



06/2012

ForderungsPraktiker.de

Herausgeber:

Thomas Abend,
Bereichsleiter Marktfolge Kredit, Intensiv-/Sanierungs-
betreuung, Kreditabwicklung und Qualitätsmanagement,
Südwestbank AG, Stuttgart

Gregor Breitenbach,
Gruppenleiter Risikomanagement im Bereich Kredit,
DZ BANK AG, Frankfurt

Dr. Friedrich Cranshaw,
Rechtsanwalt und Banksyndikus

Martin Fiddimore,
Geschäftsführer, Proceed Collection Services GmbH

Peter Friedmann,
Kreditsekretariat, Bewertung und Verwertung von Mobilien,
Kreissparkasse Ravensburg

Dr. Andreas Fröhlich,
Geschäftsführer perspektiv GmbH, München

Dr. Karsten Geiersbach,
Bereichsleiter Interne Revision, Kasseler Sparkasse

Horst Harms-Lorscheidt,
Piepenburg Gerling Rechtsanwälte

Prof. Dr. Martin Hörmann,
Rechtsanwalt, Insolvenzverwalter, Anchor Rechtsanwälte, Ulm

Michael Jander,
Zentralbereichsleiter Produkt- und Kreditmanagement,
Kreissparkasse Böblingen

Andrea Knauf,
Rechtsanwältin, Leiterin Insolvenzabteilung CreditPlus Bank AG

Christian Merz,
Rechtsanwalt, CLOUTH & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Prof. Dr. Wolfgang Portisch,
Institutsleiter IQS Institut für Qualität und Standards in der
Insolvenzabwicklung, Hochschule Emden-Leer

Eva Ringelspacher,
Direktorin Zentraler Stab Global Intensive Care,
Commerzbank AG, Frankfurt am Main

Dr. Thilo Schultze,
Rechtsanwalt, Grub Brugger Rechtsanwälte, Stuttgart

Rainer Staffa,
Vorstand, Volksbank Mittelhessen eG

Wolfgang Wegener,
Abteilungsleiter Rechtsabteilung,
Stadtsparkasse Mönchengladbach

- ZIELGENAUE RISIKOANALYSE •
- FRÜHZEITIGE SANIERUNG •
- ERFOLGREICHE ABWICKLUNG •

Jörg Wehmeyer | Frank Rehling

**Zwangsvollstreckungsrecht: Neue Möglichkeiten
für Gläubiger**

Michael Ritter

**Kreditregister der Deutschen Bundesbank:
Informations- und Frühwarninstrument für Banken**

Christoph Jäger | Michael Veith

**Erfahrungsbericht: Auslagerung des Abwicklungsbereichs
an eine Sparkasse**

Dr. Andreas Fröhlich | Eva Ringelspacher | Nikolaus Röver

Schutzschirmverfahren: Problematische Bescheinigung

Dr. Friedrich L. Cranshaw | Prof. Dr. Wolfgang Portisch

**Insolvenzverfahren: Mindestanforderungen an
das Outsourcing von Dienstleistungen**

Problematische Bescheinigung für das Schutzschirmverfahren

Stand der aktuellen Diskussion zur Bescheinigung nach § 270b InsO und praktische Relevanz für die Gläubiger.

Autoren:

Dr. Andreas Fröhlich,
Geschäftsführender Gesellschafter
perspektiv GmbH Insolvency
Turnarounds, München
und

Eva Ringelspacher,
Direktorin, Intensive Care, Sanierung/
Restrukturierung von Firmenkunden,
Commerzbank AG, Frankfurt
sowie

Nikolaus Röver,
Rechtsanwalt/MBA,
Managing Partner PlanCapital GmbH,
München.

Diskutieren Sie zum Thema
dieses Beitrags mit anderen
BankPraktikern in unserem

FCH Blog:

blog.fc-heidelberg.de

Diesen Beitrag finden Sie
dort unter der Rubrik:
Bankrecht/Sanierung/Insolvenz.

I. Einleitung

▷ Fast täglich liest man in der Wirtschafts-
presse von neuen Schutzschirmverfahren.
Neuestes Beispiel ist der badische Autozulie-
ferer Neumayer Tekfor. Prominentestes Beispiel
ist sicherlich die börsennotierte Maschinen-
bauer-Centroterm-AG. Entscheidende Voraus-
setzung für das Schutzschirmverfahren ist die
Bescheinigung nach § 270b InsO über das 1.
Vorliegen von drohender Zahlungsunfähigkeit
oder Überschuldung, aber keiner bereits ein-
getretenen Zahlungsunfähigkeit und 2. dass
die angestrebte Sanierung nicht „offensicht-
lich aussichtslos“ ist.

Sowohl in der aktuellen wissenschaftlichen
Auseinandersetzung als auch in der täglichen
Praxis vor Gericht gibt es große Meinungsun-
terschiede über Art und Inhalt der Bescheini-
gung nach § 270b InsO¹. Dabei kristallisiert
sich heraus, dass **Hauptfragestellungen** zum
einen die **Qualifikation und Unabhängig-
keit des Bescheinigers** und zum anderen die
**Anforderungen an Umfang und betriebs-
wirtschaftliche Tiefe des Gutachtens** und in
diesem Zusammenhang insbesondere der **Ent-
wurf des IDW ES 9** als möglicherweise stan-
dardsetzendem Instrument sind.

II. Praktische Relevanz

Warum sollten sich Gläubiger eigentlich
mit diesen Fragen beschäftigen und was ist
die praktische Relevanz, ob es nun eine kor-
rekte Bescheinigung von einer qualifizierten
Person und damit ein Verfahren nach § 270b
InsO (Schutzschirmverfahren) oder eben
eines nach § 270a InsO (Eigenverwaltung)
gibt? Bei beidem geht es doch jeweils um ein
vorläufiges Insolvenzverfahren in Eigenver-
waltung.

1. Verwalterwahl gem. § 270b InsO Abs. 2 Satz 2

Nach Meinung der Verfasser gibt es eine klare
Antwort auf die Frage nach der **praktischen
Relevanz von § 270b InsO: Weil sich der
Schuldner nach § 270b InsO den Sachwal-
ter selbst aussucht**, ohne dass die Gläubiger,
vertreten durch den präsumtiven vorläufi-
gen Gläubigerausschuss, wie bei den Verfah-
ren nach § 270a InsO, gefragt werden müssen.
Nach § 270b InsO Abs. 2 Satz 2 kann das Gericht
jedoch nur bei offenkundiger Ungeeignet-
heit von dem Schuldnerorschlag abweichen.
Wenn also die entsprechenden Voraussetzungen
vorliegen, muss das Gericht dem Antrag
folgen. Insolvenzrichter Frind formuliert in
diesem Zusammenhang überspitzt, aber inhalt-
lich zutreffend: „bis zur Grenze der offensicht-
lichen Ungeeignetheit darf der Schuldner sich
den Sachwalter selbst aussuchen“².

Der **professionell beratene Schuldner** wird
diese **Eintrittsbarriere leicht stemmen
können**. Die Gläubigerautonomie ist damit
bei der fast wichtigsten Entscheidung über-
haupt, nämlich der Auswahl des vorläufigen
Sachwalters und ggf. späteren Insolvenzverwal-
ters (siehe § 272 Abs. 3 InsO) aufgehoben. Für
den Schuldner auf der anderen Seite ist dies der
wirklich wesentliche Vorteil gegenüber einem
Verfahren nach § 270a InsO.

Nun könnte man einwenden, dass die geeig-
neten Sachwalter i. d. R. erfahrene und inte-
gere Insolvenzverwalter seien, die ihre Auf-
gaben ordnungsgemäß erfüllen würden und
worin liege dann der Vorteil für den Schuldner.
Der Insolvenzpraktiker weiß jedoch, dass auch
im Insolvenzumfeld das alte menschliche Prin-
zip der Reziprozität gilt. Die Angelsachsen brin-
gen es auf den Punkt, das „Tit for tat“, auf gut
deutsch „wie du mir, so ich dir“ ist aus unse-

¹ Literatur: Vgl. z. B. Buchalik/Kraus, KSt 2012
S. 61 ff.; Herbst/Hörmann/Reus, FP 2012 S. 158 ff.;
Jung/Haake, KSt 2012 S. 164 ff.; Frind, ZInsO
2012 S. 1.549; Haarmeyer, DIAL, Handlungse-
mpfehlungen für die neue Insolvenzordnung,
März 2012; Gerichte AG München, Beschl. v.
29.03.2012, ZIP 2012 S. 789.

² Frind, ZInsO 2012 S. 540.

rem Privat- und Geschäftsleben nicht wegzu-denken. Konkret heißt das: Der Schuldner und seine Berater „bringen“ bei einer größeren Firmeninsolvenz in einem § 270b InsO Verfahren dem vorläufigen Sachwalter einen guten, gemeint „lukrativen“, Fall. Was „bringt“ nun der Sachwalter dem Schuldner und dessen Berater? Der fachkundige Leser hat ausreichend Phantasie, sich diese Frage selbst zu beantworten.

2. Scheitern der Sanierung

Eine weitere wesentliche, praktische Relevanz für die Gläubiger ergibt sich bei fehlerhaften unternehmerischen Entscheidungen im Schutzschirmverfahren und damit einem Scheitern der Sanierung als solcher. Zutreffend stellen *Herbst/Hörmann/Reus*³ fest, dass in einem solchen Fall meist nur noch die Liquidation des Schuldners verbleibt, weil wichtige Instrumente der Fortführung, wie etwa das Insolvenzgeld, „verbraucht“ sind.

III. Person des Bescheinigers – Relevanz wegen Gatekeeper-Funktion

Dem Bescheiniger nach § 270b InsO kommt insofern gemeinsam mit dem die Bescheinigung akzeptierenden Richter eine „Gatekeeper-Funktion“ für das Schutzschirmverfahren zu. Aus dieser Funktion erklärt sich die „Wichtigkeit“ des Bescheinigers und damit auch der Grund für die eingangs erwähnte heftige Diskussion in Theorie und Praxis.

1. Nur Berufsträger als Bescheiniger?

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 270b InsO Abs. 1 Satz 3 muss die Bescheinigung durch einen in Insolvenzsachen erfahrenen StB, WP, RA oder einer anderen Person mit vergleichbarer Qualifikation erfolgen. Weite Teile der Literatur⁴ argumentieren mit den Gesetzesmaterialien⁵, dass nur Berufsträger und keinesfalls Unternehmensberater Bescheiniger sein können und „mit vergleichbarer Qualifikation“ lediglich vereidigte Buchprüfer und Berufsträger anderer EU Mitgliedsstaaten gemeint seien. Diese formalistische Auslegung mag zwar im Sinne der großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Anwaltskanzleien sein, einer inhaltlichen Begründung hält sie jedoch nicht

stand. *Jung und Haake*⁶ weisen zutreffend darauf hin, dass Wirtschaftsprüfer und Steuerberater regelmäßig rückwärts gerichtete und vergangenheitsbezogene Bestandsaufnahmen der bisherigen Unternehmensentwicklung gemacht haben, denen steuerliche und handelsrechtliche Zielsetzung zugrunde lagen. Da zukünftige Sanierungschancen zu beurteilen sind, sind neben reinem Finanz- und Rechnungslegungs-Know-how aber auch Produkt-, Markt- und Branchen-Know-how unabdingbar.

In zahlreichen Sanierungsfällen ist jedenfalls Berufsträgern eine Restrukturierung missglückt, während die sich auf den einschlägigen Vorschlagslisten der Banken befindenden Unternehmensberatungsgesellschaften, die nicht über die Rechtsform einer Berufsträgergesellschaft verfügen, eine Sanierung mit hoher Professionalität gemeistert haben. Insofern verfügen diese auch über einen entsprechenden „Track-Rekord“ erfolgreicher Restrukturierungen, der auch die Übernahme von Interimspeditionen und Organstellungen beinhaltet. Dies ist mittlerweile auch in der Gerichtspraxis angekommen. Die Bescheinigung einer im Sanierungsbereich marktführenden Unternehmensberatungsgesellschaft ist vom zuständigen Gericht in einem süddeutschen Großverfahren anerkannt worden.

2. Kriterium „In Insolvenzsachen erfahren“

Insofern sollte sich die **Prüfung der Gerichte** in Bezug auf die eigentliche Person des Bescheinigers auf das **Kriterium „In Insolvenzsachen erfahren“** des § 270b InsO Abs. 1 Satz 3 konzentrieren und hier hohe Anforderungen stellen, um der erwähnten Gatekeeper-Funktion gerecht zu werden. Nur so kann auch das altbekannte Phänomen, dass sich die Haus- und Hofberater des Unternehmens, unabhängig davon, ob sie Berufsträger sind oder nicht, an einer Sanierung versuchen, beseitigt werden.

Neben vertieften rechtlichen Kenntnissen des Ablaufs eines Insolvenzverfahrens und der Rechte und Positionen der verschiedenen Beteiligten sind insbesondere fundierte betriebswirtschaftliche Kenntnisse über Unternehmenssanierung unerlässlich, denn es soll ja die **„Nichtaussichtslosigkeit“ einer Sanierung und damit die Wettbewerbsfähigkeit**

» Praktikabel und effizient ist der Weg, dass sich der in Frage kommende Bescheiniger vor Auftragsannahme beim zuständigen Gericht informiert, ob er als geeigneter Bescheiniger akzeptiert wird und sich nicht nur in seiner Eigenwahrnehmung für geeignet hält. «

³ *Herbst/Hörmann/Reus*, FP 2012 S.158.

⁴ Vgl. z. B. *Buchalik/Kraus*, KStJ 2012 S. 61; *Haarmeyer*, DIAL, Handlungsempfehlungen für die neue Insolvenzordnung, März 2012 S. 6.

⁵ BT-Drucksache 17/5712.

⁶ *Jung/Haake*, KStJ 2012 S. 164.

» Dem Bescheiniger nach § 270b InsO kommt insofern gemeinsam mit dem die Bescheinigung akzeptierenden Richter eine „Gatekeeper-Funktion“ für das Schutzschirmverfahren zu. «

und Daseinsberechtigung des Unternehmens beurteilt werden. Den generellen Ausführungen von *Herbst/Hörmann/Reus*⁷ zu den Anforderungen ist zwar zuzustimmen. Dass der Bescheiniger allerdings Expertise als Insolvenzverwalter haben muss, um z. B. Tätigkeiten wie die Insolvenzgeldvorfinanzierung zu koordinieren⁸, verkennt die Aufgabe des Bescheinigers. Das Anforderungsprofil des *Herbst/Hörmann/Reus* beschreiben, ist das des „eigenverwaltenden“ CRO in der Insolvenz, wie sie im Übrigen ja auch selbst schreiben, und nicht das des Bescheinigers. Vielmehr ist *Buchalik* und vielen anderen zuzustimmen, dass der Bescheiniger eine Sanierungsfähigkeit des Unternehmens mit dessen Leistungsangebot im Markt, also die Wettbewerbsfähigkeit nach erfolgter Sanierung, beurteilen muss⁹. Der Bescheiniger kann z. B. seine Insolvenzkenntnisse durch den Nachweis von Gutachterstellungen nach IDW S6 belegen. Es kann aber auch durch Vorlage einer Liste mit tatsächlich durchgeführten, hoffentlich erfolgreichen Unternehmenssanierungen erfolgen. Glücklicherweise gibt es zwar viele unternehmerisch denkende Insolvenzverwalter, die erfolgreich Unternehmen in der Insolvenz saniert haben und über großes betriebswirtschaftliches Know-how verfügen und insofern auch gute Bescheiniger wären. Leider gibt es bei Insolvenzverwaltern aber auch manche „Formaljuristen“, die hervorragend Anfechtungsprozesse führen können und ansonsten liquidieren und nicht sanieren. Diesen „automatisch“ als erfahrenen Insolvenzverwaltern die Eignung als Bescheiniger zuzusprechen, wäre inhaltlich falsch, denn Sie sollen ja Erfolgsaussichten einer Sanierung, also eine überwiegend betriebswirtschaftliche Fragestellung beurteilen.

3. Verschiedenheit des Bescheinigers vom Sachwalter und vom Berater des Schuldners

Zwingend gefordert ist nach § 270b Abs. 2 Satz 1 eine Personen- und auch Kanzlei-Verschiedenheit des später vorzuschlagenden Sachwalters und des bescheinigenden Sanierungsexperten. Interessanter und umstrittener ist die Frage, ob der Bescheiniger personenverschieden vom betriebswirtschaftlichen und/oder juristisch geprägten Sanierungsberater sein muss. Die einen meinen, nur durch die neutrale Position des Bescheinigers als quasi unabhängiger Gutachter können ent-

sprechende Interessenskollisionen von Beginn an ausgeschlossen werden und ziehen eine Analogie zu §§ 56 und 56a InsO¹⁰.

Buchalik/Kraus meinen, eine Personenverschiedenheit sei gesetzlich nicht gefordert und sogar unpraktikabel und wenig kosteneffizient. Der eingearbeitete Sanierungsberater könne sowohl konzeptionell als auch operativ sanieren und könne insofern das inhaltliche Wissen um die Lage des Unternehmens auch für die Ausstellung der Bescheinigung nutzen¹¹.

Anders das AG München mit der Begründung, dass ähnliche strenge Anforderungen wie bei der Auswahl des vorläufigen Verwalters nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und § 56 Abs. 1 InsO zu wählen sind. „Es gehe bei der Bescheinigung um eine Art Kurzgutachten zu insolvenzrechtlichen Fragestellungen“¹². Darauf wurde der Antrag nach § 270b InsO zurückgewiesen und ein Gutachter für die Prüfung der Insolvenzeröffnungsgründe bestellt.

Die Kosten- und Praktikabilitätsüberlegungen sind zwar nicht von der Hand zu weisen und insbesondere auch für kleinere Unternehmen möglicherweise entscheidend, da diese sich im Allgemeinen keine Vielzahl von Beratern leisten können. Aufgrund der Wichtigkeit der dargestellten Gate-Keeper-Funktion für die Gläubiger und übrigen Verfahrensbeteiligten sowie als maßgebliche Entscheidungsgrundlage für das Gericht, ob ein Verfahren nach § 270b InsO zugelassen werden kann oder eben nicht, **müssen sich die Beteiligten auf die Objektivität des Bescheinigers verlassen können**. Das Gericht wird keine Zeit haben, um einen unabhängigen Gutachter damit zu beauftragen, die Bescheinigung zu überprüfen, sondern muss zu einer eigenen Entscheidungsfindung in der Lage sein. Es besteht die zusätzliche Gefahr bei einer Überprüfung der Bescheinigung von dritter Seite, dass im Verlauf dieser Überprüfungsphase tatsächlich die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eintritt. Diese Risiken sind zu vermeiden. Der Bescheiniger sollte daher personenverschieden vom Sanierungsberater sein.

Auch hier gilt im Übrigen wieder das angesprochene „Tit for tat“-Prinzip bezüglich möglicher Eigeninteressen des bescheinigenden Sanierungsberaters am Zustandekommen des

⁷ *Herbst/Hörmann/Reus*, in FP 2012 S. 160.

⁸ Wie auch weitere aufgeführte Tätigkeiten, *Herbst/Hörmann/Reus*, ebenda.

⁹ Vgl. *Buchalik/Kraus*, KSt 2012 S. 61; *Jung/Haake*, KSt 02012 S. 164.

¹⁰ Vgl. *Hölzle*, ZIP 2012 S. 158 ff.

¹¹ S. 61, 62; so auch *Herbst/Hörmann/Reus*, FP 2012 S. 160.

¹² AG München, Beschluss vom 29.03.2012, veröffentlicht in ZIP 2012 S. 789. Die Begründung erscheint etwas vereinfacht und pauschal. Insbesondere wird nicht auf die betriebswirtschaftlichen Fragestellungen hinsichtlich der Ausichtslosigkeit der Sanierung eingegangen.

Schutzschirmverfahrens. Wenn der Sanierungsberater gute Vorarbeiten mit einem Restrukturierungskonzept und der Business-Planung geleistet hat, wird dies im Übrigen auch die Kosten für den Bescheiniger entsprechend drücken. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Gerichtspraxis hierzu entwickeln wird. Für die Haltung des AG München gibt es jedenfalls gute Gründe. Einigkeit sollte zumindest darin herrschen, dass die Eignung der „alt-bewährten Weggefährten“ des Managements oder der Gesellschafter, wie z. B. des langjährigen Abschlussprüfers oder des Steuerberaters, die üblicherweise eben keine Insolvenzspezialisten sind, als Bescheiniger in mehrfacher Hinsicht fragwürdig sind¹³. Interessant und aus Sicht der Verfasser zutreffend ist die analoge Anwendung von § 138 InsO (Definition von nahestehenden Personen), die in diesem Zusammenhang Vallender vorschlägt¹⁴. Nach § 138 InsO Abs. 2 InsO können z. B. Personen, die sich aufgrund dienstvertraglicher Verbindung zum Schuldner in einer vergleichbaren Position wie Aufsichtsorgane befinden, auch nahestehende Personen und damit neudeutsch „conflicted“ sein und insofern als Bescheiniger ausfallen.

4. Praktikabel und effizient: Gerichts-anfrage

Praktikabel und effizient ist der Weg, dass sich der in Frage kommende Bescheiniger vor Auftragsannahme **beim zuständigen Gericht informiert**, ob er als geeigneter Bescheiniger akzeptiert wird und sich nicht nur in seiner Eigenwahrnehmung für geeignet hält. Dabei ist darauf zu achten, dass die Gerichte mitunter unterschiedliche Maßstäbe hinsichtlich der Eignung des Bescheinigers anlegen werden¹⁵. Notwendig scheint in jedem Falle im Rahmen einer „Bewerbung“ die Darstellung eines entsprechend umfassenden Know-hows. Erforderlich werden langjährige nachweisbare Erfahrungen in der leistungs- und finanzwirtschaftlichen Sanierung von Unternehmen sein, die durch eine entsprechende insolvenzrechtliche Kompetenz zu unterfüttern sind.

IV. Inhalt und Umfang der Bescheinigung

Der Bescheiniger nach § 270b InsO erstellt einen Bericht über zwei Dinge:

- i. Vorliegen von drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber nicht Zahlungsunfähigkeit, und
- ii. Angestrebte Sanierung ist nicht „offensichtlich aussichtslos“

1. Prüfung drohende Zahlungsunfähigkeit

Bei der Gutachtenerstellung bietet sich aus Zeit- und Kostengründen ein zweigeteiltes Vorgehen an. Zuerst sollte in Anlehnung an z. B. den IDW PS 800 Standard die direkte Liquiditätsplanung erstellt und/oder – sofern bereits vorhanden – geprüft werden, um das Vorliegen einer drohenden Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung und das Nichtvorliegen einer Zahlungsunfähigkeit bescheinigen zu können. Nur bei Vorliegen dieser Voraussetzung soll der Schuldner in den Genuss des Schutzschirmverfahrens kommen. Hier ergibt sich der materielle Unterschied zu § 270a InsO. Die Anforderungen an die Prüfung dieser Voraussetzung durch den Bescheiniger sollten ausgesprochen hoch sein, und es darf keinerlei Abstriche an eine detaillierte direkte Liquiditätsplanung geben, die dem Grundsatzurteil des BGH vom 24.05.2005 Rechnung trägt.

Da in der Praxis ein Großteil aller Unternehmen nicht drohend zahlungsunfähig, sondern tatsächlich zahlungsunfähig ist, müssten nach Meinung der Verfasser der überwiegende Teil der Bescheinigungen negativ ausfallen und zu einem Antrag nach § 270a InsO führen, wenn die Prüfung ordnungsgemäß vorgenommen wird.

2. Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos

Dieses Kriterium ist deutlich umstrittener und in der Praxis die wesentlich aufwändiger zu beurteilende Fragestellung. Der IDW hat für die Bescheinigung nach § 270b InsO einen Standard entwickelt, den IDW ES9. E steht für Entwurf – also befindet sich dieser noch in der Entwurfsfassung. Als solcher ist er heiß diskutiert und stößt teilweise auf große Ablehnung¹⁶. Diese intensive Debatte über den Standard eines einzelnen Berufsverbands ist insofern relevant und angebracht, da zu befürchten steht, dass damit ein allgemeiner Standard gesetzt wird, den später alle Beteiligten als die

» Es sind insbesondere fundierte betriebswirtschaftliche Kenntnisse über Unternehmenssanierung unerlässlich, denn es soll ja die „Nichtaussichtslosigkeit“ einer Sanierung und damit die Wettbewerbsfähigkeit und Daseinsberechtigung des Unternehmens beurteilt werden. «

¹³ So auch schon *Fröhlich/Rover*, ZInsO Newsletter 4/2012.

¹⁴ In Anmerkung zu AG München vom 14.06.2012 in EWIR 2012 S. 495

¹⁵ Siehe z. B. AG München, Beschl. v. 29.03.2012, ZIP 2012 S. 789; an den Gerichten in NRW scheint dies ganz anders gehandhabt zu werden.

¹⁶ *Frind*, ZInsO 2012 S. 1.549.

» Aufgrund der Wichtigkeit der dargestellten Gate-Keeper-Funktion für die Gläubiger und übrigen Verfahrensbeteiligten sowie als maßgebliche Entscheidungsgrundlage für das Gericht, ob ein Verfahren nach § 270b InsO zugelassen werden kann oder eben nicht, müssen sich die Beteiligten auf die Objektivität des Bescheinigers verlassen können. «

„Best Practise“ verlangen und akzeptieren, wie es leider beim IDW S6 längst der Fall ist¹⁷.

Worum geht es konkret? Die Kriterien für die Prüfung der offensichtlich nicht aussichtslosen Sanierung haben sich zwangsläufig noch nicht in der Rechtspraxis gefunden. Ein vollständiges Sanierungskonzept nach IDW S6 mit Fortbestehensprognose, Leitbild des sanierten Unternehmens und dem ganzen übrigen Brimborium ist nach inzwischen gängiger Meinung nicht gefordert. Im Regierungsentwurf ist eine generelle Begründung gefordert, ohne zu beschreiben, wie diese aussehen muss, aber es ist klagelöst, dass ein vollständiges Sanierungsgutachten nicht erforderlich ist¹⁸. Ein solches würde das Verfahren sowohl zeitlich als auch kostenmäßig überfordern. Denn es geht nicht darum, bankenaufsichtsrechtliche und Bankenaufsichtsinterne politische Exkulpationsmöglichkeiten zu schaffen, sondern zu überprüfen, ob das Unternehmen mit leistungs- und finanzwirtschaftlichen Sanierungsmaßnahmen, die auch im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens erfolgen können, saniert werden kann und somit unter den „Schutzschirm“ des § 270b InsO kommen darf. Daher verlangt die ganz herrschende Meinung zutreffend, dass seitens der Geschäftsführung zumindest ein Grobkonzept zur Sanierung, auch „Sanierungskonzept light“ genannt, vorliegt.

Aus diesen Gründen wurde nun der IDW ES9 entwickelt (die Vorschläge des IDW zur Finanzplanung werden unter 3. behandelt). Unter der Randnummer 14 des IDW ES9 wird der Begriff „aussichtslos“ definiert. Danach sei das Schutzschirmverfahren nur dann ausgeschlossen, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Sanierungsbemühungen ohne Erfolg bleiben. Diese Formulierung eröffnet das Tor sperrangelweit für einen Missbrauch und ist insofern viel zu weit gefasst. Danach könnten Sanierungsmaßnahmen eingeplant werden, die völlig realitätsfern sind, aber gleichwohl theoretisch möglich und somit nicht völlig aussichtslos sind. Ein Beispiel soll das verdeutlichen: Wenn ein Automobilzulieferer von VW in einem wettbewerbsintensiven „Commodity“-Bereich, z. B. Spritzguss von nicht sicherheitsrelevanten Teilen, als Sanierungsmaßnahme einplant, den Teilepreis um 95% zu erhöhen, so ist das sicherlich theoretisch möglich und damit nicht mit an Sicherheit

grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschließen. Es ist jedoch aus Praktikersicht völlig abwegig, darauf ein Sanierungskonzept abzustellen. Gleiches gälte für die Einplanung eines Lohnverzichts von 30% der IG-Metall-gebundenen Mitarbeiter des Unternehmens¹⁹.

Zu verlangen ist vielmehr die Beurteilung, ob mit **tatsächlich durchführbaren Maßnahmen** nach einem **Sanierungszeitraum von ein bis zwei Jahren ein wettbewerbsfähiges Unternehmen vorliegen könnte**, das eine echte Daseinsberechtigung in unserer marktwirtschaftlich geprägten Volkswirtschaft hat. Das ist allgemein dann gegeben, wenn die nachhaltig erzielbare EBITDA-Marge ausreicht, um die in der jeweiligen Branche erforderlichen Ersatz- und Neuinvestitionen zu tätigen und die Verpflichtungen der Eigen- und Fremdkapitalgeber nach erfolgter finanzwirtschaftlicher Restrukturierung zu erfüllen. So auch *Kraus/Lenger*, die eine Aussage zur Wiedererlangung der Wettbewerbsfähigkeit und daraus resultierend eine Sanierungsplanung nebst Umsetzungsorganisation fordern, da nur solche Unternehmen durch das Verfahren geschützt werden sollen²⁰. Dem ist voll zuzustimmen. Ein Sanierungskonzept muss zumindest in den Kernaussagen erkennbar sein und die Bescheinigung muss so begründet sein, dass das Gericht die erforderliche Plausibilitätskontrolle selbst vornehmen kann.

Umstritten ist ferner, inwiefern wichtige Gläubiger und Kunden im Rahmen der Bescheinigung einzubeziehen sind²¹. Unter der Randnummer 19 des IDW ES9 wird erklärt, dass eine Befragung der Gläubiger nicht erforderlich sei. Begründet wird das mit dem Normzweck des Schutzschirmverfahrens, dass ja Zeit gegeben werden soll, einen Insolvenzplan zu entwickeln und diesen dann später den Gläubigern vorzulegen²². Auch hier springt der IDW nach Meinung der Verfasser zu kurz. Eine Sanierung nach dem erarbeiteten Grobkonzept ist auch dann offensichtlich aussichtslos, wenn es in die Form eines Insolvenzplans gepackt, keine Chance auf Zustimmung in der Gläubigerversammlung hätte. Insofern ist es geboten, wesentliche Punkte des Konzepts, insbesondere wenn maßgebliche Eingriffe in Gläubigerpositionen geplant sind, vorab zumindest cursorisch mit den Hauptgläubigern abzustimmen. Das Gleiche gilt für eine Vorabstim-

¹⁷ Die Mehrzahl der Banken verlangen häufig aus bankaufsichtsrechtlichen Gründen den IDW S6 in vorinsolvenzlichen Sanierungsfällen, um die Sanierung mit altem und ggf. auch neuem Geld weiterbegleiten zu dürfen. Dabei sind eigentlich viele Prüfungspunkte des IDW S6 irrelevant für die eigentliche operative Sanierung und als Entscheidungsgrundlage für die Gläubiger bezüglich einer Mitwirkung bei der Sanierung.

¹⁸ BT-Drucksache 17/5712.

¹⁹ Beide Maßnahmen wurden den Autoren von Geschäftsführern zu sanierender Unternehmen tatsächlich schon vorgeschlagen.

²⁰ RA *Kraus/Lenger/Bozidar*, ZinsO 13/2012.

²¹ Zum Beispiel *Herbst/Hörmann/Reus*, FP 2012 S. 158.

²² IDW ES 9 RDN 19.

mung der mit dem Unternehmen vertrauten Hausbank und den Mitarbeitern, vertreten durch den Betriebsrat. Wenn diese zumindest die Grundzüge des Sanierungskonzepts mittragen und damit als Unternehmensinsider zeigen, dass sie eine Sanierung nicht für aussichtslos halten, schafft das bei allen Beteiligten Vertrauen. Dies gilt ebenfalls für wesentliche Hauptkunden. Viele Mittelständler machen mit einem kleinen Kundenkreis 80-90% ihres Umsatzes. Manchmal hängt das Unternehmen sogar von einem einzigen Hauptkunden ab. Liegt eine solche Konstellation vor, ist eine Abstimmung mit diesem unerlässlich, um die Aussichten einer Sanierung beurteilen zu können.

3. Finanzplanung eines Unternehmens

In der Praxis wird einer der kritischen Punkte die Fragestellung werden, welche Anforderungen an die jeweilige Finanzplanung eines Unternehmens zu stellen sind. Ist eine monatsgenaue, voll integrierte Planung bestehend aus GuV, Bilanz und Cash-Flow-Rechnung für

einen Zwei-bis-Drei-Jahreszeitraum erforderlich? Dies vertreten z. B. *Buchalik/Kraus* oder auch *Herbst, Hörmann, Reus*²³. Nach Auffassung der Verfasser ist dies jedoch zu weitgehend, da eine genaue Planung erst mit dem Insolvenzplan vorgelegt werden muss und dafür gem. § 270b Abs. 1 Satz 2 drei Monate Zeit bestehen²⁴. Wer Buchhaltungen und Planungsprozesse in mittelständischen Unternehmen kennt, weiß, dass eine Neu-Erstellung einer voll integrierten Planung, bestehend aus GuV, Bilanz und Cash-Flow-Rechnung, die meistens nötig sein dürfte, leicht einen Zeitraum von drei bis vier Wochen erfordern und erhebliche Kosten verursachen dürfte, sofern die Erstellung durch externe Berater erfolgt. Eine vereinfachte Planung, in der die vorzunehmenden Sanierungsmaßnahmen kursorisch eingeplant sind, ist für den Bescheinigungsprozess ausreichend.

Wie tief muss der Bescheiniger die ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen hinterfragen? Auf Einzelauftrags- und Belegebene inklusive der hierfür bestehenden Vertragsgrundlage? Muss er Bewertungen von Halb- und unferti-

» Der Bescheiniger sollte personenverschieden vom Sanierungsberater sein. «

²³ *Buchalik/Kraus*, KStJ 2012 S. 64; *Herbst/Hörmann/Reus*, FP 2012 S. 158.

²⁴ So auch *Simon*, ZInsO 2012 S. 1.045, 1.052; ebenfalls ablehnend *Frind*, ZInsO 2012 S. 1.549; *Rendels*, INDat-Report 4/2012 S. 50.



gen Beständen, wie z. B. im Bau-, und Projektgeschäft, vornehmen? Die pauschale Wirtschaftsprüfer-typische Exkulpation des IDW ES9 mit der entsprechenden Formulierung zur Verantwortung der gesetzlichen Vertreter „die ordnungsgemäße Aufstellung des Finanzstatus usw. ... liegen in der Verantwortung der gesetzlichen Vertreter“ reicht jedenfalls nicht. Wer meint, in einem Sanierungsfall auf der Grundlage der vorgelegten Pläne und Schriftstücke des Managements eines Unternehmens, das insolvenznahe ist, im eigenen Büro eine Beurteilung zu machen, dürfte das Kriterium „in Insolvenzsachen erfahren“ jedenfalls nicht erfüllen. Erforderlich ist vielmehr ein direktes „Abgreifen“ der Finanzdaten mit BWA, Debitoren und Kreditoren einschließlich Zahlungszielen an der „Quelle“, sprich „auf dem Schoß“ der Finanzbuchhaltung und die Durchführung entsprechender Plausibilitätschecks hinsichtlich Korrektheit der Buchhaltungsprozesse sowie einer inhaltlichen Plausibilitätsprüfung der Daten.

Von besonderer Bedeutung ist auch die Aktualität der Bescheinigung. Nach *Schmidt/Linker* darf diese bei Eingang des Insolvenzantrags höchstens drei Tage alt sein²⁵. Vielleicht ist dies etwas zu eng gefasst. Eine Bescheinigung, die mehr als eine Woche alt ist, dürfte wegen mangelnder Aktualität der Liquiditätsplanung jedenfalls nicht mehr anerkannt werden.

V. Fazit

Das Schutzschirmverfahren sollte nur dann in Betracht gezogen werden, wenn das Ziel die Sanierung durch einen Insolvenzplan in

Eigenverwaltung ist, mit dem Vorteil für den Schuldner, der auch nach Stellung des Insolvenzantrags keinen Kontrollverlust erleidet. Das Schutzschirmverfahren ist für die Gläubiger praktisch relevant, da sich der Schuldner nach § 270b InsO den Sachwalter selbst aussuchen kann, ohne dass die Gläubiger involviert sind. Insofern haben diese gemeinsam mit dem Gericht ein großes Schutzbedürfnis nach einer korrekten Bescheinigung.

Die Beteiligten müssen sich auf die Objektivität des Bescheinigers verlassen können. Das Gericht wird i. d. R. keine Zeit haben, um einen unabhängigen Gutachter damit zu beauftragen, die Bescheinigung zu überprüfen, sondern muss zu einer eigenen Entscheidungsfindung in der Lage sein. Der Bescheiniger sollte daher aufgrund möglicher Eigeninteressen am Zustandekommen des Schutzschirmverfahrens personenverschieden vom Sanierungsberater sein. Aus den gleichen Gründen sollten langjährige juristische Berater, die Abschlussprüfer oder Steuerberater als geeignete Bescheiniger ebenfalls ausscheiden.

Der Bescheiniger muss als Person insbesondere fundierte betriebswirtschaftliche Kenntnisse über Unternehmenssanierung haben, denn es soll die „Nichtaussichtlosigkeit“ einer Sanierung und damit die Wettbewerbsfähigkeit und Daseinsberechtigung des Unternehmens als solches beurteilt werden. Die Kriterien des IDW ES9 sind diesbezüglich nicht ausreichend. Wichtig ist auf jeden Fall die frühzeitige Einbindung von wesentlich Beteiligten, denn nur wenn alle das gleiche Ziel verfolgen, kann das Verfahren zum Erfolg führen. □

²⁵ *Schmidt/Linker*, ZIP 2012 S. 963.

PRAXISTIPPS

- Der Bescheiniger sollte sich rechtzeitig vor Einreichung der Bescheinigung mit dem Gericht in Verbindung setzen und die gerichtsspezifischen Voraussetzungen, insbesondere auch in Bezug auf seine Person, klären.
- Die Bescheinigung muss für das Gericht plausibel und mit Gründen versehen sein: wie z. B. die Aufzählung der Sanierungsmaßnahmen, aber auch die Identifizierung von eventuellen Sanierungshemmnissen.
- Die Prüfung des Kriteriums „drohend zahlungsunfähig“ und „nicht (bereits bestehend) zahlungsunfähig“ muss – auch aus eigenen Haftungsgesichtspunkten – ausgesprochen sorgfältig erfolgen.