten ein hohes Maß an Team- und Kommunikationsfähigkeit sowie Bereitschaft zur Zusammenarbeit voraussetzt.

6.6 Unabhängigkeit

71 Zur Gewährleistung seiner Objektivität und Neutralität nimmt der Sachwalter eine unabhängige Stellung gegenüber dem Management und den sonstigen Beteiligten ein. Der „mitgebrachte Sachwalter“ (§ 270b Abs. 2 InsO) läuft sonst Gefahr, von den Gläubigern und bei Gericht in Frage gestellt zu werden.

6.7 Überwachung

72 Um insbesondere seiner Kontrollfunktion gerecht zu werden, agiert der (vorläufige) Sachwalter auf Augenhöhe mit der Eigenverwaltung und muss über sämtliche Umstände eingehend informiert werden, die für das Verfahren und insbesondere für die Unternehmensfortführung und die Unternehmenssanierung von Bedeutung sind. Es ist jedoch nicht Aufgabe des Sachwalters, den Sanierungsprozess des Schuldners aktiv zu bestimmen oder in eine bestimmte Richtung zu lenken. Dies ist originäre Aufgabe der Eigenverwaltung. Der (vorläufige) Sachwalter hat vielmehr beratend tätig zu werden; er lässt sich frühzeitig in die Erarbeitung der

Konzepte einbinden und gibt rechtzeitig zu erkennen, welche Maßnahmen seines Erachtens sinnvoll erscheinen.³⁰

6.8 Sonstige originäre Aufgaben

- 73 Stellt der (vorläufige) Sachwalter Tatsachen fest, die auf eine Schädigung der Gläubiger hindeuten oder darauf, dass die Voraussetzungen der Masseunzulänglichkeit vorliegen, so zeigt er dies unverzüglich dem (vorläufigen) Gläubigerausschuss und dem Insolvenzgericht an (§ 274 Abs. 3 InsO). Zudem obliegt ihm die Prüfung der im Verfahren angemeldeten Forderungen sowie die Prüfung von Anfechtungs- und Haftungsansprüche sowie ggf. deren Geltendmachung.³¹ Falls die Wahrung der Gläubigerinteressen dies erfordert, übt er das Recht aus, die Kassenführung zu übernehmen, so dass Zahlungen ausschließlich von ihm entgegengenommen und geleistet werden können (§ 275 Abs. 2 InsO).³² ■

²⁸ HK-InsO/Fiebig, § 274 Rn. 4.

²⁹ BGH, Beschluss v. 22.09.2016 – IX ZB 71/14, Rn. 54, Korch, ZIP 3/2018, 109 (110).

³⁰ BGH, Beschluss v. 21.07.2016 – IX ZB 70/14, Rn. 73.

³¹ Crone/Werner/Abel, Modernes Sanierungsmanagement, Kap. 13 S. 442.

³² HK-InsO/Fiebig, § 274 Rn. 3.

Die Kosten des Eigenverwaltungsverfahrens

7.1 Die Honorierung des Eigenverwalters

7.1.1 Rechtsgrundlage

74 Die Honorierung des Eigenverwalters ist weder in der InsO noch in der Insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung (InsVV) gesetzlich geregelt. Im Verfahren der Eigenverwaltung sind für die Vergütung des Eigenverwalters die allgemeinen Bestimmungen über die Insolvenzverwaltervergütung nicht anzuwenden.³³ Der Vergütungsanspruch des Eigenverwalters muss daher im Rahmen einer mit der eigenverwalteten Schuldnerin abzuschließenden Mandats- und Vergütungsvereinbarung geregelt werden.³⁴ Soweit es sich beim Eigenverwalter um eine standesrechtlich gebundene Person handelt (bspw. einen Rechtsanwalt), muss die Mandats- und Vergütungsvereinbarung mit dem Standesrecht vereinbar sein (RVG etc.).

7.1.2 Transparenz

75 Über die im Verfahren erwarteten Kosten des Eigenverwalters und ggf. weiterer externer Berater soll frühzeitig Transparenz gegenüber dem Sachwalter und dem Gläubigerausschuss hergestellt werden. Dazu sind die Inhalte der abgeschlossenen Vergütungsvereinbarung offenzulegen sowie eine Kostenprognose und ein Vergleich zu den Kosten eines Insolvenzverfahrens in Fremdverwaltung zu erstellen.

76 Die Kosten, die in gleicher Weise im fremdverwalteten Insolvenzverfahren wie auch in der Eigenverwaltung (Sowieso-Kosten) anfallen, sind bei der vorgenannten Berechnung zu neutralisieren. Sowieso-Kosten sind bspw. Vergütungen für die Erstellung wesentlicher Verträge (z. B. Kaufverträge hinsichtlich eines asset deals oder Insolvenzplan), juristische Beratung und Vertretung der Eigenverwaltung bei Sondermaterien, die Kosten des M&A-Beraters, die Kosten der Erstellung von Jahresabschlüssen, der Steuerberatung oder auch für Sachaufnahme und Wertschätzungen.

77 Die Kostenprognosen und -vergleiche sollen regelmäßig aktualisiert werden; daraus kann auch abgeleitet werden, welche Effekte ein Wechsel der Verfahrensart zum jeweiligen Zeitpunkt auf die Gesamtkostenbelastung der Insolvenzmasse haben würde.

7.1.3 Mögliche Gestaltungen der Vergütung

78 Die Vergütung des Eigenverwalters soll in Anlehnung an die Regeln der InsVV vereinbart werden. Alternativ kann die Honorierung in Form eines Pauschalhonorars für die Übernahme der Tätigkeiten in der Eigenverwaltung oder beispielsweise auf Grundlage geleisteter Stunden ermittelt werden. Die Honorierung ist in einer Vergütungsvereinbarung mit der Schuldnerin festzuhalten und soll in der ersten Gläubigerausschusssitzung behandelt werden (TZ. 47).

79 Die Vereinbarung der Vergütung unter Orientierung an der InsVV oder eine pauschale Vergütung haben den Vorteil, dass die erwartete Kostenbelastung für die Insolvenzmasse in der Regel sicherer prognostiziert werden kann. Pauschalhonorare haben weiter den Vorteil, dass sie für alle Stakeholder des Verfahrens von Anfang an transparent sind und in der Sanierungsplanung entsprechend sicher berücksichtigt werden können.

80 Die Honorierung des Eigenverwalters kann sich beispielsweise auch an der Differenz der Vergütung eines fiktiven (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu der tatsächlich gewährten Vergütung des (vorläufigen) Sachwalters orientieren. Soweit der Ausgangspunkt der Honorierung das Honorar eines (vorläufigen) Insolvenzverwalters sein soll, ist Folgendes zu beachten:

- Die für das konkrete Verfahren gerechtfertigten Zuschläge (inhaltlich und prozentual) eines fiktiven (vorläufigen) Insolvenzverfahrens sind in Abstimmung mit dem (vorläufigen) Sachwalter zu ermitteln und auf die Akzeptanz beim zuständigen Gericht ►►zu

überprüfen.³⁵ Die so ermittelten Zuschläge bilden zusammen mit der später zu ermittelnden Berechnungsgrundlage (freie Masse) den maximalen Rahmen für die Gesamtvergütung in der Eigenverwaltung (Vergütung des Eigenverwalters zzgl. der Vergütung des Sachwalters).

- Durch diese Festlegung des maximalen Rahmens der Gesamtvergütung wird sichergestellt, dass die Gesamtvergütung die Kosten eines Verfahrens in der Fremdverwaltung nicht übersteigt.
- Sowieso-Kosten sind bei der vorgenannten Berechnung zu neutralisieren.
- Die Vereinbarung einer Vergütung, die vom Erfolg des Verfahrens abhängig ist, ist möglich, wenn der o.g. maximale Rahmen der Gesamtvergütung nicht überschritten wird.

7.1.4 Vergleich der „echten Kosten des Verfahrens in Eigenverwaltung“ mit den Kosten einer Fremdverwaltung

- 81 Bei der Honorierung des Eigenverwalters soll in der Regel beachtet werden, dass die echten Kosten des Verfahrens in Eigenverwaltung (einschließlich der Vergütung des Sachwalters) die Kosten eines fremdverwalteten Insolvenzverfahrens nicht übersteigen. Die Vorteile des Verfahrens in Eigenverwaltung sind bei diesem Kostenvergleich mit zu berücksichtigen (bspw. auch strategische Vorteile, die nur schwer zu beziffern sind). Die Kosten, die in gleicher Weise bei der Fremdverwaltung wie auch im Verfahren in Eigenverwaltung anfallen (Sowieso-Kosten), sind – wie bereits dargestellt – beim Kostenvergleich zu neutralisieren.

7.2 Die Vergütung des (vorläufigen) Sachwalters

- 82 Die Vergütung des Sachwalters ist in § 12 InsVV geregelt. Die gesonderte Vergütung trägt dem Umstand Rechnung, dass dem Sachwalter lediglich eine eingeschränkte Tätigkeit zukommt.³⁶ Über die Verweisung des § 10 InsVV gelten für die Vergütung des Sachwalters ebenfalls die allgemeinen Regeln der §§ 1 – 9 InsVV.

- 83 Die Vergütung des vorläufigen Sachwalters hat in der InsVV keine Erwähnung gefunden. Die Festsetzung dessen Vergütung war daher lange Zeit umstritten.³⁷

- 84 Der BGH hat in seinem Beschluss vom 21. Juli 2016 – IX ZB 70/14³⁸ grundlegende Festsetzungen zur Vergütung des vorläufigen Sachwalters getroffen. Dem vorläufigen Sachwalter steht demnach kein selbstständig zu berechnender Vergütungsanspruch zu; war der Sachwalter als vorläufiger Sachwalter tätig, erhält er in der Regel einen Zuschlag von 25 v.H. auf seine Vergütung, insgesamt also eine Regelvergütung von 85 v.H. der Vergütung nach § 2 Abs. 1 InsVV.³⁹ Bei der Tätigkeit des vorläufigen Sachwalters handelt es sich also um einen Umstand, der zu einem Zuschlag für die Vergütung des Sachwalters führt.⁴⁰ Die Vergütung wird dabei einheitlich festgesetzt.

- 85 Dem vorläufigen Sachwalter ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf seinen Antrag hin ein Abschlag in Höhe der zu erwartenden Vergütung für die Tätigkeit als vorläufiger Sachwalter zu gewähren.⁴¹ ■

³³ Nach AG Duisburg NZI 2006, 112, 113 kommt dies durch die Vorschrift des § 278 InsO zum Ausdruck, wenngleich sie nicht unmittelbar auf organschaftliche Vertreter einer juristischen Person anzuwenden ist.

³⁴ Nach Stephan, in: MünchKomm-InsO, InsVV, § 12 Rn. 28 richtet sich die Vergütung nach dem Anstellungsvertrag der Organmitglieder mit der Schuldnerin. Für den Abschluss und die Änderung des Vertrages bleiben die Gesellschaftsorgane zuständig. Das Insolvenzgericht hat hierfür keine Festsetzungsbefugnis; so auch AG Duisburg NZI 2006, 112, 114.

³⁵ Für folgende Tätigkeiten sollten die Zuschläge in der Regel im Vorhinein festgelegt werden: Fortführung, Tätigkeit des CIO/Eigenverwalters, Buchhaltung (idR), Gläubigerausschuss/Versammlung, Berichte, Bearbeitung Drittrechte, Personalmaßnahmen bei Betriebsänderungen, Insolvenzplan

³⁶ Budnik, in: Fridgen/Geiwitz/Göpfert, InsVV, § 12 Rn. 1; Stephan, in: MünchKomm-InsO, InsVV, § 12 Rn. 1.

³⁷ Zum Meinungsstreit siehe Budnik, in: Fridgen/Geiwitz/Göpfert, InsVV, § 12 Rn. 3a ff.

³⁸ BGH NZI 2016, 796.

³⁹ BGH NZI 2016, 796, 797.

⁴⁰ Ebenso BGH, Beschl. V. 22.06.2017 – IX ZB 91/15.

⁴¹ BGH NZI 2016, 796, 797.

Über Forum 270 – Qualität und Verantwortung in der Eigenverwaltung e. V.

Am 1. März 2012 ist das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) in Kraft getreten. Das Ziel des Gesetzgebers war es, Unternehmen den Zugang zur Eigenverwaltung zu erleichtern, dadurch früh- und rechtzeitige Insolvenzanträge zu fördern und schließlich Sanierungschancen zu erhöhen. Die ersten Jahre mit dem ESUG sowie nicht zuletzt die ESUG-Evaluation des BMJV haben gezeigt, dass Eigenverwaltungen von komplexer Natur sind und aus diesem Grund ein umfassendes sanierungs- und insolvenzrechtliches Know-how, Qualität und nicht zuletzt einen verantwortungsvollen Umgang aller Beteiligten miteinander erfordern.

Der Forum 270 – Qualität und Verantwortung in der Eigenverwaltung e. V. hatte sich im Frühjahr 2017 gegründet, um zum nachhaltigen Erfolg der Eigenverwaltung beizutragen, indem er Grundsätze formuliert, die Diskussion mit allen Beteiligten anregt und der Eigenverwaltung damit eine Stimme gibt.

Gründungsmitglieder:

Dr. Dirk Andres (AndresPartner)
Dr. Georg Bernsau (BBL)
Dr. Thorsten Bieg (GÖRG)
Andreas Elsässer (Elsässer Restrukturierung)
Silvio Höfer (Anchor)
Dr. Gerrit Hölzle (GÖRG)
Dr. Alexander Höpfner (BBL)
Marc-Philippe Hornung (SZA)
Burkhard Jung (Restrukturierungspartner)
Thomas Oberle (SZA)
Alexander Reus (Anchor)
Dr. Stefan Weniger (Restrukturierungspartner)
Marcus Winkler (BBL)

Forum 270

Qualität und Verantwortung
in der Eigenverwaltung e.V.

Zeilweg 42
60439 Frankfurt am Main
Telefon: 0621 4257 328
E-Mail: kontakt@forum270.de
Internet: www.forum270.de

Verantwortliche für journalistisch-redaktionelle Texte:
Thomas Oberle, Dr. Georg Bernsau, Andreas Elsässer, Silvio Höfer und Dr. Stefan Weniger