

II. Insolvenzrecht und Insolvenzrechnungslegung

1. Das Unternehmen in der Insolvenz

1.1 Die Insolvenzgründe

1.1.1 Erzwungene Insolvenz

Durch den Eintritt in das Insolvenzverfahren ist der rechtliche Rahmen, den der Gesetzgeber für die Abwicklung der Vermögens- und Haftungsverhältnisse stellt, von den gesetzlichen Vertretern eines Unternehmens zu beachten.¹ Grundsätzlich muss der Schuldner, um in ein Insolvenzverfahren eintreten zu können, die Voraussetzung der Insolvenzfähigkeit erfüllen. Insolvenzfähig sind nach § 11 Abs. 1 Satz 1 InsO alle natürlichen und alle juristischen Personen.² Zusätzlich ist durch Satz 2 der nicht rechtsfähige Verein einer juristischen Person gleichgestellt. Damit determiniert die Insolvenzordnung explizit, über wessen Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet werden kann. Die Möglichkeit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens setzt sowohl das Stellen eines schriftlichen Antrags nach § 13 InsO als auch das Vorliegen eines Eröffnungsgrunds nach § 16 InsO voraus. Das Verfahren ist trotz Vorliegen dieser beiden Merkmale nur dann zu eröffnen, soweit nach § 26 InsO die Kosten³ des Verfahrens durch das Vermögen⁴ des Schuldners voraussichtlich gedeckt sein werden.

1 Vgl., auch im Folgenden, AMPFERL, Insolvenzgründe (2010), Rn. 2-19.

2 § 11 Abs. 2 InsO bestimmt weiterhin, dass über das Vermögen einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit und über weitere dinglich und haftungsrechtlich abgegrenzte Sondervermögen das Insolvenzverfahren eröffnet werden kann. So können auch ein Nachlass, das Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft oder das gemeinschaftlich verwaltete Gesamtgut Gegenstand eines Insolvenzverfahrens sein. Insolvenzunfähig sind nach § 12 InsO der Bund und die Länder sowie – soweit es das Landesrecht bestimmt – juristische Personen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht eines Landes unterstehen.

3 § 54 InsO führt die zu berücksichtigenden Kosten abschließend auf. Es handelt sich um die Gerichtskosten, die Vergütungen und die Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters, des Insolvenzverwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses. Der Katalog des § 54 InsO wurde erst im Zuge der Einführung der Insolvenzordnung etabliert und sollte dem Ziel einer leichteren Verfahrenseröffnung dienen. Die heute gültige Insolvenzordnung trat zum 01.01.1999 in Kraft und löste die Konkursordnung, die Vergleichsordnung und die Gesamtvollstreckungsordnung ab. Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung eingehend STÜRNER, Einleitung (2013), Rn. 25-45c.

4 Die zukünftige Insolvenzmasse stellt das zur Verfügung stehende Vermögen dar. Damit unterliegt das Vermögen keiner Zeitpunkt-, sondern einer Zeitraumbetrachtung, in der auch die Liquidierbarkeit vorhandenen Vermögens und der Neuerwerb zu berücksichtigen sind. Neben Kostendeckung durch zukünftiges Vermögen ist ebenfalls die Deckung durch Vorschussleistungen eines Dritten – es gibt keine Begrenzung auf einen bestimmten Personenkreis – oder durch Stundung nach § 4a InsO denkbar. Vgl. dazu HAARMEYER, Abweisung mangels Masse (2013), Rn. 20-31.

Andernfalls ist die Eröffnung abzulehnen, und es erfolgt ein Eintrag in das vom Insolvenzgericht geführte Schuldnerverzeichnis⁵. Die drei vorgenannten Bedingungen sind durch das Insolvenzgericht nach § 5 InsO im Rahmen der Amtsermittlungspflicht⁶ zu prüfen.⁷

Insolvenzeröffnungsgründe, die eine Antragspflicht bzw. ein Antragsrecht nach sich ziehen, sind die Zahlungsunfähigkeit, die drohende Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung; geregelt sind diese Tatbestände in den §§ 17, 18 und 19 InsO. Für eine Systematisierung der drei Insolvenzgründe ist es zweckdienlich, die Insolvenztatbestandsmerkmale danach zu unterscheiden, ob nach Identifizierung eines Insolvenzgrunds zwangsweise ein Insolvenzantrag zu stellen ist, oder dieser auf freiwilliger Basis erfolgen kann. Der ersten Kategorie sind die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung zu subsumieren. Die drohende Zahlungsunfähigkeit stellt für den gesetzlichen Vertreter ein faktisches Wahlrecht dar, denn er muss bei Vorliegen nicht zwangsweise einen Insolvenzantrag stellen. Nicht alle Insolvenzgründe entfalten die gleiche praktische Relevanz. In den Jahren 2002 bis 2007 ist festzustellen, dass die Zahlungsunfähigkeit bzw. das Auftreten von Zahlungsunfähigkeit in Kombination mit Überschuldung den maßgeblichen Eröffnungsgrund darstellt.⁸ Nur circa ein bzw. zwei Prozent der Anträge basieren auf der drohenden Zahlungsunfähigkeit bzw. der ausschließlichen Überschuldung; eine ähnlich geringe Relevanz weist ein gleichzeitiges Auftreten von drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung auf.

Bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung hat der gesetzliche Vertreter bzw. der Abwickler laut § 15a InsO unverzüglich – spätestens jedoch nach drei Wochen – einen Insolvenzantrag zu stellen. Damit unterliegt der gesetzliche Vertreter

5 Die Eintragung dient einer Schutz- und Warnfunktion, die „zur Verringerung volkswirtschaftlicher Fehlentwicklungen und zur Abwehr der Wirtschaftskriminalität [beitragen soll].“ Beschluss des BVerfG vom 25.07.1988, NJW 1988, S. 3010. Eingetragen wird lediglich der Schuldner, jedoch z.B. nicht der gesetzliche Vertreter einer juristischen Person.

6 Zum Amtsermittlungsgrundsatz, insbesondere zu den einzelnen Ermittlungsmöglichkeiten, die das Insolvenzgericht wahrnehmen kann, vgl. SCHMERBACH, Verfahrensgrundsätze (2013), Rn. 1-53.

7 Der Antrag bildet die Voraussetzung für das Eröffnungsverfahren. Das bedeutet, dass das Insolvenzgericht erst tätig werden kann, nachdem ein Antrag gestellt wurde. Das Insolvenzgericht darf damit weder eigenständig Ermittlungen aufnehmen noch sichernde Maßnahmen ergreifen. Damit bleibt die Autonomie des Antragstellers gewahrt. Antragsberechtigt sind sowohl der Schuldner als auch die Gläubiger – es sind darunter die Insolvenzgläubiger zu verstehen – und damit die direkt am Prozess beteiligten Parteien. Zu den Einzelheiten der Antragsberechtigten, der Prüfung der Antragszulässigkeitsvoraussetzungen und der Unterscheidung des Schuldner- und des Gläubigerantrags vgl. HASEMEYER, Insolvenzrecht (2007), S. 133-146, SCHMAHL/VUIA, Eröffnungsantrag (2013), Rz. 1-65.

8 Vgl., auch im Folgenden, ANGELE, Insolvenzen 2004 (2005), S. 342, ANGELE/VON KARMAIN-SKY, Insolvenzen 2005 (2006), S. 355, ANGELE, Insolvenzen 2006 (2007), S. 356, ANGELE, Insolvenz 2007 (2008), S. 306.

einer dauerhaften, wirtschaftlichen Selbstprüfungspflicht, um dem Tatbestand der Insolvenzverschleppung zu entgehen.⁹ Dies bedeutet nicht, dass täglich ein Überschuldungsstatus aufzustellen ist, erst bei Anzeichen einer Krise ist das Vorliegen eines Insolvenzgrunds eingehend zu prüfen.¹⁰ Eine abschließende Eingrenzung allgemeiner Krisenmerkmale ist nicht möglich, da im Einzelfall zu prüfen ist, ob ein Krisenmomentum gegeben ist. Als konkrete Anzeichen für eine Krise kommen folgende Fallkonstellationen in Betracht: starker Rückgang der Umsätze oder Aufträge¹¹, Verbrauch des Eigenkapitals¹², Überschreitung der Zahlungsziele¹³, Unterlassen von Investitionsvorhaben¹⁴ oder der hälftige Verlust des gezeichneten Kapitals¹⁵.

Die Legaldefinition der Zahlungsunfähigkeit findet sich in § 17 Abs. 2 InsO. Zahlungsunfähigkeit ist folglich dann anzunehmen, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Verpflichtungen zu erfüllen, oder der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Obwohl regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen ist, wenn die Zahlungen des Schuldners eingestellt wurden, ist dieses Merkmal als widerlegbare Vermutung auszulegen.¹⁶ Zahlungseinstellung ist laut BGH dann anzunehmen, „wenn sich aus dem Verhalten des Schuldners das andauernde Unvermögen ergibt, *einen* wesentlichen Teil der fälligen und eingeforderten Schulden zu bezahlen.“¹⁷ Die Leistung vereinzelter Zahlungen spricht nicht gegen die Annahme der Zahlungseinstellung.¹⁸ Selbst größere Zahlungen widersprechen dieser Tatsache nicht, sofern sie nicht einen wesentlichen Teil der Zahlungsverpflichtungen decken können. Bezüglich der Wesentlichkeit finden sich im Gesetz keine konkreten Angaben, sodass dem Bilanzierenden ein Interpretations- bzw. Ermessensspielraum verbleibt. Im BGH-Urteil vom 17.05.2001 wird eine terminologische Änderung in Bezug auf das BGH-Urteil vom 01.03.1984 vorgenommen insofern, als Zahlungseinstellung dann gegeben sei, wenn „der Schuldner außerstande ist, *den* wesentlichen Teil seiner Verbindlichkeiten

9 Jedoch objektiviert ebenso die Festlegung einer Antragsfrist den Prüfungszeitpunkt nicht, da dieser mit Kenntnis des Insolvenztatbestandes beginnt, es aber trotzdem unklar bleibt, zu welchem Zeitpunkt diese Kenntnis zu generieren ist. Zum gleichen Schluss gelangt MÖHLMANN-MAHLAU, Die Überschuldungsprüfung (2005), S. 8.

10 Urteil des OLG Celle vom 06.05.1999, NZG 1999, S. 1065 und Urteil des OLG Düsseldorf vom 20.11.1998, NZG 1999, S. 350.

11 Vgl. AXHAUSEN, Die GmbH in Krise (2009), Rn. 31.

12 Eine Unterbilanz zeugt nicht direkt von gleichzeitiger Überschuldung. Zur Differenzierung vgl. UHLENBRUCK, Überschuldung (2010), Rn. 25.

13 Vgl. HOLZER, Krisenerkennung bei insolvenzgefährdeten Unternehmen (2005), S. 313.

14 Vgl. STEFFAN, Die Unternehmenskrise (2011), Rn. 34.

15 Vgl. BANK, Pflichtverletzungen durch Vorstandsmitglieder (2010), Rn. 371-378.

16 Vgl. DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzordnung (1992), S. 114.

17 BGH-Urteil vom 01.03.1984, NJW 1984, S. 1953 (Hervorhebung durch den Verfasser).

18 Vgl., auch im Folgenden, BGH-Urteil vom 17.05.2001, ZIP 2001, S. 1155.

zu erfüllen.“¹⁹ Der BGH bestätigt diese Ansicht im Jahre 2006; denn Zahlungseinstellung ist dann gegeben, wenn noch geleistete Zahlungen „im Verhältnis zu den fälligen Gesamtschulden nicht *den* wesentlichen Teil ausmachen.“²⁰ ECKARDT ist der Ansicht, dass zwischen „einem wesentlichen Teil“ und „dem wesentlichen Teil“ zu unterscheiden sei.²¹ Er begründet dies damit, dass letztere Formulierung die Nichtzahlung der Verbindlichkeiten als Regel, die Zahlung hingegen als Ausnahme betrachtet. Weiterhin führt er aus, dass die Zahlungseinstellung bei „einem“ wesentlichen Teil auch dann angenommen werden könne, wenn der betrachtete Teil zwar unter 50 Prozent der Gesamtverbindlichkeiten liege, jedoch einen nicht unerheblichen Umfang erreiche. Er erkennt jedoch einerseits die Tatsache, dass diese Argumentation auch für „den“ wesentlichen Teil heranziehbar ist, da diese Formulierung nicht impliziert, dass erst bei über 50 Prozent von der Wesentlichkeit auszugehen ist. Andererseits ist bei den Formulierungen der Terminus des „wesentlichen Teils“ gleich, sodass davon auszugehen ist, dass der BGH mit beiden Formulierungen dieselbe Ansicht vertritt und sich lediglich eine semantische Ungenauigkeit eingeschlichen hat. Mithin sollte der Fokus einer Diskussion darauf gelegt werden, was unter Wesentlichkeit zu verstehen ist.

Die h.M. geht davon aus, dass ein Schuldner zahlungsunfähig ist, wenn ein objektiver, kurzfristig nicht zu behebender Mangel an Zahlungsmitteln bei gleichzeitig vorhandenen Zahlungsverpflichtungen besteht.²² Ein Schuldner kann damit bereits Zahlungsunfähigkeit aufweisen, wenn er einen einzigen Gläubiger hat und nicht in der Lage ist, diesen zu befriedigen. Bei Betrachtung der Zahlungsunfähigkeit rücken vor allem die Merkmale der Dauerhaftigkeit und der Wesentlichkeit in den Fokus. Durch die detaillierte Betrachtung beider Merkmale kann die Zahlungsunfähigkeit identifiziert und zugleich von der bloßen Zahlungsstockung abgegrenzt werden.²³ Auf eine klarstellende Erläuterung der Attribute wurde im Gesetzestext offenbar bewusst verzichtet. Jedoch müssen auch nach der im Gesetz vorhandenen Definition der Zahlungsunfähigkeit die oben genannten Merkmale geprüft werden, um zu erkennen, wann ein Insolvenzantrag zu stellen ist.

Die mit dem unbestimmten Begriff der Dauerhaftigkeit eröffneten Ermessensspielräume wurden vom Gesetzgeber nicht eingeschränkt, denn dass „eine vorübergehen-

19 BGH-Urteil vom 17.05.2001, ZIP 2001, S. 1155 (Hervorhebung durch den Verfasser).

20 BGH-Urteil vom 12.10.2006, ZIP 2006, S. 2224 (Hervorhebung durch den Verfasser).

21 Vgl. dazu ECKARDT, *Zahlungseinstellung* (2001), S. 822.

22 Vgl., auch im Folgenden, FREGE/KELLER/RIEDEL, *Insolvenzgründe* (2008), Rn. 302-324, MÖNNING, *Zahlungsunfähigkeit* (2008), Rn. 5-27, AMPFERL, *Insolvenzgründe* (2010), Rn. 20-23, UHLENBRUCK/GUNDLACH, *Die Insolvenzgründe als Verfahrensauslöser* (2010), Rn. 4 ff., ALTMEP-PEN, *Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit* (2012), Rn. 15-22, BECK, *Insolvenz* (2014), Rn. 103-110.

23 Vgl. BGH-Urteil vom 30.04.1992, NJW 1992, S. 1960.

de Zahlungsstockung keine Zahlungsunfähigkeit begründet, braucht im Gesetzestext nicht besonders zum Ausdruck gebracht zu werden.²⁴ Gleichzeitig wurde außerdem darauf verzichtet, von einer „dauerhaften“ Zahlungsunfähigkeit zu sprechen, um zu verhindern, dass trotz einer über Monate andauernden Illiquidität kein Insolvenzantrag gestellt wird, und der Insolvenzverschleppung damit Tür und Tor geöffnet werden.²⁵ Die Formulierung des § 17 InsO ohne zeitliche Einschränkung soll einen Beitrag dazu leisten, dass der Schuldner rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt.²⁶ Der BGH grenzt jedoch dahingehend ein, dass Zahlungsstockung noch dann gegeben ist, wenn der übliche Zeitraum von zwei bis drei Wochen zur Beschaffung eines Kredits, der zur Schließung der Unterdeckung dienen soll, nicht überschritten wird.²⁷

Der Verzicht auf ein klarstellendes Merkmal bezüglich der Wesentlichkeit wird in gleicher Weise wie bei der Dauerhaftigkeit begründet, denn „auch hier ist selbstverständlich, daß ganz geringfügige Liquiditätslücken außer Betracht bleiben müssen [...]“.²⁸ Eine starre Festlegung einer Wesentlichkeitsgrenze wird in der Gesetzesbegründung abgelehnt, um die Zahlungsunfähigkeitsdefinition nicht einzuengen. Zur einschränkenden Quantifizierung einer wesentlichen bzw. unwesentlichen Größe der Unterdeckung an finanziellen Mitteln haben sich unterschiedlichste Ansichten entwickelt. So reicht die Bandbreite, in der von Unwesentlichkeit der Liquiditätslücke ausgegangen werden kann, von unter fünf²⁹ bzw. zehn³⁰ Prozent bis zu 20³¹ bzw. 25³²

24 DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzzordnung (1992), S. 114.

25 Vgl., auch im Folgenden, DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzzordnung (1992), S. 114, HÖLZLE, Zahlungsunfähigkeit (2006), S. 102.

26 So war die rechtzeitige Verfahrenseröffnung schon in dem ersten Gesetzesentwurf einer Insolvenzzordnung eines der erklärten Hauptziele. Vgl. DEUTSCHER BUNDESRAT, Insolvenzzordnung (1992), S. 80 f. Vgl. weiterführend dazu auch PLATE, Zahlungsunfähigkeit als Indikator für die Insolvenzreife (1980), S. 217-220, VORMBAUM/BAUMANN, Die rechtzeitige Auslösung (1984), S. 1971 ff., BURGER/SCHELLBERG, Die Auslösetatbestände im neuen Insolvenzzrecht (1995), S. 262, JÄGER, Die Zahlungsunfähigkeit im neuen Insolvenzzrecht (1997), S. 1575 ff., GROB/HESS, Die Zahlungsunfähigkeit (1999), S. 425, LUTTER, Zahlungseinstellung unter der neuen Insolvenzzordnung (1999), S. 641 f.

27 Vgl. BGH-Urteil vom 24.05.2005, NZI 2005, S. 548. Auch das IDW sieht eine Drei-Wochen-Frist als angemessen an. Es wird dennoch explizit darauf hingewiesen, dass auch dann weiterhin Zahlungsfähigkeit anzunehmen ist, wenn innerhalb der Drei-Wochen-Frist eine geringfügige Liquiditätslücke bestehen bleibt, die nicht vollends zu schließen ist. Die Abgrenzung der Geringfügigkeit ist schwerlich zu objektivieren und daher in erheblichem Maße mit Ermessensspielräumen behaftet. Vgl. dazu INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit (2009), Tz. 24.

28 DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzzordnung (1992), S. 114.

29 Vgl. Urteil des AmtsG Köln vom 09.06.1999, NZI 2000, S. 90. Siehe auch MÖNNING, Zahlungsunfähigkeit (2008), Rn. 18 und JÄGER, Die Zahlungsunfähigkeit im neuen Insolvenzzrecht (1997), S. 1577, der allerdings darauf hinweist, dass dieser Ansatz praktisch nicht umsetzbar erscheint.

30 Vgl. KIRCHHOF, Zahlungsunfähigkeit (2011), Rn. 21.

31 Vgl. RECK, Zahlungsunfähigkeitsanalyse (2003), S. 930.

Prozent. Andererseits könnte ein Verzicht auf jegliche, quantitative Grenzen empfehlenswert sein, um die Liquiditätsunterdeckung unternehmensbezogen zu entscheiden. Grundsätzlich ist ein solches Abstrahieren sogar wünschenswert, um eben im Einzelfall eine Liquiditätsunterdeckung prüfen zu können. Eine starre Grenze über Branchen- und Unternehmensgrenzen ist nicht sinnvoll, da eine prozentuale Liquiditätslücke z.B. je nach Unternehmenskonstitution leichter bzw. schwieriger zu schließen sein kann. Die genannten Größen dienen daher bei der Liquiditätsprüfung lediglich als widerlegbarer Vermutungstatbestand. Eine gänzliche Vernachlässigung jeglicher Schwellenwerte könnte aber der Insolvenzverschleppung Tür und Tor öffnen. Der BGH hat daher sinnvollerweise einen Vorschlag unterbreitet, da „auf eine zahlenmäßige Vorgabe nicht völlig verzichtet werden [kann].“³³ Nach dieser Vorgabe ist von einer wesentlichen Liquiditätsunterdeckung auszugehen, wenn circa zehn Prozent der Verpflichtungen nicht mehr bedient werden können. Zahlungsunfähigkeit kann jedoch weiterhin – je nach Über- oder Unterschreiten dieser Grenze – widerlegbar oder begründbar sein.³⁴ So hat bei einer Unterschreitung des Schwellenwertes das Insolvenzgericht im Zuge des § 5 Abs. 1 InsO Anzeichen festzustellen, die für eine Zahlungsunfähigkeit sprechen. Vice versa hat der Schuldner bei Überschreiten des Schwellenwertes Gründe darzulegen, die für eine zeitnahe Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit sprechen. Das Insolvenzgericht hat diese wiederum unter Berücksichtigung des § 5 Abs. 1 InsO zu prüfen.

Bei Insolvenzantrag hat der Schuldner mittels einer geeigneten Rechnung die Zahlungsunfähigkeit nachzuweisen.³⁵ Falls der Gläubiger einen Insolvenzantrag stellen sollte, der auf der Behauptung der Zahlungsunfähigkeit basiert, ist der Schuldner dazu berechtigt, diese zu widerlegen. Um Zahlungsunfähigkeit festzustellen, sind ein Finanzstatus und darauf aufbauend ein Finanzplan zu erstellen.³⁶ Im Finanzstatus werden zunächst die verfügbaren liquiden Finanzmittelbestände der Gesamtheit der Zahlungsverpflichtungen³⁷ gegenübergestellt. Ergibt sich keine Unterdeckung, ist von

32 Vgl. Urteil des LG Augsburg vom 30.12.2002, DZWir 2003, S. 303. Siehe auch HARZ, der allerdings einschränkend angibt, dass bei einer Liquiditätslücke zwischen fünf und 25 Prozent eine Zahlungsunfähigkeitsprüfung unter Berücksichtigung aller Umstände durchzuführen ist. Vgl. HARZ, Kriterien der Zahlungsunfähigkeit (2001), S. 197.

33 BGH-Urteil vom 24.05.2005, NZI 2005, S. 549.

34 Zur gleichen Schlussfolgerung gelangt auch der BGH, indem er ausführt, dass ein Schwellenwert nur eine widerlegbare Zahlungsunfähigkeitsvermutung begründen kann. Vgl., auch im Folgenden, BGH-Urteil vom 24.05.2005, NZI 2005, S. 549 f. und HÖLZLE, Zahlungsunfähigkeit (2006), S. 103.

35 Vgl., auch im Folgenden, LORENZEN, Rechnungslegung bei Insolvenz (2011), Rn. 71-78.

36 Vgl., auch im Folgenden, BGH-Urteil vom 12.10.2006, ZIP 2006, S. 2224, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit (2009), Tz. 20-29.

37 Es ist ausreichend, dass der Gläubiger die Zahlung verlangen kann. Die Zahlungsverpflichtungen müssen also nicht eingefordert oder rechtlich einklagbar sein. Bei einer geringfügigen Liquiditäts-

Zahlungsfähigkeit auszugehen, andernfalls von Zahlungsunfähigkeit.³⁸ Der Finanzstatus dient damit der Identifizierung eines tagesgenauen Liquiditätsstatus. Er beinhaltet eine retrograde Betrachtung der Liquidität eines Unternehmens und dient damit Kontrollzwecken. Eine Steuerung oder Vorausschau zur Identifizierung einer möglichen zukünftigen Liquiditätsunterdeckung sind auf Basis des Finanzstatus nicht möglich. Bei Erkennen einer zukünftigen Liquiditätslücke ist ein auf dem Finanzstatus aufbauender Finanzplan zu erarbeiten, der die weitere Entwicklung der Liquiditätslage darstellen soll, um eine bloße Zahlungsstockung ausschließen zu können. Im Finanzplan erfolgt eine taggenaue Erfassung aller bestehenden und zukünftigen Zahlungsverpflichtungen³⁹ und der zur jeweiligen Zeit zur Verfügung stehenden Finanzmittel⁴⁰.

lücke, die kurzfristig geschlossen werden kann, ist nicht automatisch von Zahlungsunfähigkeit, sondern weiterhin von Zahlungsstockung auszugehen. Eine allgemeingültige Definition der geringfügigkeit ist nicht möglich, sodass diese im Einzelfall unter subjektiven Aspekten zu prüfen ist. Die Betrachtung der Möglichkeit der Schließung einer Liquiditätslücke erfolgt anhand des Finanzplans. Vgl. SIETZ, Die Insolvenzgründe (2010), Rn. 6-9.

38 Vgl., auch im Folgenden, BGH-Urteil vom 12.10.2006, ZIP 2006, S. 2224, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit (2009), Tz. 20-29.

39 Es wird auf die fälligen und nicht auf die ernstlich eingeforderten Verpflichtungen abgestellt. Zu unterscheiden ist dies, da nicht alle fälligen Verpflichtungen auch gleichzeitig ernstlich eingefordert sind. Die Summe der fälligen kann unter Umständen höher als die der ernstlich eingeforderten Verpflichtungen sein. Fälligkeit kann aufgrund gesetzlicher Regelungen, einer Vereinbarung oder einseitiger Parteierklärung bestehen. Eine isolierte Betrachtung der Fälligkeit einer Forderung lässt jedoch keinen Rückschluss auf Zahlungsunfähigkeit zu, da eine Nichterfüllung der Zahlung bei Fälligkeit nicht automatisch zu Zahlungsunfähigkeit führt. Es kann also im Einzelfall auch geboten sein, auf den Tatbestand des ernsthaften Einforderns zurückzugreifen. Als ernsthaft eingefordert gilt eine Forderung dann, wenn der Gläubiger signalisiert, dass ein Erfüllungswille seinerseits vorhanden ist. Nach einmaliger Signalisierung ist dieser Wille nicht zu erneuern, sondern er bleibt bestehen. Vgl. dazu BGH-Beschluss vom 19.07.2007, ZIP 2007, S. 1668. Streitige Verbindlichkeiten sind grundsätzlich nicht anzusetzen. Im Zuge des Vorsichtsgedankens wäre es jedoch sinnvoll, die streitigen Verbindlichkeiten einzeln nach Eintrittswahrscheinlichkeit und Höhe zu beurteilen und je nach Analyseergebnis auch im Finanzplan zu berücksichtigen. Falls eine streitige Verbindlichkeit nicht berücksichtigt wurde und sich herausstellt, dass diese dennoch begründet war, ist der Finanzplan nachträglich zu ändern. Vgl. dazu SCHMIDT/ROTH, Bewertung streitiger Verbindlichkeiten (2006), S. 240 f.

40 Als Finanzmittel sind alle vorhandenen liquiden Mittel und geplante Mittelzuflüsse zu berücksichtigen; einerseits Einnahmen aus der laufenden Unternehmenstätigkeit und andererseits alle sonstigen Zuflüsse, u.a. Kreditaufnahme. Zu einem beispielhaften Aufbau eines Finanzplans vgl. INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit (2009), Anlage, EILENBERGER, Zahlungsunfähigkeit (2013), Rn. 14. Im Finanzplan dürfen neben den sofort zur Verfügung stehenden liquiden Mitteln ebenso kurzfristig zur Verfügung stehende liquide Mittel berücksichtigt werden; so etwa vom Kunden erwartete Zahlungen oder Vermögensveräußerungserlöse. Neben der Beschaffung liquider Mittel per Kredit sind auch mögliche Zuführungen der Gesellschafter zu berücksichtigen. Vgl. für ähnliche Ansicht INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit (2009), Tz. 37 und 45.

Der Planungshorizont des Finanzplans beträgt regelmäßig drei Wochen; durch die Eingrenzung auf diesen Zeitraum wird auch die Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung unterschieden.⁴¹ Falls eine Liquiditätsunterdeckung im Drei-Wochen-Zeitraum nicht ausgeschlossen werden kann, ist zunächst von Zahlungsunfähigkeit auszugehen. Es ist dann jedoch möglich, den Prognosezeitraum auf bis zu sechs Monate auszudehnen. Bei Ausdehnung des Planungshorizonts ist zu erwarten, dass mit- hin die Planungssicherheit reduziert wird, sich die in die Planung eingehenden Zahlungen ex post mit höherer Wahrscheinlichkeit als falsch erweisen können. Eine Erweiterung muss zwangsläufig damit einhergehen, dass die Liquiditätslücke in dem über die Drei-Wochen-Frist hinausgehenden Zeitraum mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit geschlossen wird.⁴² Der Finanzplan unterliegt dann einer fortlaufenden Prüfung der zugrunde gelegten Prämissen.⁴³ Bei Anzeichen einer fehlerhaften Planung ist unter Umständen entgegen der bisherigen Annahme von Zahlungsunfähigkeit auszugehen. Möglichst sollte aber die übliche Drei-Wochen-Frist maßgeblich sein, da sonst die eigentlich stichtagsbezogene Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nicht befolgt wird; es käme vielmehr zu einer zeitraumbezogenen Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit. Falls die oben genannte Liquiditätslücke nicht schließbar ist, ist final von Zahlungsunfähigkeit auszugehen.

Die *mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit* ist als nicht exakt quantifizierbare Hypothesenwahrscheinlichkeit zu verstehen und nicht als statistisch in Zahlen quantifizierbare Ereigniswahrscheinlichkeit.⁴⁴ Eine mathematische Berechnung würde lediglich eine Scheingenaugigkeit suggerieren, die das Ergebnis nicht halten kann. Die in eine Prognose eingehenden Daten unterliegen lediglich Vermutungen, deren Sicherheit nicht mathematisch errechenbar ist. Nur eine Schätzung, mit welcher Wahrscheinlichkeit die zugrunde liegenden Annahmen zutreffen könnten, ist sinnvoll. Die mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit drückt sich lediglich darin aus, dass mehr Gründe für die Schließung der Lücke als dagegen sprechen.

Neben der Zahlungsunfähigkeit führt auch die eingetretene Überschuldung unweigerlich zu einer Insolvenzantragspflicht. Es ist bei Betrachtung der Überschuldung zwischen zwei Überschuldungsbegriffen zu unterscheiden. Derzeit liegt Überschuldung nach § 19 Abs. 2 InsO vor, „wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden

41 Vgl., auch im Folgenden, BGH-Urteil vom 12.10.2006, ZIP 2006, S. 2224, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit (2009), Tz. 20-29.

42 Ein Zuwarten der Gläubiger muss bei Erweiterung des Planungshorizonts zumutbar bleiben. Vgl. dazu BGH-Beschluss vom 19.07.2007, ZIP 2007, S. 1668.

43 Vgl., auch im Folgenden, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit (2009), Tz. 29.

44 Vgl., auch im Folgenden, BGH-Urteil vom 28.03.1989, NJW 1989, S. 3162 i.V.m. GROB/AMEN, Die Fortbestehensprognose (2002), S. 236 f., GROB/AMEN, Beweismaß der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ (2003), S. 73-76.

Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.“ Der Überschuldungsbegriff setzt sich damit aus dem exekutorischen Element der rechnerischen Überschuldung sowie aus dem prognostischen Element der Fortbestehensprognose⁴⁵ zusammen.⁴⁶ Nur das kumulative Vorliegen von rechnerischer Überschuldung und negativer Fortbestehensprognose führt zur Feststellung einer rechtlichen Überschuldung und damit zum Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens. Die Überschuldungsprüfung stellt sich wie in der folgenden Abbildung dar:

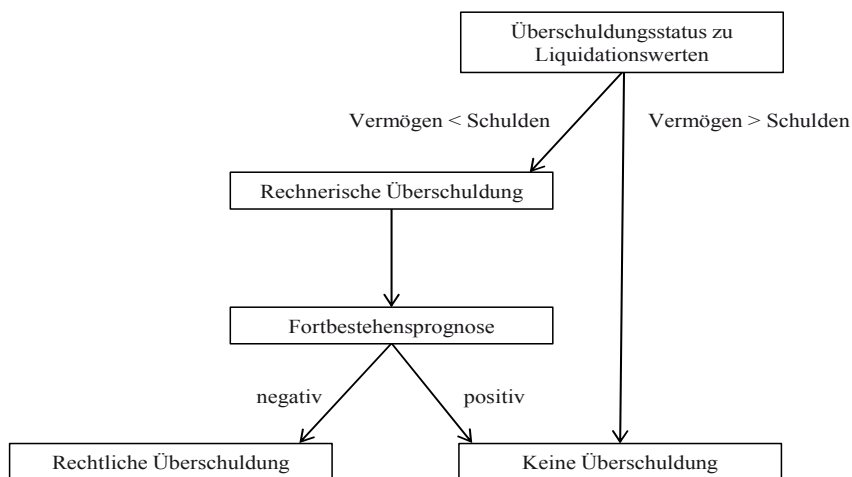


Abbildung 1: Die Überschuldungsprüfung gemäß modifizierter zweistufiger Methode⁴⁷

⁴⁵ Die Fortbestehensprognose wird in diesem Kontext als Prognose verstanden, dass das Unternehmen unter jederzeitiger Zahlungsfähigkeit fortgesetzt wird. Davon ist die handelsrechtliche Fortführungsprognose des § 252 HGB strikt abzugrenzen. Vgl. dazu GROB/ AMEN, Die Fortbestehensprognose (2002), S. 230 und ausführlich Kapitel III.1. Kurioserweise spricht § 19 InsO von der Fortführung des Unternehmens, obwohl damit inhaltlich explizit das Fortbestehen gemeint ist.

⁴⁶ Vgl., auch im Folgenden, SCHMIDT, Konkursgründe (1978), S. 337 ff., ULMER, Konkursantragspflicht bei Überschuldung (1981), S. 469–492, SCHMIDT, Wege zum Insolvenzrecht (1990), S. 46–59, die das theoretische Fundament dieses Überschuldungsbegriffs legten. Vor Einführung der Insolvenzordnung, in welcher zunächst der zweistufige Überschuldungsbegriff festgelegt wurde, sollte die Überschuldungsprüfung laut BGH nach dieser Methode erfolgen. Vgl. dazu BGH-Urteil vom 13.07.1992, NJW 1992, S. 2894.

⁴⁷ In Anlehnung an MÖHLMANN-MAHLAU/SCHMITT, Begriff der Überschuldung (2009), S. 20.

Dieser Überschuldungsbegriff wurde im Zuge des FMStG⁴⁸ am 17.10.2008 eingeführt und war ursprünglich bis zum 31.12.2009 befristet. Durch das FMStGÄndG⁴⁹ vom 24.09.2009 wurde eine Verlängerung der Gültigkeit dieses Überschuldungsbegriffs bis zum 31.12.2013 erwirkt. Ab dem 01.01.2014 sollte wieder der nachfolgend erläuterte, vor dem 17.10.2008 gültige Überschuldungsbegriff Maßgeblichkeit besitzen. Die ursprüngliche Befristung wurde durch Artikel 18 des RechtsBehEG⁵⁰ aufgehoben.

Nach dem alten Überschuldungsbegriff, der durch die Perpetuierung des modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs nun nicht mehr maßgeblich sein wird, läge nach § 19 Abs. 2 InsO a.F. Überschuldung dann vor, „wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.“ Die Fortbestehensprognose stellt bei diesem Überschuldungsbegriff damit nur eine Bewertungsgrundlage dar. Je nach Ausgestaltung der Fortbestehensprognose sind bei der Ermittlung der Überschuldung Liquidations- oder Fortführungswerte anzusetzen.⁵¹ Es ist bei der Überschuldungsprüfung daher wie folgt vorzugehen:

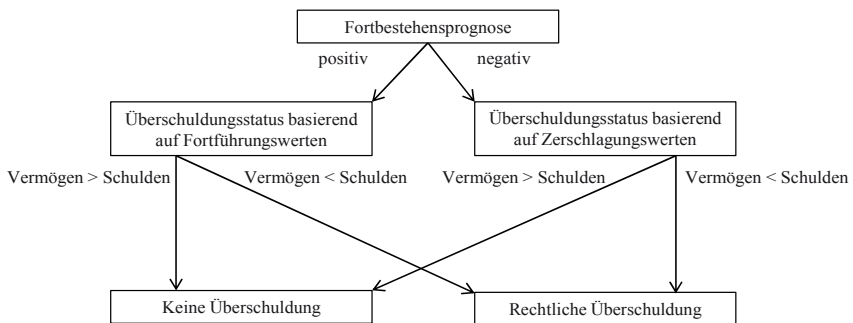


Abbildung 2: Die Überschuldungsprüfung gemäß zweistufiger Methode⁵²

Bei der damaligen Einführung dieses Überschuldungsbegriffs wurde bewusst darauf verwiesen, dass die Fortbestehensprognose lediglich Bewertungsgrundlage darstellen

48 Vgl. BGBl. 2008 I, S. 1982.

49 Vgl. BGBl. 2009 I, S. 3151.

50 Vgl. BGBl. 2012 I, S. 2418.

51 Vgl. ECKERT/HAPPE, Totgesagte leben länger (2008), S. 1098.

52 Modifiziert entnommen aus MÖHLMANN-MAHLAU/SCHMITT, Begriff der Überschuldung (2009), S. 20.

soll.⁵³ Begründet wurde diese Entscheidung damit, dass eine alleinige positive Prognose keine rechnerische Überschuldung heilen könne. Weiterhin wurde argumentiert, dass eine Fortbestehensprognose nicht hinreichend objektiv getroffen werden könne und häufig einzig auf der Hoffnung einer positiven Fortführung der gesetzlichen Vertreter beruhe.⁵⁴ Zudem wurde angemerkt, dass ein Weiterführen des Unternehmens bei gleichzeitiger rechnerischer Überschuldung für die Gläubiger nachteilig sei, da ein die Schulden deckendes Kapital nicht zur Verfügung stünde, und die Gläubiger durch eine weitere Fortführung des Unternehmens zusätzlich schlechter gestellt würden.⁵⁵

Trotz der genannten Gründe wurde im Zuge des FMStG von dieser Definition abgewichen und zur Methodik von SCHMIDT und ULMER zurückgekehrt. Als Hauptgrund der Abweichung vom modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff wurde angeführt, dass zahlreiche Unternehmen durch die Finanz- und Wirtschaftskrise⁵⁶ erhebliche Wertverluste erlitten haben, die zu einer rechnerischen Überschuldung führten.⁵⁷ Durch die Änderung des Überschuldungsbegriffs sollten Unternehmen, die aufgrund eines erheblichen Wertverlusts rechnerisch überschuldet und damit eigentlich insolvenzantragspflichtig sind, gleichzeitig jedoch eine positive Fortbestehensprognose treffen können, keinen Insolvenzantrag stellen müssen.⁵⁸ Dies widerspricht diametral den Befürchtungen, die die Bundesregierung bei Einführung des ehemals geltenden Überschuldungsbegriffs angeführt hat. Es ist nicht nachvollziehbar, warum die damals angeführten Gründe bei Überarbeitung der Überschuldungsdefinition im Zuge des FMStG keine Gültigkeit mehr besitzen sollen.⁵⁹ Gerade Finanzmarktunternehmen

53 Vgl., auch im Folgenden, DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzzordnung (1992), S. 115, DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzzordnung II (1994), S. 157.

54 Vgl. zur Entkräftung der vorgetragenen Argumente SCHMIDT, Wege zum Insolvenzrecht (1990), S. 52-59. Dieser weist darauf hin, dass die Fortbestehensprognose selbstverständlich nicht ausschließlich auf positiven Erwartungen der gesetzlichen Vertreter beruhen darf, sondern plausibel nachweisbar sein muss.

55 Vgl. DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzzordnung (1992), S. 115, DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzzordnung II (1994), S. 157.

56 Vgl. dazu ausführlich STAUB, Wirtschaftlicher Wandel und Mittelstand (2012), S. 59-86.

57 Vgl., auch im Folgenden, ZYPRIES, Pressemitteilung (2008).

58 SCHMIDT begründete schon bei Erläuterung der modifizierten zweistufigen Methode: Eine positive Fortbestehensprognose diene „der Einschränkung des Überschuldungstatbestandes im Interesse der Unternehmenserhaltung auf Kosten der Rechtsklarheit.“ SCHMIDT, Konkursgründe (1978), S. 338. Vgl. zur Kritik an der Änderung des Überschuldungsbegriffs HIRTE/KNOF/MOCK, Überschuldung (2008), S. 1217-1225, GREIL/HERDEN, Überschuldung als Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (2010), S. 833 ff., HUNKEMÖLLER/TYMAN, Stolperfalle Überschuldung (2011), S. 712 ff.

59 Unklar war – bevor die Entfristung des Überschuldungsbegriffs beschlossen wurde – auch, ob es eine Übergangsregelung geben würde, die die neuerliche Veränderung des Überschuldungsbegriffs abmildern könnte. Da es seinerzeit eine solche Regelung nicht gab, wäre zum 01.01.2014 bzw. in den ersten drei Wochen diesen Jahres mit einer Insolvenzantragsschwelle zu rechnen gewe-

sollten durch die Umgestaltung der Insolvenzordnung unter Schutz gestellt werden. Bei diesen ist eine Besonderheit zu beachten. Denn Kreditinstitute unterliegen nach § 46b KWG lediglich einer Anzeigepflicht gegenüber der BaFin.⁶⁰ Daraufhin stellt die BaFin den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der Schuldner hat dann keine Möglichkeit mehr, den Antrag anzufechten.

Der Zeitpunkt für eine Überschuldungsprüfung ist nicht eindeutig festlegbar.⁶¹ Sie ist geboten, sobald Anzeichen einer Krise des Unternehmens vorliegen. Nach erstmaliger Feststellung einer Krise sollte der aufgestellte Überschuldungsstatus fortgeführt werden. Dabei ist bei beiden Methoden der Überschuldungsprüfung laufend zu hinterfragen, ob die Fortbestehensprognose weiterhin unverändert ihre Gültigkeit entfaltet. Denn je nach Auslegung der Fortbestehensprognose ist bei der modifizierten zweistufigen Methode Überschuldung zu bejahen oder zu verneinen und bei der zweistufigen Methode der dem Vermögen zugrunde liegende Wertansatz zu ändern. Da eine Überschuldungsprüfung damit aperiodisch ist, kann prinzipiell jeder Zeitpunkt Stichtag für eine Prüfung durch die gesetzlichen Vertreter sein. Der am regulären Abschlussstichtag aufgestellte Jahresabschluss stellt – unter Berücksichtigung aller werterhellenden und wertbegründenden Tatsachen – die Grundlage für die Überschuldungsbilanz dar, ist mit dieser jedoch nicht identisch.

Grundsätzlich ist nach beiden Methoden neben einer Fortbestehensprognose ein Überschuldungsstatus zu erstellen. Einzig die Gewichtung der Fortbestehensprognose stellt sich unterschiedlich dar, da sie innerhalb der modifizierten zweistufigen Methode die Überschuldung auszuschließen vermag. Die Überschuldungsprüfung setzt sich somit bei beiden Prüfungsverfahren sowohl aus der Erstellung einer Fortbestehensprognose als auch aus der einer Überschuldungsbilanz zusammen; lediglich die Prüfungsschritte unterliegen einer unterschiedlichen Reihenfolge.

Zur eigentlichen Feststellung der Überschuldung ist – wie erwähnt – ein Überschuldungsstatus⁶² zu erstellen.⁶³ Grundsätzlich sind dem Vermögen die Schulden gegen-

sen. Denn all diejenigen Unternehmen, die einzig aufgrund einer positiven Fortbestehensprognose als nicht überschuldet galten, wären durch die Gesetzesänderung ab der ersten Minute des Jahres 2014 als überschuldet anzusehen gewesen und hätten damit einer Insolvenzantragspflicht unterlegen. Zur gleichen Schlussfolgerung gelangten HIRTE/KNOF/MOCK, Überschuldung (2008), S. 1225. Es ist zu vermuten, dass das Erkennen dieser Problematik auch zu einer Entfristung des ursprünglich nur als Übergangslösung verabschiedeten Überschuldungsbegriffs geführt hat.

60 Vgl., auch im Folgenden, SCHMERBACH, Eröffnungsantrag (2013), Rn. 14. Es ist lediglich einschränkend darauf hinzuweisen, dass ein Antrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit nur in Abstimmung mit dem Kreditinstitut gestellt werden kann.

61 Vgl., auch im Folgenden, FÖRSCHLE/HOFFMANN, Überschuldungsstatus (2008), Rz. 81.

62 Neben dem Begriff des Überschuldungsstatus sind ebenfalls die Termini Überschuldungsbilanz und Vermögensstatus gebräuchlich. Im Folgenden finden diese Begriffe synonym Verwendung. Eine schriftliche Dokumentation der Überschuldungsbilanz durch die gesetzlichen Vertreter ist aufgrund des Gläubigerschutzes unerlässlich. Zusätzlich können Haftungsrisiken ausgeschlossen

überzustellen, um das Schuldendeckungspotential des vorhandenen Vermögens festzustellen. Eine eventuelle Überschuldung ist damit nicht einer regulären Handelsbilanz, sondern ausschließlich dieser Sonderbilanz zu entnehmen. Die Ansatz- und Bewertungsvorschriften des HGB sind in der Überschuldungsbilanz grundsätzlich nicht maßgeblich. Jedoch entfaltet der Einzelbewertungsgrundsatz weiterhin Gültigkeit.⁶⁴

Da keine konkreten gesetzlichen Vorschriften zur Bilanzierung dem Ausweis nach vorhanden sind, orientiert sich die Gliederung des Überschuldungsstatus an den handelsrechtlichen Vorschriften.⁶⁵ Abweichungen sind sowohl nötig als auch möglich, jedoch im Einzelfall zu begründen. Die Bilanzierung dem Grunde nach folgt der Maxime der Verwertbarkeit; es können daher ausschließlich Aktiva angesetzt werden, an denen das rechtliche Eigentum besteht.⁶⁶ Daher sind Aktiva, die in der Handelsbilanz einem Ansatzverbot unterliegen, im Überschuldungsstatus anzusetzen, soweit mit ihnen ein Verwertungserlös⁶⁷ zu erzielen ist.⁶⁸ Vice versa sind Aktiva, die in der Han-

werden, da die bloße Aussage der gesetzlichen Vertreter, eine Überschuldungsprüfung durchgeführt zu haben, in einem gerichtlichen Prozess nicht ausreichend ist. Vgl. WOLF, Dokumentation von Überschuldungsbilanzen (1998), S. 126-128.

63 Vgl., auch im Folgenden, HUNDERTMARK/HERMS, Zur Überschuldung von Kapitalgesellschaften (1972), S. 1118 ff., BGH-Urteil vom 03.02.1987, ZIP 1987, S. 510 f., WAGNER, Messung der Überschuldung (1995), S. 184, WIMMER, Haftung des GmbH-Geschäftsführers (1996), S. 2547, FRÜH/WAGNER, Überschuldungsprüfung bei Unternehmen (1998), S. 911, MÖHLMANN, Überschuldungsprüfung (1998), S. 1846.

64 Vgl. HAAS, Überschuldungsstatus (2009), Rn. 17 und 20.

65 Einer Betrachtung unterliegen an dieser Stelle nur die Hauptgliederungspositionen der Aktiv- und der Passivseite. Vgl. zur weiteren Betrachtung von Spezialposten UHLENBRUCK, Überschuldung (2010), Rn. 57-130.

66 Vgl. BGH-Urteil vom 13.07.1992, NJW 1992, S. 2894, BRAUN/UHLENBRUCK, Unternehmensinsolvenz (1997), S. 293-296, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Empfehlungen zur Überschuldungsprüfung (1997), S. 24, FRÜH/WAGNER, Überschuldungsprüfung bei Unternehmen (1998), S. 912, MÖHLMANN-MAHLAU, Die Überschuldungsprüfung (2005), S. 15, WINNEFELD, Rechnungslegung in Sonderbilanzen (2006), Rn. 842-845, SCHRÖDER, Überschuldung (2012), Rn. 19.

67 Bei der Beurteilung, ob ein Verwertungserlös erzielt werden kann, handelt es sich um ein implizites Wahlrecht. Es kann daher dazu kommen, dass die Aktivierungsfähigkeit theoretisch erfüllt ist und dennoch davon abgesehen wird, das betreffende Aktivum in den Status aufzunehmen, falls Bedenken bezüglich eines Verwertungserlöses existieren sollten.

68 Die handelsrechtlichen Ansatzvorschriften haben in der Überschuldungsbilanz keine Gültigkeit mehr, es ist das Vermögen anzusetzen, mit dem auch ein Verwertungserlös zu erzielen ist. Vgl. INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Empfehlungen zur Überschuldungsprüfung (2007), S. 24, MÖHLMANN-MAHLAU, Die Überschuldungsprüfung (2005), S. 15, FREGE/KELLER/RIEDEL, Insolvenztgründe (2008), Rn. 339, SCHRÖDER, Überschuldung (2012), Rn. 19. Damit gelten die Kriterien der abstrakten Aktivierungsfähigkeit nicht gänzlich, sondern nur das Kriterium der selbstständigen Verwertbarkeit. WOLF, Bewertung von Vermögensgegenständen im Überschuldungsstatus (1995), S. 862 f. erklärt, dass die abstrakte Aktivierungsfähigkeit weiterhin zu berücksichtigen sei, beschränkt diese allerdings auf die Verwertbarkeit im Interesse der Gläubiger; mithin unterstützt auch er die Ansicht, dass die Verwertbarkeit für den Ansatz im Überschuldungsstatus ausreichend ist. Ob wegen der Nichtberücksichtigung der handelsrechtlichen Ansatzvorschriften ein

delsbilanz ansetzbar sind, aber keinen Verwertungserlös erzielen, nicht in den Überschuldungsstatus aufzunehmen. Aktive Rechnungsabgrenzungsposten sind aufzunehmen, falls sie Vorleistungscharakter aufweisen.⁶⁹ Sie sind nur aufzunehmen, soweit sie auch in der Insolvenz weiterhin verwertbar sind, eine vorzeitige Vertragsauflösung möglich ist, und sie zu einem tatsächlichen Zahlungsanspruch führen. Auf der Passivseite sind Verbindlichkeiten anzusetzen, sofern sie als Insolvenzforderungen i.S.d. § 38 InsO zu klassifizieren sind.⁷⁰ Es werden auch nicht fällige bzw. gestundete Verbindlichkeiten berücksichtigt. Dies stellt einen wesentlichen Unterschied zur Prüfung der Zahlungsfähigkeit dar, bei der ausschließlich fällige Verbindlichkeiten zu berücksichtigen sind. Rückstellungen sind nur zu berücksichtigen, sofern mit ihrer Inanspruchnahme zu rechnen ist.⁷¹ Rechnungsabgrenzungsposten sind entsprechend der Aktivseite aufzunehmen, sofern auch sie Vorleistungscharakter besitzen.⁷² Die Eigenkapitalpositionen des § 266 Abs. 3 A. HGB finden zunächst keinen Ansatz, da per Überschuldungsstatus gerade deren Vorhandensein geprüft wird.⁷³

Insolvenzspezifische Aktiva und Passiva sind nicht anzusetzen, da der Eintritt in das Insolvenzverfahren diese erst begründet.⁷⁴ Vermögensbestandteile, an denen Absonderungs- oder Aussonderungsrechte bestehen, sind weiterhin in den Überschuldungsstatus aufzunehmen.⁷⁵ Eine Nichtaufnahme würde wiederum die Vorwegnahme insolvenzspezifischer Handlungen bedeuten. Zudem ist zum Prüfungszeitpunkt kaum abzuschätzen, inwieweit die Gläubiger die ihnen zustehenden Rechte ausüben.

Auch zur Bilanzierung der Höhe nach finden sich keine konkreten gesetzlichen Bestimmungen. Im Zuge der Aufstellung eines Überschuldungsstatus wird allerdings eine Neubewertung aller Aktiva und Passiva vorgenommen.⁷⁶ Der Gesetzgeber

originärer Geschäfts- oder Firmenwert ansetzbar ist, ist streitig. Vgl. dazu detailliert BRAUN/UHLENBRUCK, Unternehmensinsolvenz (1997), S. 294, FÖRSCHLE/HOFFMANN, Überschuldungsstatus (2008), Rn. 111, UHLENBRUCK/GUNDLACH, Die Insolvenzgründe als Verfahrensauslöser (2010), Rn. 46.

69 Vgl., auch im Folgenden, UHLENBRUCK, Überschuldung (2010), Rn. 80 und 86.

70 Vgl., auch im Folgenden, PAPE, Überschuldung (2010), Rn. 63, SIETZ, Die Insolvenzgründe (2010), Rn. 41-45. Vgl. zur Diskussion, ob darüber hinaus bei einer negativen Fortbestehensprognose weitere Passiva anzusetzen sind, UHLENBRUCK, Überschuldung (2010), Rn. 89-130.

71 Der Ansatz der Rückstellungen richtet sich nach dem Ausgang der Fortbestehensprognose. Es kann bei negativer Prognose geboten sein, weitere Rückstellungen anzusetzen. Vgl. HOMMELHOFF, Konkursantragspflicht (1988), S. 264, FLEISCHER, Überschuldungsstatus (1996), S. 779, UHLENBRUCK, Überschuldung (2010), Rn. 103-110.

72 Vgl., auch im Folgenden, UHLENBRUCK, Überschuldung (2010), Rn. 115 und 130.

73 Vgl. SCHRÖDER, Überschuldung (2012), Rn. 38.

74 Vgl. PAPE, Überschuldung (2010), Rn. 54, UHLENBRUCK, Überschuldung (2010), Rn. 94, DRUKARCZYK/SCHÜLER, Überschuldung (2013), Rn. 118.

75 Vgl., auch im Folgenden, HAACK, Der Konkursgrund der Überschuldung (1980), S. 99 f.

76 Vgl. WINNEFELD, Rechnungslegung in Sonderbilanzen (2006), Rn. 842.

schränkt eine mögliche Aufdeckung stiller Reserven und Lasten nur dahingehend ein, dass alle Posten mit ihren „realistischen“⁷⁷ Werten anzusetzen sind.⁷⁸ Indirekt entfaltet damit das Vorsichtsprinzip des HGB als grundlegendes Gläubigerschutzinstrument weiterhin seine Wirkung. Dennoch ist festzuhalten: „Die Überschuldung geschieht mittels mehr oder weniger aufwendiger Rechnungen, deren Kernproblem die Bewertung mit allen damit verbundenen Unsicherheiten und Subjektivitäten ist.“⁷⁹

Nach der derzeit maßgeblichen, modifizierten zweistufigen Methode sind die Aktiva im Überschuldungsstatus grundsätzlich mit Zerschlagungs- bzw. Liquidationswerten anzusetzen.⁸⁰ Die vorherige zweistufige Methode erfordert – wie erwähnt – vor Aufstellung des Überschuldungsstatus die Erstellung einer Fortbestehensprognose, um die Bewertungsgrundlage festzulegen. Je nach Ausgang der Prognose finden Fortführungs- oder Liquidationswerte Anwendung. Bei Nichtaufstellung einer Prognose sind in jedem Fall Liquidationswerte zu verwenden. Es existiert keine gesetzliche Regelung, die erläutert, was unter Liquidations- oder unter Fortführungswerten zu verstehen ist. Daher ist zu konstatieren, dass solange „nicht angegeben wird, welche Werte den einzelnen Vermögensgegenständen bzw. Schulden beizulegen sind, [...] inhaltlich eine Gesetzeslücke vor[liegt].“⁸¹ Zahlreiche Veröffentlichungen, auf die im Folgenden einzugehen ist, versuchen diese Lücke zweckkonform zu schließen.

Liquidationswerte sind die erwarteten Veräußerungswerte, die um die zur Veräußerung gehörenden Aufwendungen zu reduzieren sind.⁸² Zu berücksichtigen ist die Liquidationsstrategie⁸³, die sich erheblich auf den angesetzten Wert auswirken kann. Aus diesem Grund ist die Ermittlung des Einzelveräußerungswerts mit Ermessensspielräumen behaftet. Dem Grundgedanken des Gesetzgebers folgend sollte die Wahl

77 DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzordnung (1992), S. 115.

78 Vgl. DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzordnung (1992), S. 115.

79 UHLENBRUCK, Die Insolvenzgründe (2009), S. 490.

80 Vgl., auch im Folgenden, MÖHLMANN-MAHLAU, Die Überschuldungsprüfung (2005), S. 4 f.

81 EGNER/WOLFF, Unbrauchbarkeit des Überschuldungstatbestandes als gläubigerschützendes Instrument (1978), S. 101.

82 Vgl., auch im Folgenden, FÖRSCHLE/HOFFMANN, Überschuldungsstatus (2008), Rz. 90.

83 Als Strategie kommt neben einer Einzelveräußerungsstrategie entweder eine Gesamt- oder eine Teilbetriebsliquidationsstrategie in Betracht. Es ist diejenige zu wählen, die eine höhere Gläubigerbefriedigung erwarten lässt. Je nach Strategie ist zwischen dem Einzelveräußerungspreis und dem für den Gesamt- bzw. Teilbetrieb erwarteten Veräußerungserlös zu unterscheiden. Um den Veräußerungspreis des Gesamt- bzw. Teilbetriebs zu ermitteln, ist eine Unternehmensbewertung durchzuführen. Ein solcher Wert sollte nur angesetzt werden, wenn schon konkrete Verkaufsverhandlungen geführt werden, und eine Veräußerung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht. Neben der Strategie ist insbesondere die Liquidationsgeschwindigkeit entscheidend. Dabei ist zwischen einer planmäßigen – teils Jahre andauernden – Liquidation und einer sofortigen Liquidation zu differenzieren. Vgl. FÖRSCHLE/HOFFMANN, Überschuldungsstatus (2008), Rz. 92 f.

auf einen vorsichtig ermittelten Wert fallen. Ein Wert am oberen Ende der möglichen Bandbreite ist ausschließlich dann zu wählen, wenn konkrete Anhaltspunkte für einen Verkauf – so etwa begonnene Verkaufsverhandlungen – diesen Wert rechtfertigen.

Die Bestimmung des „richtigen“ Fortführungswerts ist auch problembehaftet, da dieser von der gewählten Verwendungsalternative abhängig ist.⁸⁴ Gerade bei Fortführung des Unternehmens sind im Gegensatz zur Liquidationsannahme zahlreiche Alternativen der zukünftigen Nutzung des Vermögens denkbar. Die h.M. versteht unter einem Fortführungswert den Wert, der einer Vermögensposition als Anteil des Gesamtkaufpreises des Unternehmens zuzurechnen ist.⁸⁵ Die Ermittlung des Gesamtkaufpreises erfolgt unter den Prämissen der Gesamtveräußerung und der Fortführung. Modifiziert wird diese Methode allerdings dahingehend, dass Vermögensbestandteile, die nicht zum betriebsnotwendigen Vermögen zählen, mit dem Einzelveräußerungspreis anzusetzen sind.⁸⁶ Der ermittelte Gesamtkaufpreis ist daraufhin auf die einzelnen Positionen aufzuteilen.⁸⁷ Der Fortführungswert eines Vermögensteils, der aus dem Gesamtkaufpreis abzuleiten ist, wird dabei einerseits als Ertragswert⁸⁸, andererseits auch als Substanzwert⁸⁹ verstanden, oder es wird vorgeschlagen, auf Einzelliquidationswerte, zumindest aber auf die höchstzulässigen handelsrechtlichen Werte, abzustellen.⁹⁰

Gegen den Ertragswert wird vorgebracht, dass dieser nicht mit dem Willen des Gesetzgebers konform sei, da er allein auf unsicheren Zukunftserwartungen basiere.⁹¹

84 Vgl., auch im Folgenden, FÖRSCHLE/HOFFMANN, Überschuldungsstatus (2008), Rz. 101, HAAS, Überschuldungsstatus (2009), S. 1301 ff.

85 Vgl., auch im Folgenden, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Empfehlungen zur Überschuldungsprüfung (1997), S. 25, BUBHARDT, Überschuldung (2012), Rn. 13, SCHRÖDER, Überschuldung (2012), Rn. 21, HAAS, Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (2013), Rn. 57.

86 Grundsätzlich ist eine Aufspaltung in betriebsnotwendiges und nicht betriebsnotwendiges Vermögen für Bewertungszwecke zu hinterfragen. Letztlich beeinflusst nur die tatsächliche Nutzung respektive Verwertung der zugrunde liegenden Vermögensposition den zukünftigen Zahlungsstrom, nicht die Zugehörigkeit zu einem willkürlich festlegbaren Teil des Vermögens.

87 Vgl. INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Empfehlungen zur Überschuldungsprüfung (1997), S. 25, BUBHARDT, Überschuldung (2012), Rn. 13, SCHRÖDER, Überschuldung (2012), Rn. 21, HAAS, Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (2013), Rn. 57.

88 Vgl. SPLIEDT, Überschuldung trotz Schuldendeckung? (1999), S. 1944 f.

89 Vgl. HARZ, Kriterien der Zahlungsunfähigkeit (2001), S. 199, KIRCHHOF, Überschuldung (2008), Rn. 14, LEITHAUS, Überschuldung (2011), Rn. 7. Die Autoren sprechen de facto von Wiederbeschaffungswerten; ein Wiederbeschaffungswert ist als Substanzwert zu klassifizieren. Andererseits kann der Substanzwert ebenso als Liquidations- und Ausgabenersparniswert verstanden werden. Vgl. dazu MATSCHKE/BRÖSEL, Unternehmensbewertung (2013), S. 315 f.

90 Vgl. FÖRSCHLE/HOFFMANN, Überschuldungsstatus (2008), Rz. 103.

91 Vgl., auch im Folgenden, KIRCHHOF, Überschuldung (2008), Rn. 14, UHLENBRUCK, Überschuldung (2010), Rn. 57.

Daher entspreche der Substanzwert am ehesten dem verfolgten Ziel, das zur Verfügung stehende Schuldendeckungspotential zu ermitteln. Da vom Gesetzgeber allerdings nur „realistisch zu bewerten“⁹² ist – und somit kein bestimmter Wert gefordert wird –, ist die Argumentation für den Substanzwert nicht stichhaltig. Auch die vorgebrachte Kritik, dass eine Bewertung zu Ertragswerten aufgrund der ihr immanenten Unsicherheiten und der Subjektivität tendenziell zu einer zu hohen Bewertung des Vermögens führe, und damit eine Überschuldung i.d.R. auszuschließen sei, vermag nicht zu überzeugen. Kein Wert ist objektiv, ohne subjektive Merkmale ermittelbar, und auch ein Ertragswert muss nicht ad definitionem über einem Substanzwert liegen. Allerdings verstößt der Rückgriff auf ein Ertragswertverfahren – als Gesamtbewertungsverfahren⁹³ – gegen den in der Überschuldungsbilanz zu befolgenden Grundsatz der Einzelbewertung.⁹⁴ Gleichzeitig verstößt eine Aufteilung des Gesamtwertes auf Einzelwerte gegen den investitionstheoretischen Grundsatz der Gesamtbewertung.⁹⁵ Denn im Zuge der Gesamtbewertung werden positive und negative Synergie- und Verbundeffekte berücksichtigt, die keiner einzelnen Vermögensposition direkt zurechenbar sind. Eine isolierte Berücksichtigung des Gesamtwertes des Unternehmens als Grundlage der Vermögensermittlung verstößt gleichermaßen gegen den Grundsatz der Einzelbewertung.⁹⁶ Der Rückgriff auf Substanzwerte ist jedoch ebenfalls unzweckmäßig.⁹⁷ Durch den ausschließlichen Vergangenheitsbezug lassen sich keinerlei Rückschlüsse auf die tatsächliche Schuldendeckungsfähigkeit ziehen. Zudem liegt dem Substanzwert – verstanden als Wiederbeschaffungswert – die Annahme zugrunde, dass es zweckmäßig ist, die einzelnen Vermögensteile zu reproduzieren. Bei krisengeschüttelten Unternehmen ist diese Annahme nicht grundsätzlich zu bejahen und ein Substanzwert daher abzulehnen.⁹⁸

92 DEUTSCHER BUNDESRAT, Insolvenzordnung (1992), S. 115.

93 Vgl. zur Kategorisierung der Bewertungsmethoden MATSCHKE/BRÖSEL, Unternehmensbewertung (2013), S. 123.

94 Vgl. HAAS, Überschuldungsstatus (2009), Rn. 17 und 20.

95 Vgl., auch im Folgenden, OLBRICH, Wertorientiertes Controlling (2006), S. 43. Vgl. dazu auch folgendes Zitat: „Genausowenig wie man durch Addition der Einzelwerte von Vermögensgegenständen zu einem Unternehmensgesamtwert kommen kann, läßt sich umgekehrt eine Aufteilung des Gesamtwerts auf einzelne Gegenstände vornehmen.“ EGNER/WOLFF, Unbrauchbarkeit des Überschuldungstatbestandes als gläubigerschützendes Instrument (1978), S. 103.

96 So auch CREZELIUS, der darauf hinweist, dass die einzelnen Vermögensbestandteile und nicht das Unternehmen als Einheit zu bewerten sind. Vgl. CREZELIUS, Überschuldung und Bilanzierung (2005), S. 794.

97 Vgl., auch im Folgenden, FÖRSCHLE/HOFFMANN, Überschuldungsstatus (2008), Rz. 106, DRUKARCZYK/SCHÜLER, Überschuldung (2013), Rn. 101 und 131.

98 Auch die Bewertung nicht mehr marktgängiger Vermögensteile erscheint in diesem Kontext als höchst zweifelhaft. Für diese müsste in letzter Konsequenz der – regelmäßig sehr hohe – Wert einer Sonderfertigung zugrunde gelegt werden; dies würde jedoch den Beurteilungsprozess konterkarieren. Vgl. dazu auch MÖHLMANN-MAHLAU, Die Überschuldungsprüfung (2005), S. 18.

Gewissermaßen als Kompromiss ist der Vorschlag zu verstehen, der auf Substanzwerte abstellt, gleichzeitig jedoch einen Vergleich der Summe der Substanzwerte mit einem Ertragswert des Gesamtunternehmens anstrebt.⁹⁹ Falls der Ertragsgesamtwert über der Summe der Substanzwerte liegen sollte, ist bei dieser Variante die Differenz als Geschäfts- oder Firmenwert anzusetzen. Es ließe sich damit – so die Befürworter – der Grundsatz der Einzelbewertung mit dem Prinzip der Gesamtbewertung verbinden. Dem ist entgegenzuhalten, dass die dem Substanzwert immanenten Schwächen durch dieses Vorgehen nicht gemildert werden, und es – gerade unter Berücksichtigung des Kriteriums der Verwertbarkeit – höchst zweifelhaft ist, einem originären Geschäfts- oder Firmenwert die Aktivierungsfähigkeit in einer Überschuldungsbilanz zu unterstellen.¹⁰⁰

Als weitere Möglichkeit wird vorgeschlagen, auf Einzelliquidationswerte abzustellen, jedoch zumindest den höchstzulässigen handelsbilanziellen Fortführungswert anzusetzen.¹⁰¹ Der Einzelliquidationswert kommt somit nur zum Ansatz, wenn er den Fortführungswert übersteigt. Hier liegt der Gedanke zugrunde, dass die handelsbilanziellen Ansätze, die dem Gläubigerschutz Rechnung tragen, diesen Zweck weiterhin in der Überschuldungsbilanz erfüllen können. Höhere Einzelliquidationswerte seien gleichzeitig auch gerechtfertigt, da zukünftige Erträge zumindest in deren Höhe erzielt würden.

Grundsätzlich ist nicht ersichtlich, warum die h.M. für die Ermittlung von Einzelwerten des Überschuldungsstatus zunächst den Umweg über eine Gesamtbewertung geht. Die Bewertung orientiert sich auf diese Weise am falschen Bewertungsobjekt, nämlich dem Gesamtunternehmen. Richtig wäre für die Ermittlung der Einzelwerte jedoch eben die Ausrichtung an den einzelnen Vermögenspositionen. Letztlich führt dies zu einem nicht zu lösenden Dilemma zwischen Einzel- und Gesamtbewertungsgrundsatz; die Wertermittlung führt auf diese Weise in eine Sackgasse. Vielmehr wäre es daher sinnvoll, direkt die in der Überschuldungsbilanz anzusetzenden Vermögensteile einzeln zu bewerten. Zweckmäßig wäre ein Abstellen entweder auf einen Fortführungswert – verstanden als Ertragswert – oder einen Liquidationswert.¹⁰² Beide Werte leiten sich aus den zukünftigen Zahlungsströmen ab.¹⁰³ Sie unterschei-

99 Vgl., auch im Folgenden, HUNDERTMARK/HERMS, Zur Überschuldung von Kapitalgesellschaften (1972), S. 1119 f., AULER, Überschuldungsstatus als Bewertungsproblem (1976), S. 2171.

100 Vgl. zum Ansatz eines Geschäfts- oder Firmenwertes in der Überschuldungsbilanz statt vieler CREZELIUS, Überschuldung und Bilanzierung (2005), S. 799-801 und zur Werthaltigkeit des Geschäfts- oder Firmenwertes allgemein BRÖSEL, Bilanzanalyse (2014), S. 182.

101 Vgl., auch im Folgenden, FÖRSCHLE/HOFFMANN, Überschuldungsstatus (2008), Rz. 103.

102 Vgl. dazu auch HERING, Unternehmensbewertung (2014), S. 86 f.

103 Vgl., auch im Folgenden, BUSSE VON COLBE, Zukunftserfolg (1957), S. 24 f., OLBRICH, Unternehmensbewertung (1981), S. 82, MATSCHKE, Bewertung ertragsschwacher Unternehmungen (1984), S. 548, OLBRICH, Unternehmungskultur und Unternehmungswert (1999), S. 18.

den sich nur dadurch, dass beim Fortführungswert der Zahlungsstrom durch die zukünftige Nutzung, beim Liquidationswert durch Veräußerung generiert wird; lediglich die Quelle der Zahlungsströme variiert also.

Auf der Passivseite wirkt sich die Fortführungsprognose nicht auf die Bilanzierung der Höhe nach aus, und daher erfolgt bei beiden Methoden der Überschuldungsprüfung – in Orientierung am Handelsrecht – der gleiche Wertansatz.¹⁰⁴ Verbindlichkeiten sind damit grundsätzlich mit ihrem Rückzahlungsbetrag,¹⁰⁵ Rechnungsabgrenzungsposten in jedem Fall mit dem vollen Wert¹⁰⁶ und Rückstellungen mit dem Wert anzusetzen, der nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung benötigt wird.¹⁰⁷

1.1.2 Freiwillige Insolvenz

Im Gegensatz zu den erläuterten Insolvenzgründen der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung ist bei Vorliegen der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO nicht zwingend ein Insolvenzantrag zu stellen; es kommt darauf an, ob er im Interesse des Schuldners liegt. Der Antrag auf Grundlage der drohenden Zahlungsunfähigkeit stellt damit ein faktisches Wahlrecht dar. Das Unterlassen eines Antrags bei faktischem Vorliegen drohender Zahlungsunfähigkeit kann daher keine rechtlichen Konsequenzen für den Schuldner oder gesetzlichen Vertreter haben. Nach § 18 Abs. 2 InsO droht der Schuldner zahlungsunfähig zu werden, „wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.“ Der Zustand der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist eine weitere Ausprägung der Illiquidität, der erst im Zuge der Entwicklung der Insolvenzordnung ins Gesetz aufgenommen wurde. Er stellt einen der gravierendsten Unterschiede zur vorherigen Rechtslage dar. Ziel des Gesetzgebers war es vor allem, dem Schuldner einen Anreiz zu bieten, frühzeitig einen Insolvenzantrag zu stellen.¹⁰⁸ Damit einhergehend sollten vom Schuldner angestrebte Sanierungsbemühungen, die durch den Beginn des Insolvenzverfahrens häufig eine Vernachlässigung bzw. Einschränkung erfahren, durch eine Antragspflicht nicht behindert werden. Damit ferner Dritte eine solche an-

104 Vgl., auch im Folgenden, MÖHLMANN-MAHLAU, Die Überschuldungsprüfung (2005), S. 20 ff.

105 Unverzinsliche, noch nicht fällige und wiederkehrende Verbindlichkeiten sind mit ihrem Barwert anzusetzen, da sie auch während des Insolvenzverfahrens nach den §§ 41 Abs. 2 und 46 InsO in dieser Höhe zu berücksichtigen sind. Vgl. SCHMIDT-HERN, Die AG/KGaA in der Krise (2009), Rn. 39 und 42.

106 Da der Vertragspartner schon in Vorleistung getreten ist, ist fest damit zu rechnen, dass der Schuldner seiner Erfüllungspflicht weiterhin nachkommen muss.

107 Vgl. Urteil des OLG Hamburg vom 23.12.1980, BB 1981, S. 1441.

108 Vgl., auch im Folgenden, DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzordnung (1992), S. 114, NERLICH, Allgemeines zur Schuldnerberatung (2012), Rn. 26-34.

gestrebte Sanierung nicht behindern können, wurde das Antragsrecht auf den Schuldner beschränkt, die sog. Innenlösung also vom Gesetzgeber präferiert. Im Einzelnen sollen folgende Vorteile den Antrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit fördern:¹⁰⁹

- Einstellung der Zwangsvollstreckungen im Rahmen von Sicherungsmaßnahmen des § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO,
- Gegenstände, die mit Aus- oder Absonderungsrechten versehen sind, können nach § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO nicht vom Gläubiger verwertet oder eingezogen werden,
- Rückschlagsperre nach § 88 InsO,¹¹⁰
- Herausgabesperre im eröffneten Verfahren (§ 30d ZVG),
- Vorlage eines Insolvenzplans nach § 218 InsO,¹¹¹
- Antrag auf Eigenverwaltung nach den §§ 270 ff. InsO,¹¹²
- Chance auf Restschuldbefreiung nach den §§ 286 ff. InsO.¹¹³

Es wird deutlich, dass der Eigenantrag den Schuldner dahingehend unterstützen soll, dass dieser seine eigenen Vorstellungen der Sanierung des Unternehmens entwickeln und diese den Gläubigergruppen vorstellen kann.

Das Antragsrecht bei drohender Zahlungsunfähigkeit wird bei juristischen Personen bzw. einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit in § 18 Abs. 3 InsO eingeschränkt. Falls nicht alle Mitglieder des Vertretungsorgans, alle persönlich haftenden Gesellschafter oder alle Abwickler den Antrag geschlossen stellen, ist § 18 Abs. 1 InsO nur anzuwenden, wenn der Antragsteller für die juristische Person bzw. die Gesellschaft vertretungsberechtigt ist. So können einerseits alle Mitglieder des Vertretungsorgans, alle persönlich haftenden Gesellschafter oder alle Abwickler und andererseits ein Vertretungsberechtigter den Insolvenzantrag stellen.¹¹⁴ Für die Insolvenzgründe der §§ 17 und 19 InsO bestimmt § 15 InsO hingegen, dass „zum Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer juristischen Person oder einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit [...] außer den Gläubigern jedes Mitglied des Vertretungsorgans, bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder bei einer

109 Vgl., auch im Folgenden, DRUKARCZYK, *Drohende Zahlungsunfähigkeit* (2013), Rn. 3.

110 Sicherungen, die im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens von Insolvenzgläubigern erlangt wurden, werden mit der Verfahrenseröffnung unwirksam. Dadurch ist es dem Schuldner möglich, die verwertbare Masse zu erhalten.

111 Vgl. KUBMAUL/STEFFAN, *Insolvenzplanverfahren* (2000), S. 1849-1853 und Kapitel II.1.3.4.

112 Vgl. dazu insbesondere Kapitel II.1.3.5.

113 Dieser Tatbestand ist auf natürliche Personen beschränkt und gilt somit nicht für die hier betrachteten juristischen Personen; es findet daher keine weitergehende Betrachtung statt.

114 Vgl. detailliert zu Einzel- oder Gesamtvertretung SCHMERBACH, *Drohende Zahlungsunfähigkeit* (2013), Rn. 25-31.

Kommanditgesellschaft auf Aktien jeder persönlich haftende Gesellschafter, sowie jeder Abwickler berechtigt [ist].“ Die Verankerung von Abs. 3 in § 18 InsO ist dahingehend zu begründen, dass durch die genannten Einschränkungen keine überhasteten, schlecht koordinierten Anträge gestellt werden können.¹¹⁵ An dieser Einschränkung ist zu kritisieren, dass in der Auslegung des Tatbestandes durchaus Unklarheiten bestehen können. Falls die Vertretungsbefugten in der Gemeinschaft zu keiner einheitlichen Lösung gelangen, ist unklar, welche der Gruppierungen nach der rechtlichen Grundlage dazu berechtigt ist, ihre Absichten durchzusetzen. Zudem ist ein Ungleichgewicht in dem Sinne zu konstatieren, dass bei einer Gesamtvertretung ein Kompromiss zu finden ist, bei einer Einzelvertretung die Entscheidung jedoch bei einer einzelnen Person liegt.¹¹⁶

Zur Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist ein auf einem Finanzstatus aufbauender Finanzplan zu erstellen, der auch die Grundlage für die Beurteilung der Trennung der Zahlungsunfähigkeit von der bloßen Zahlungsstockung darstellt.¹¹⁷ Der Finanzplan lässt sich i.d.R. aus einer Plan-Bilanz und Plan-Gewinn- und Verlustrechnung ableiten. Die Ausgeglichenheit des Finanzplans ist Voraussetzung, um drohende Zahlungsunfähigkeit auszuschließen. Bei Identifizierung einer Liquiditätslücke ist weitergehend zu prüfen, ob das Unternehmen zur Schließung der Lücke externe Finanzierungsmöglichkeiten in Anspruch nehmen kann – wie etwa Kredite oder Eigenkapitalzufuhr.¹¹⁸ Durch eine Offenlegung der Bandbreiten sowohl bei der Ein- als auch bei der Auszahlungsplanung sollte die der Prognose immanente Unsicherheit aufgedeckt werden.¹¹⁹ Denn es kann selbst bei einer zunächst positiven Finanzplanung weiterhin Zahlungsunfähigkeit drohen, da sowohl die Chancen als auch die Risiken der Planung dargestellt werden; mithin wird angedeutet, dass sich die Planzahlen durch eine gewisse Unsicherheit auszeichnen.

115 Vgl., auch im Folgenden, TEMME, Eröffnungsgründe (1997), S. 86 ff.

116 Schon vor Einführung der Insolvenzordnung prophezeiten HESS/PAPE auf Basis der beiden vorgenannten Gründe, dass der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit keine Relevanz in der Praxis entwickeln wird. Vgl. HESS/PAPE, InsO und EGInsO (1995), Rn. 103.

117 Vgl., auch im Folgenden, WITTE, Finanzplanung der Unternehmung (1983), S. 41-45, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit (2009), Tz. 49 und Kapitel II.1.1.1. Zudem wurde in der Gesetzesbegründung festgelegt, dass der Schuldner vom Insolvenzgericht dazu angehalten werden kann, einen Liquiditätsplan zur Plausibilisierung des Insolvenzgrunds einzureichen. Vgl. DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzordnung (1992), S. 115.

118 Neben der Geldliquidität sind also auch die güterwirtschaftliche Liquidität, die verliehene Liquidität und die antizipierte Liquidität zu berücksichtigen. Vgl. dazu detailliert UHLENBRUCK, Drohende Zahlungsunfähigkeit (2010), Rn. 4 f.

119 Vgl. dazu OLBRICH/RAPP, Gerichtliche Abfindungspraxis (2012), S. 235. Vgl. auch detailliert und weiterführend HERING, Investitionstheorie (2008), S. 253-345.

Der Gesetzeswortlaut bestimmt, dass im Interesse der Rechtssicherheit für die Feststellung des Insolvenzgrunds der drohenden Zahlungsunfähigkeit ausschließlich die begründeten Zahlungsverpflichtungen maßgeblich sind.¹²⁰ Dabei wird in einmalige und in wiederkehrende Verpflichtungen unterschieden. In der Gesetzesbegründung heißt es allerdings, dass auch die Gesamtentwicklung der Finanzlage zu berücksichtigen ist.¹²¹ Daraus wird abgeleitet, dass noch nicht begründete, aber erwartete Verpflichtungen einzubeziehen sind.¹²² Dieser Ansicht ist zuzustimmen, da auf diese Weise das Vorsichtsprinzip gewahrt wird. Da der zur Identifizierung des Insolvenzgrunds aufzustellende Finanzplan zukunftsbezogen ist, müssen noch nicht begründete, aber erwartete Verpflichtungen Berücksichtigung finden. Eine Nichtbeachtung erwarteter, noch nicht begründeter Zahlungsverpflichtungen würde dem Zweck des Finanzplans entgegenlaufen, da Unternehmen regelmäßig neue Verpflichtungen eingehen, die die vorhandene Liquidität schmälern können. Falls z.B. die erwarteten, aber noch nicht begründeten Verpflichtungen eine kürzere Fristigkeit aufweisen als die zum Aufstellungszeitpunkt begründeten Verpflichtungen, wären die Ergebnisse des Finanzplans irreführend. Denn die kurzfristigeren, noch nicht begründeten Verpflichtungen würden bei Inanspruchnahme die Liquidität des Unternehmens vor Bedienung der bereits begründeten Verpflichtungen schmälern. Nur durch eine Betrachtung aller zum jeweiligen Zeitpunkt bestehenden und erwarteten Verpflichtungen sowie aller zur Verfügung stehenden Zahlungsmittel lassen sich daher Rückschlüsse auf eine Liquiditätsunterdeckung ziehen. Insofern ist der Gesetzesbegründung zu folgen, nach der die Gesamtentwicklung der Finanzlage zu berücksichtigen ist und damit auch erwartete, aber noch nicht begründete Zahlungsverpflichtungen in den Finanzplan aufzunehmen sind. Falls die erwarteten Verpflichtungen nicht als Auszahlung berücksichtigt werden, ist zu prüfen, ob Rückstellungen aufgrund der drohenden Verpflichtungen zu bilden sind. Auch diese wirken sich gleichermaßen auf die Auswertung des Finanzplans aus, da sie z.B. als Aufwendungen die Ausschüttungsgröße – mithin indirekt die Zahlungsbemessung – beeinflussen.

Diejenigen Vertreter, die nur die im Prüfungszeitpunkt begründeten Verpflichtungen als Ausgangspunkt der Feststellung des Insolvenzgrunds betrachten, lassen den Ansatz erwarteter Verpflichtungen ausschließlich im Finanzplan zu.¹²³ Es wird von die-

120 Vgl., auch im Folgenden, BURGER/SCHELLBERG, Die Auslösetatbestände im neuen Insolvenzrecht (1995), S. 264, KIRCHHOF, Drohende Zahlungsunfähigkeit (2011), Rn. 6, SCHMERBACH, Drohende Zahlungsunfähigkeit (2013), Rn. 7-11.

121 Vgl. DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzordnung (1992), S. 115.

122 Vgl., auch im Folgenden, UHLENBRUCK, Strafrechtliche Aspekte (1996), S. 4, TEMME, Eröffnungsgründe (1997), S. 61-64, FREGE/KELLER/RIEDEL, Insolvenzgründe (2008), Rn. 333. BITTMANN bezeichnet eine Nichtberücksichtigung zukünftig erwarteter Verpflichtungen durch Rekurrenzen auf den Gesetzeswortlaut gar als „wirklichkeitsfremde Regelung“. BITTMANN, Zahlungsunfähigkeit (1998), S. 326.

123 Vgl. KIRCHHOF, Drohende Zahlungsunfähigkeit (2011), Rn. 14 ff., SCHMERBACH, Drohende Zahlungsunfähigkeit (2013), Rn. 16-20.

sen Vertretern verkannt, dass der Finanzplan als prognostisches Element die Grundlage der Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit darstellt, sie mithin eine Berücksichtigung noch nicht begründeter Verpflichtungen bei Prüfung des Vorliegens des Insolvenzgrunds grundsätzlich bejahen. Eine Nichterfassung erwarteter, nicht begründeter Verpflichtungen wäre letztendlich nur dann vertretbar, wenn die drohende Zahlungsunfähigkeit auf Basis einer Zeitpunkt Betrachtung ermittelt würde und nicht auf Basis eines prospektiven, dynamisch ausgelegten Finanzplans – einer Zeitraum Betrachtung.¹²⁴

Für die Abgrenzung der zu berücksichtigenden von den nicht zu erfassenden Verpflichtungen ist der Planungshorizont eingehend zu bestimmen. Es sind selbstredend nur die begründeten und die erwarteten, noch nicht begründeten Verpflichtungen einzubeziehen, die im Prognosezeitraum liegen. Dieser wird gesetzlich nicht näher bestimmt. Im Grunde müsste der Planungshorizont regelmäßig bis auf den Zeitpunkt ausgedehnt werden, auf den die letzte begründete Verpflichtung datiert ist.¹²⁵ Ein Planungshorizont von mehreren Jahren wäre bei Befolgen dieser Ansicht nichts Außergewöhnliches, da etwa Kreditlinien regelmäßig eine lange Laufzeit aufweisen. Da mit Länge des Planungshorizonts die der Prognose immanente Unsicherheit anwächst, sollte im Interesse eines Mindestmaßes an Planungssicherheit ein überschaubarer Zeitraum zum Tragen kommen. Dies ist auch deshalb sinnvoll, da sich die Rechtsprechung zu dieser Frage bisher nicht geäußert hat.¹²⁶ Das in der Literatur geäußerte Spektrum geht sehr weit und umfasst folgende Vorschläge: einige Monate¹²⁷, ein Jahr¹²⁸, das laufende und kommende Geschäftsjahr¹²⁹, maximal zwei Jahre¹³⁰, maximal drei Jahre¹³¹, der Termin der spätesten, begründeten Verpflichtung¹³². Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass sich an der Länge eines Geschäftsjahres orientiert wird, der Planungshorizont gemeinhin zwölf Monate beträgt. Für diese Ansicht spricht die Tatsache, dass auch bei Erstellung der handelsrechtlichen Fortführungsprämisse dieser Zeitraum als überschaubar gilt, und eine Prognose daher hinreichende

124 Zum gleichen Schluss gelangt BITTMANN, Zahlungsunfähigkeit (1998), S. 325.

125 Vgl. dazu DRUKARCZYK, Drohende Zahlungsunfähigkeit (2013), Rn. 55-58.

126 Vgl. SCHMERBACH, Drohende Zahlungsunfähigkeit (2013), Rn. 14.

127 Vgl. MÖNNING, Drohende Zahlungsunfähigkeit (2002), Rn. 34.

128 Vgl. BITTMANN, Zahlungsunfähigkeit (1998), S. 325.

129 Vgl. INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit (2009), Tz. 51.

130 Vgl. FREGE/KELLER/RIEDEL, Insolvenzgründe (2008), Rn. 333a, KIRCHHOF, Drohende Zahlungsunfähigkeit (2011), Rn. 8.

131 Vgl. SCHMERBACH, Drohende Zahlungsunfähigkeit (2013), Rn. 13.

132 Bis zu diesem Zeitpunkt sollte der maximal nutzbare Prognosehorizont verstanden werden; er erfährt durch Verweis auf das Unsicherheitsproblem regelmäßig eine Einschränkung. Vgl. dazu DRUKARCZYK, Drohende Zahlungsunfähigkeit (2013), Rn. 55-58.

Sicherheit haben dürfte.¹³³ Eine Ausdehnung über diesen Zeitraum hinaus ist denkbar, jedoch sollte dies nur in begründeten Ausnahmefällen geschehen.

Es ließe sich dennoch genau in die Gegenrichtung argumentieren, da gerade in Krisenzeiten kürzere Zeiträume wegen des Anstiegs der Unsicherheitsproblematik gefordert werden könnten. In diesem Fall wären pro Geschäftsjahr mehrere Prognosen zu erstellen, um mit einer höheren Wahrscheinlichkeit gewährleisten zu können, dass die Zahlungsverpflichtungen in jedem Zeitpunkt gedeckt sind. Dies würde jedoch dazu führen, dass Maßnahmen, die zur Behebung der Zahlungsprobleme ergriffen wurden, regelmäßig ausgeklammert würden. Deren Erfolge lassen sich häufig erst nach längerer Zeit und nicht innerhalb eines Geschäftsjahres nachweisen. Welcher Zeitraum letztendlich gewählt wird, ist für den jeweiligen Einzelfall zu prüfen bzw. zu begründen. Abzulehnen sind lediglich Zeiträume von zwei und mehr Jahren, da diese vor allem durch die – meist zu positiven – Erwartungen der Ersteller gepaart mit einer erhöhten Unsicherheit immense Manipulationsspielräume eröffnen.

Um faktisch wegen drohender Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag zu stellen, muss die Liquiditätsunterdeckung jedoch laut Gesetzeswortlaut „voraussichtlich“ sein.¹³⁴ Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit muss damit wahrscheinlicher als deren Vermeidung sein. Auch bei dieser Beurteilung ist – wie bei Prüfung der Zahlungsunfähigkeit – die Wahrscheinlichkeit als nicht exakt quantifizierbare Hypothesenwahrscheinlichkeit und nicht als statistisch quantifizierbare Ereigniswahrscheinlichkeit zu verstehen.¹³⁵ Wie bei der Zahlungsunfähigkeit ist hier eine zehnpromtente Liquiditätslücke ebenfalls unbedenklich, soweit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit deren Schließung zu rechnen ist.¹³⁶ Sowohl bei Über- als auch bei Unterschreiten der Lücke kann davon ausgegangen werden, dass widerlegbar bzw. begründbar Zahlungsunfähigkeit nicht droht bzw. droht. Die Zehn-Prozent-Grenze ist nicht als starre Grenze, sondern nur als etwaiger Richtwert zu verstehen, ab dem von Zahlungsunfähigkeit ausgegangen werden kann.

Es ist indes zu konstatieren, dass – wie erwähnt – weniger als ein Prozent der Insolvenzanträge auf dem Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit basieren. Bei einem Eröffnungsantrag aufgrund drohender Zahlungsunfähigkeit kann vor allem die zentrale Rolle der Gläubiger im Insolvenzverfahren problematisch sein.¹³⁷ So ist es denkbar, dass der Antragsteller mit dem Insolvenzverfahren eine Sanierungsabsicht per Insolvenzplan¹³⁸ oder Eigenverwaltung im Sinn hatte, die Gläubigerver-

133 Vgl. dazu Kapitel III.1.2.

134 Vgl., auch im Folgenden, DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzordnung (1992), S. 115.

135 Vgl. Kapitel II.1.1.1.

136 Vgl., auch im Folgenden, KIRCHHOF, Drohende Zahlungsunfähigkeit (2011), Rn. 12.

137 Vgl., auch im Folgenden, UHLENBRUCK, Akzeptanz des Insolvenzauslösers (2003), S. 450 f.

138 Vgl. detailliert zum Insolvenzplan Kapitel II.1.3.4.

sammlung im Berichtstermin die ursprüngliche Intention jedoch nicht mitträgt und einen anderweitigen Entschluss fällt, mithin z.B. die Liquidation des Unternehmens beschließt.¹³⁹ Bei Vorstellung eines Insolvenzplans ist es nicht ausgeschlossen, dass die Mehrheit der Gläubigergruppen¹⁴⁰ diesem nicht zustimmt, er damit hinfällig wird, und unplanmäßig das Regelinsolvenzverfahren daran anschließt. Es ist allerdings auch der umgekehrte Fall in Betracht zu ziehen. Falls eine der Gläubigergruppen gegen den Insolvenzplan stimmt, ist es möglich, dass deren Zustimmung nach § 245 InsO fingiert wird.¹⁴¹ Der Antrag auf Eigenverwaltung¹⁴² birgt vor allem die Gefahr, dass diese vom Insolvenzgericht abgelehnt wird, und dadurch das Regelinsolvenzverfahren über das Vermögen eröffnet wird. Ein Verhindern des Verfahrens und der damit i.d.R. zusammenhängenden Zerschlagung des Unternehmens ist nach der Eröffnung des Verfahrens häufig nicht mehr möglich. Zudem wird es oftmals so sein, dass der Schuldner auf Möglichkeiten hofft, sein Vermögen ohne die rechtlichen Bedingungen des Insolvenzverfahrens zu retten.¹⁴³ Er wird nach dem letzten Strohalm greifen, um der Insolvenz zu entgehen, mithin keinen freiwilligen Antrag stellen.

Nicht zuletzt unterliegt der Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit einer hohen Betrugsgefahr.¹⁴⁴ So sind in der Praxis häufig Konstellationen anzutreffen, in denen ein Insolvenzantrag aufgrund drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt wird, dieser jedoch lediglich dem Antragsteller dazu dient, eine Strafverfolgung wegen Insolvenzverschleppung zu vermeiden. In diesen Fällen liegt bei Stellung des Antrags bereits entweder eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder eine Überschuldung vor. Im Rahmen der Amtsermittlungspflicht hat das Insolvenzgericht selbstverständlich zu prüfen, ob der Antrag ausschließlich aus Verschleierungsgründen gestellt wurde. Diese Ex-Post-Prüfung ist jedoch nur begrenzt durchführbar, da das Insolvenzgericht

139 Für den Schuldner ist es nicht möglich, entgegen dem Beschluss der Gläubigerversammlung zu handeln. Denn § 78 InsO bestimmt, dass ein Aufheben des Beschlusses nur möglich ist, soweit dieser den Interessen der Insolvenzgläubiger zuwiderläuft. Da der Schuldner nicht zu der Gruppe der Gläubiger zählt, kann dieser den Beschluss nicht aufheben.

140 Die Gruppenbildung erfolgt nach § 222 InsO. Es ist zumindest in absonderungsberechtigte, nicht nachrangige und nachrangige – unterteilt in Rangklassen – Insolvenzgläubiger und in die am Schuldner beteiligten Personen – sofern in deren Rechte eingegriffen wird – zu unterscheiden. Häufig verfolgen die unterschiedlichen Gruppierungen daher divergierende Interessen und versuchen eventuell, den Insolvenzplan zu verhindern. Vgl. zu diesem Problem auch Kapitel IV.2.1.

141 Dazu müssen kumulativ die Bedingungen des § 245 Abs. 1 InsO erfüllt sein. Die den Insolvenzplan ablehnende Gruppierung darf durch den Insolvenzplan nicht schlechter gestellt werden als ohne, sie sind angemessen – die Angemessenheit bestimmt sich nach § 245 Abs. 2 InsO – am wirtschaftlichen Wert zu beteiligen, und die Mehrheit der abstimmenden Gruppen muss mit der erforderlichen Mehrheit für die Annahme des Insolvenzplans gestimmt haben.

142 Vgl. detailliert zur Eigenverwaltung Kapitel II.1.3.5.

143 Vgl. HESS/PAPE, InsO und EGInsO (1995), Rn. 102.

144 Vgl., auch im Folgenden, SIETZ, Die Insolvenzgründe (2010), Rn. 21.

dafür einerseits unternehmensinterne Daten benötigt, und diese andererseits der Manipulationsmöglichkeit des Geprüften unterliegen.

1.2 Der Berichtstermin

Im Berichtstermin – für den § 156 InsO maßgeblich ist – steht es der Gläubigerversammlung nach § 157 InsO zu, über die Verfahrensweise während des Insolvenzverfahrens abzustimmen.¹⁴⁵ Die folgende Abbildung ordnet den Berichtstermin in das Insolvenzverfahren ein:

¹⁴⁵ Zumindest bis zu diesem Zeitpunkt hat der Insolvenzverwalter das Unternehmen fortzuführen. Eine vorherige Stilllegung ist nur unter strenger Beachtung der §§ 22 und 158 InsO möglich. Obligatorische Punkte der Tagesordnung sind eine Entscheidung über Beibehalten oder Neuwahl des Insolvenzverwalters (§ 57 InsO), die Wahl eines Gläubigerausschusses und dessen Besetzung (§ 68 InsO), die Bestimmung der Hinterlegungsstelle (§ 149 InsO), Beschlüsse über besonders bedeutende Rechtshandlungen (§§ 160, 162, 163 InsO) und Zwischenrechnungen des Insolvenzverwalters (§ 66 Abs. 3 InsO, betreffend die interne Rechnungslegung, die nicht an die handelsrechtlichen Vorschriften gebunden ist). Vgl., auch im Folgenden, GÖRG/JANSSEN, Berichtstermin (2013), Rn. 10.

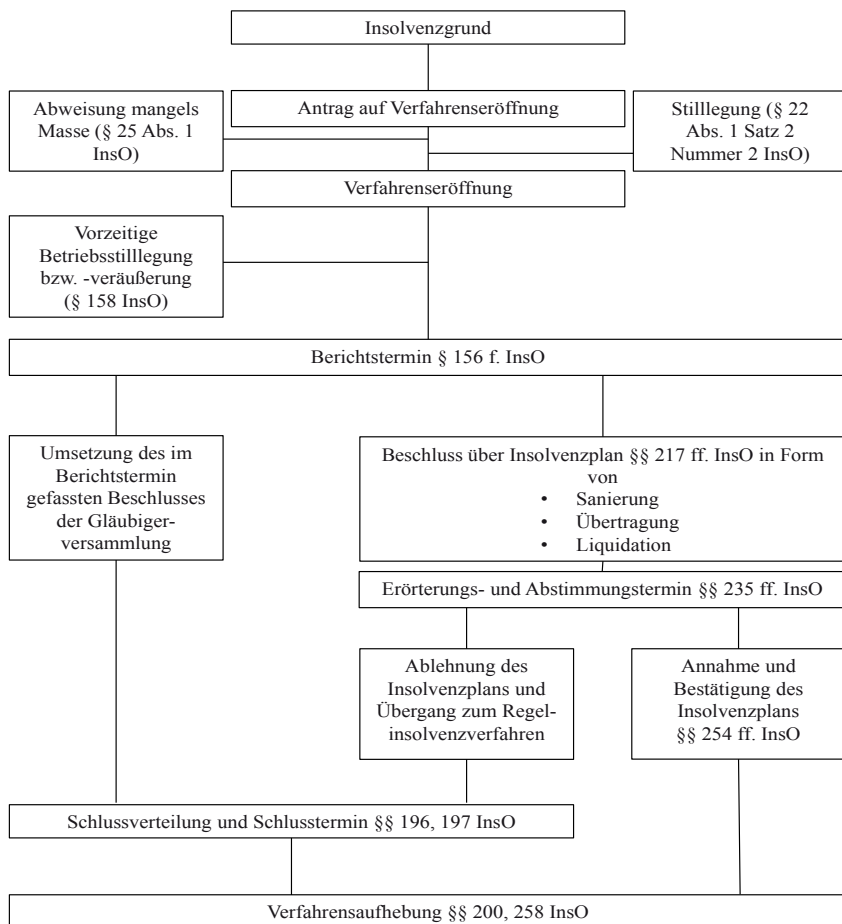


Abbildung 3: Der Ablauf des Insolvenzverfahrens¹⁴⁶

Am Entscheidungsprozess der Gläubigerversammlung sind die Gruppen beteiligt, die vom Insolvenzverfahren betroffen sind. Die Versammlung setzt sich nach § 74 Abs. 1 InsO aus den absonderungsberechtigten Gläubigern, den Insolvenzgläubigern, dem Insolvenzverwalter, den Mitgliedern des Gläubigerausschusses und dem Schuldner zusammen. Der Grundsatz des Gläubigerschutzes im deutschen Rechtsraum entfaltet

¹⁴⁶ Modifiziert entnommen aus FISCHER-BÖHNLEIN/KÖRNER, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2001), S. 191.

damit auch während des Insolvenzverfahrens weiterhin seine Geltung. Die Entscheidung über die weitere Verfahrensweise trifft die Gläubigerversammlung auf Basis eines Verwalterberichts, dessen Pflichtinhalte § 156 InsO bestimmt. Die Gläubiger sind über die wirtschaftliche Lage¹⁴⁷ des Unternehmens und die Ursache der Insolvenz¹⁴⁸ zu informieren. Zudem sollen die Chancen eines Erhalts des Unternehmens bzw. die Chance auf Aufstellung eines Insolvenzplans erörtert werden.¹⁴⁹ Konsequenterweise hat der Bericht daneben die Entscheidungsauswirkungen der Alternativen für die Gläubiger darzustellen. Ausgestaltung und Umfang der Erläuterungen weichen im Einzelfall voneinander ab; der Verwalter bestimmt diese individuell.¹⁵⁰ Aus § 156 Abs. 1 InsO ergibt sich, dass der Verwalter seinen Bericht bei zumindest einmaliger Anwesenheit mündlich vorzutragen hat. Weitere direkte gesetzliche Pflichten sind nicht ersichtlich, es wird jedoch eine schriftliche Niederlegung des Berichts

147 Bei Darstellung der wirtschaftlichen Lage kann sich am Lagebericht des HGB orientiert werden. Weiterhin sind die rechtliche Situation – etwa Rechtsform und Gesellschafterbeziehungen –, die betriebliche Struktur, die Vermögens- bzw. Ertragsverhältnisse sowie die bisher ergriffenen Maßnahmen darzustellen. Die Abbildung des Vermögens orientiert sich an der zu erstellenden Vermögensübersicht des § 153 InsO, die der Ertragsverhältnisse an der Gewinn- und Verlustrechnung des HGB. Vgl. UNDRITZ/FIEBIG, Berichtstermin (2004), Rn. 4-10 und DECKER, Berichtstermin (2012), Rn. 4.

148 Es sind die Auslöser der Insolvenz zu identifizieren. In Frage kommen neben externen – wie z.B. konjunkturelle Schwankungen – auch unternehmensinterne Krisenursachen – wie z.B. schlechte Unternehmensführung. Die vermeintlichen Fehler der Unternehmensführung sind im Bericht offenzulegen, um durch Analyse des Fehlverhaltens eine Basis für Entscheidungen der zukünftigen Verfahrensweise zu treffen; diese beseitigt im Idealfall die identifizierten Nachteile. Für die Wahl der weiteren Vorgehensweise empfiehlt sich eine eingehende Analyse der bisherigen Fehler und Schwachstellen. So ist es nur auf Grundlage dieser Analyse möglich, neben den Sanierungsmöglichkeiten auch die Möglichkeiten der zumindest zeitweiligen Fortführung zu beurteilen. Vgl. UHLENBRUCK, Sanierung und Reorganisation (1981), S. 539.

149 Es kann sinnvoll sein, schon im Berichtstermin einen ersten Entwurf eines Insolvenzplans vorzulegen. Vgl. UNDRITZ/FIEBIG, Berichtstermin (2004), Rn. 13. Die Vorlage ist keinesfalls zwingend, eine Erläuterung der Eckdaten ist ausreichend, um der Gläubigerversammlung eine Entscheidungsalternative aufzuzeigen. Der Insolvenzverwalter erklärt sich bereit, einen entsprechenden Plan auf Grundlage der Eckpunkte der Vorlage zu entwickeln. Vgl. BALTHASAR, Berichtstermin (1999), Rn. 25 f. und GÖRG/JANSSEN, Berichtstermin (2013), Rn. 29-33. Falls Chancen auf eine Sanierung ohne Insolvenzplan erkannt werden, ist ein auf einem Sanierungskonzept aufbauender Sanierungsplan zu entwickeln, bei dessen Erstellung die Vorgaben des IDW S 6 prinzipiell Berücksichtigung finden sollten. Vgl. dazu eingehend INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (2013).

150 Falls der Verwalter schuldhaft unrichtige und/oder nicht vollständige Informationen im Bericht darstellt, und die Gläubigerversammlung auf Grundlage dieser Informationen eine Entscheidung trifft, die auf Basis einer richtigen und/oder vollständigen Informationsgrundlage anders ausgefallen wäre, besteht für den Verwalter eine Haftungsgefahr des § 60 InsO. Vgl. UNDRITZ/FIEBIG, Berichtstermin (2004), Rn. 15. Nur in der ersten Gläubigerversammlung, die regelmäßig mit dem Berichtstermin zusammenfällt, besteht die Möglichkeit, den Verwalter nach § 57 InsO abzuwählen. Weitere Möglichkeiten, gegen den Verwalter vorzugehen, stehen der Versammlung nicht zu. Vgl. RIES, Berichtstermin (2011), Rn. 5.

empfohlen.¹⁵¹ Neben der Gläubigerversammlung ist nach § 156 Abs. 2 InsO den weiteren, am Prozess beteiligten Gruppen – namentlich dem Schuldner, dem Gläubigerausschuss¹⁵², dem Betriebsrat, dem Sprecherausschuss – Gelegenheit zu geben, zum Bericht des Verwalters Stellung zu nehmen, um so auf die Entscheidung der Versammlung Einfluss nehmen zu können.¹⁵³

Grundlegend stehen der Gläubigerversammlung vier Wahlmöglichkeiten der Verfahrensabwicklung offen:

- Sofortige Zerschlagung bzw. Stilllegung
- Das vorläufige Weiterführen der Unternehmenstätigkeit
- Verkauf des ganzen Unternehmens oder von Teilen des Unternehmens – die sog. übertragende Sanierung
- Die dauerhafte Fortführung des Unternehmens, i.d.R. durch Erstellung eines Insolvenzplans

Der zuständige Insolvenzverwalter hat den Wünschen der Gläubigerversammlung nachzukommen und die Verwaltung bzw. Verwertung der Insolvenzmasse zu organisieren.¹⁵⁴ Die Alternativen sind miteinander kombinierbar, so ist z.B. eine Teilbetriebsveräußerung mit der Fortführung des restlichen Unternehmens möglich. Eine

151 Vgl. DECKER, Berichtstermin (2012), Rn. 3. Der Verwalterbericht wird nach § 4 InsO i.V.m. § 160 Abs. 3 und 5 ZPO im Berichtstermin Protokollanlage und macht daher eine schriftliche Niederlegung notwendig. Vgl. UHLENBRUCK, Berichtstermin (2010), Rn. 5. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass gerade bei Großverfahren ein schriftlicher Bericht den Verwalter erst in die Lage versetzt, einen detaillierten mündlichen Bericht zu liefern.

152 Über § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO ist die Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses durch das Insolvenzgericht etabliert worden. § 22a InsO bestimmt die zwingenden Voraussetzungen und die fakultative Möglichkeit des Einsetzens eines Gläubigerausschusses. Vgl. dazu MÖNNING, Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses (2012), Rn. 6-38, EHLERS, Teilnahme und Nutzen einer Mitgliedschaft im Gläubigerausschuss (2013), S. 259-264, FRIND, Probleme bei Bildung und Kompetenz des vorläufigen Gläubigerausschusses (2013), S. 265-270. Vgl. zu Chancen und Risiken der Mitwirkung im Ausschuss GRELL/KLOCKENBRINK, Gläubigermitbestimmung in Insolvenzverfahren (2013), S. 1038-1045; weitere Regelungen zur Einsetzung eines Gläubigerausschusses finden sich in den §§ 67-73 InsO.

153 Neben den in Satz 1 genannten Gruppen wird nach Satz 2 – sofern der Schuldner Handels- bzw. Gewerbetreibender oder Landwirt ist – auch den amtlichen Vertretern der Industrie, des Handels, des Handwerks oder der Landwirtschaft die Gelegenheit zur Äußerung gegeben. Ob damit einhergehend ein Recht für diese Gruppen zu mindestens einmaliger Anwesenheit besteht, ist streitig. UHLENBRUCK, Berichtstermin (2010), Rn. 16 befürwortet dies, BALTHASAR, Berichtstermin (1999), Rn. 43 lehnt es dagegen ab. Das Recht auf Äußerung ist fakultativ, sodass keine dieser Gruppen zur Nutzung des Rechts verpflichtet ist. Die Stellungnahme kann auch schriftlich erfolgen und ist dann im Berichtstermin zu verlesen.

154 Vgl. EHRIKKE, Beschlüsse der Gläubigerversammlung (2013), Rn. 31.

Abweisung der Eröffnung des Verfahrens mangels Masse wird in der vorliegenden Ausarbeitung expressis verbis ausgeschlossen.¹⁵⁵

Geleitet wird die Gläubigerversammlung nach § 76 Abs. 1 InsO vom Insolvenzgericht, welches für einen geordneten Ablauf verantwortlich ist. Es soll eine neutrale Stellung einnehmen,¹⁵⁶ die Entscheidungsfindung der Versammlung unterstützen und im Streitfall zwischen den Gläubigergruppen eine vermittelnde Position einnehmen.¹⁵⁷ Die Beschlussfähigkeit der Gläubigerversammlung wird in der Insolvenzordnung nicht näher beschrieben. Als beschlussfähig gilt sie, sobald ein Gläubiger, der ein Stimmrecht innehat und an der Versammlung teilnehmen will, anwesend ist.¹⁵⁸ Damit ist ebenso der Extremfall denkbar, dass lediglich ein Gläubiger den Beschluss ohne Kompromissfindung fassen kann.¹⁵⁹ Bei dieser Konstellation besteht mithin die Gefahr, dass sich Entscheidungen – soweit sie keiner expliziten Mehrheit bedürfen – gegen die eigentlichen Interessen der restlichen Gläubigergruppen richten können. Ein nachträgliches Eingreifen ist nicht mehr ohne weiteres möglich,¹⁶⁰ jedoch auch nicht notwendig, da es die freie Entscheidung der Gläubiger ist, an der Versammlung

155 Nach § 26 InsO erfolgt eine Abweisung des Insolvenzantrags auf Eröffnung – auch bei Vorliegen eines Insolvenzgrunds – mangels Masse, wenn das Vermögen des Schuldners die Kosten des Verfahrens voraussichtlich nicht decken wird. Auch an dieser Stelle ist eine Prognose zu erstellen, der die gleichen Probleme immanent sind, die schon bei Prüfung der Zahlungsunfähigkeit besprochen wurden. Die Kostendeckung des Verfahrens ist durch einen Gutachter festzustellen. Die Erstellung einer hinreichenden Prognose ist nur möglich, soweit der Schuldner dem Gutachter Einsicht in die benötigten Unterlagen gewährt. Vgl. dazu und weitergehend zur Problematik der Aushändigung von Informationen des Schuldners an den Gutachter HAARMAYER/WUTZKE/FÖRSTER, *Verfahrensarchitektur* (2011), Rn. 66-69.

156 Die neutrale Schiedsfunktion des Gerichts hat jedoch nicht zur Folge, dass sich dieses gar nicht zum Verfahren äußert. Um die Erfordernisse des zivilprozessualen Verfahrens zu erfüllen, sind die §§ 139 und 278 Abs. 3 ZPO zu befolgen. Das Gericht ist dazu berechtigt, der Gläubigerversammlung verfahrensrechtliche Hinweise zu erteilen bzw. die Anwesenden über ihre Rechte in Kenntnis zu setzen. Entscheidungsbeeinflussende Hinweise sind jedoch auch in Anbetracht der ZPO nicht rechtmäßig. Vgl. BLERSCH, *Beschlüsse der Gläubigerversammlung* (2000), Rn. 6, EHRIKKE, *Beschlüsse der Gläubigerversammlung* (2013), Rn. 10.

157 So lautet explizit die Forderung im Gesetzesentwurf der Insolvenzordnung. Vgl. dazu DEUTSCHER BUNDESTAG, *Insolvenzordnung* (1992), S. 80.

158 Die Stimmberechtigung richtet sich nach § 77 InsO. Der Teilnahmewille wird i.d.R. durch bloße Anwesenheit zum Ausdruck gebracht. Falls ein einzelner Gläubiger anwesend ist, aber lediglich dann teilnehmen möchte, wenn mehrere Gläubiger teilnehmen, ist dies ausdrücklich zu kommunizieren. Falls nach dieser Erklärung keine weiteren Gläubiger teilnehmen, wird die Nichtteilnahme jeglicher Gläubiger fingiert. Vgl. dazu EHRIKKE, *Beschlüsse der Gläubigerversammlung* (2013), Rn. 16.

159 Vgl. Urteil des LG Berlin vom 10.10.1928, *KonkTreuH* 1929, S. 47.

160 Die Beschlüsse sind nicht anfechtbar. Vgl. dazu Urteil des OLG Saarbrücken vom 14.12.1999, NZI 2000, S. 179, Urteil des OLG Zweibrücken vom 19.10.2000, NZI 2001, S. 35. Ausnahmsweise sind die Beschlüsse dann hinfällig, wenn sie als nichtig gelten. Vgl. zu Fällen, bei denen von Nichtigkeit auszugehen ist, EHRIKKE, *Beschlüsse der Gläubigerversammlung* (2013), Rn. 34 f.

teilzunehmen. Da ihnen bewusst sein muss, dass sie ohne Teilnahme keinen Einfluss auf die Entscheidungen nehmen können, müssen die Interessen der nicht teilnehmenden Gläubiger keinem besonderen Schutzbedürfnis unterliegen.

Die Beschlussfassung richtet sich nach § 76 Abs. 2 InsO.¹⁶¹ Ein Beschluss kommt dann zustande, wenn die Summe der Forderungsbeträge der zustimmenden Gläubiger mehr als die Hälfte der Summe der Forderungsbeträge der abstimmenden Gläubiger beträgt.¹⁶² Bei Stimmenthaltung eines Gläubigers bleibt dessen Forderung in der Summe der Gesamtforderungen unberücksichtigt, sodass sich die Summe der Forderungsbeträge entsprechend verringert.¹⁶³ Im Fall der Summengleichheit, welcher kurioserweise nicht explizit in der Insolvenzordnung geregelt ist, gelten die jeweiligen Vorschläge nach h.M. als nicht angenommen, da keine absolute Mehrheit für die Annahme des Beschlusses zustande gekommen ist.¹⁶⁴ Die getroffenen Beschlüsse der Gläubigerversammlung sind für den Verwalter grundsätzlich bindend; andernfalls würde die Gläubigerbeteiligung ad absurdum geführt. Solange keine anders lautenden Beschlüsse getroffen werden, sind alle Gläubiger an die bisherigen gebunden.¹⁶⁵

Da die bloße Teilnahme an der Gläubigerversammlung nicht gleichzeitig dazu berechtigt, an Abstimmungen teilzunehmen, ist in § 77 InsO die Feststellung des Stimmrechts kodifiziert.¹⁶⁶ Danach gewähren die Forderungen ein Stimmrecht, die bereits angemeldet und weder vom Insolvenzverwalter noch von stimmberechtigten Gläubigern bestritten sind.¹⁶⁷ Ein Stimmrecht haben grundsätzlich Insolvenzgläubiger

161 Vgl. EHRICKE, Beschlüsse der Gläubigerversammlung (2013), Rn. 15-31.

162 Durch das sich nach der Summenmehrheit richtende Abstimmungsverfahren haben Großgläubiger einen tendenziell starken Einfluss auf die Entscheidungsfindung; dieser starke Einfluss ist auf diese Abstimmung beschränkt. Z.B. bei der Wahl eines neuen Insolvenzverwalters nach § 57 InsO gilt neben der Summen- auch die Kopfmehrheit. Damit ist gewährleistet, dass der Verwalter nicht der Gefahr unterliegt, durch einzelne Großgläubiger abgewählt zu werden, obwohl er seine Pflichten für die Mehrzahl der Gläubiger zufriedenstellend wahrnimmt. Die Ergänzung der Kopfmehrheit gilt sonst nur bei Abstimmung über die Annahme eines Insolvenzplans nach § 244 InsO. Vgl. hierzu detailliert und im Folgenden, MAROTZKE, Gläubigerautonomie (2001), S. 173 f.

163 Vgl., auch im Folgenden, EHRICKE, Beschlüsse der Gläubigerversammlung (2013), Rn. 15-31.

164 Vgl., auch im Folgenden, DELHAES, Beschlüsse der Gläubigerversammlung (2008), Rn. 4, UHLENBRUCK, Beschlüsse der Gläubigerversammlung (2010), Rn. 33, EICKMANN, Beschlüsse der Gläubigerversammlung (2011), Rn. 11, EHRICKE, Beschlüsse der Gläubigerversammlung (2013), Rn. 31.

165 Vgl., auch im Folgenden, EHRICKE, Beschlüsse der Gläubigerversammlung (2013), Rn. 15-31.

166 Vgl. EHRICKE, Feststellung des Stimmrechts (2013), Rn. 1-25.

167 Unterstellt wird, dass die Gläubigerversammlung vor dem Prüfungstermin, in welchem der Insolvenzverwalter die Forderungen einer gesonderten Prüfung unterzieht, stattfindet. Damit ist an dieser Stelle zweitrangig, ob die Forderung förmlich angemeldet bzw. geprüft wurde. Die bloße Nennung einer Forderung durch den Gläubiger ist damit bei der Gläubigerversammlung ausreichend, um ein Stimmrecht zu erhalten. Die Feststellung des Stimmrechts hat keine Ausstrah-

i.S.d. § 38 InsO und absonderungsberechtigte Gläubiger i.S.d. §§ 49 ff. InsO.¹⁶⁸ Sie sind nur stimmberechtigt, sofern sie der Gläubigerversammlung beiwohnen, eine schriftliche Abstimmung ist nicht vorgesehen. Nicht stimmberechtigt sind Massegläubiger und nachrangige Gläubiger. Massegläubiger sind nicht stimmberechtigt, da sich deren Ansprüche erst nach Verfahrensbeginn begründen.¹⁶⁹ Die Differenzierung der nachrangigen Gläubiger von den Insolvenzgläubigern ist wichtig, da Forderungen der nachrangigen Gläubiger erst befriedigt werden können, wenn nach Befriedigung aller anderen Gläubigergruppen noch verteilungsfähige Masse vorhanden sein sollte.¹⁷⁰ Eine Aufzählung der entsprechenden, nachrangig zu befriedigenden Forderungen findet sich in § 39 Abs. 1 InsO. Aussonderungsberechtigte Gläubiger erhalten kein Stimmrecht, da diesen die Erlaubnis zur Teilnahme an der Gläubigerversammlung fehlt.¹⁷¹ Ein gesondertes Schutzbedürfnis weist diese Gruppe nicht auf, da sie durch die Möglichkeit, die Herausgabe von Gegenständen aus der Insolvenzmasse zu erzwingen, ausreichend geschützt ist.

Die Stimmberechtigung der Gläubiger, deren Forderung vom Insolvenzverwalter oder von anderen stimmberechtigten Gläubigern bestritten wurde, richtet sich nach § 77 Abs. 2 InsO.¹⁷² Bei Bestreiten der Forderung treffen der Verwalter und die erschienenen stimmberechtigten Gläubiger in der Versammlung oder bei Nichteinigung der Parteien das Insolvenzgericht die Entscheidung über das Stimmrecht. Auf diesem Wege wird verhindert, dass die Gläubiger, die eine bestrittene Forderung halten, bis zur formalen Feststellung ihrer Forderung auf den Entscheidungsprozess keinen Einfluss haben.

Die Beschlüsse der Gläubigerversammlung sind – wie erwähnt – grundsätzlich nicht anfechtbar. Ein Korrektiv dazu stellt die Regelung des § 78 InsO dar, durch die mittelbar in Form eines Antrags beim Insolvenzgericht ein Vorgehen gegen die Entscheidung der Versammlung möglich ist. Danach können absonderungsberechtigte Gläubiger, nicht nachrangige Insolvenzgläubiger oder der Insolvenzverwalter eine

lungswirkung auf den späteren Prüfungstermin. Vgl. dazu Urteil des AmtsG Hamburg vom 13.01.2000, NZI 2000, S. 138.

168 Vgl., auch im Folgenden, EHRICKE, Feststellung des Stimmrechts (2013), Rn. 1-25.

169 Massegläubiger sind gegenüber den anderen Gläubigergruppen vorrangig zu befriedigen. Dieses Vorgehen wurde gewählt, da diese unter erhöhtem Ausfallrisiko Geschäftsvorfälle mit dem Unternehmen in Insolvenz eingehen; ein geordneter Verfahrensablauf wäre ohne diese Gläubiger nicht möglich. Ohne die Vorwegbefriedigung würde jedoch kein rational denkender Geschäftspartner Geschäftsbeziehungen zum Unternehmen in Insolvenz pflegen. Vgl. dazu PAPE/SCHALTKE, Massegläubiger (2011), Rn. 16 f.

170 Vgl., auch im Folgenden, FREGE/KELLER/RIEDEL, Beteiligte des Insolvenzverfahrens (2008), Rn. 912-916.

171 Vgl., auch im Folgenden, HERZIG, Feststellung des Stimmrechts (2012), Rn. 4, EHRICKE, Feststellung des Stimmrechts (2013), Rn. 2.

172 Vgl., auch im Folgenden, HERZIG, Feststellung des Stimmrechts (2012), Rn. 6-18.

Aufhebung beantragen, sofern die getroffene Entscheidung gegen das gemeinsame Interesse der Insolvenzgläubiger¹⁷³ spricht. Damit soll vor allem verhindert werden, dass eine in der Versammlung vorhandene Mehrheit missbräuchlich verwendet wird.¹⁷⁴ § 78 InsO beschneidet die Gläubigerautonomie nur dann, wenn das Insolvenzgericht im Zuge seiner Rechtsaufsicht auf Antrag hin tätig wird.¹⁷⁵ Von Amts wegen ist ein Eingreifen des Insolvenzgerichts nicht zulässig, so muss erst eine dazu berechtigte Partei tätig werden, damit das Insolvenzgericht einen Beschluss aufheben kann. Das bedeutet, dass das Insolvenzgericht ohne Antrag selbst dann nicht tätig werden kann, wenn es die Benachteiligung des gemeinsamen Interesses der Gläubiger identifiziert.

Falls es zur Aufhebung kommt, ist der Beschluss – § 9 InsO folgend – öffentlich bekannt zu geben.¹⁷⁶ Dadurch ist gewährleistet, dass jeder, der zur Beschwerde gegen den Beschluss berechtigt ist, von diesem in Kenntnis gesetzt wird. Die öffentliche Bekanntmachung ist der Referenzzeitpunkt für die bei Einlegen einer Beschwerde

173 Das gemeinsame Interesse der Gläubiger ist gewahrt, wenn die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger durch die Entscheidung der Versammlung gewährleistet ist. Die Interessen der absonderungsberechtigten Gläubiger sind – trotz ihres Stimmrechts in der Gläubigerversammlung und des Antragsrechts auf Aufhebung eines Beschlusses – zu vernachlässigen, da der Wortlaut des § 78 InsO auf die Insolvenzgläubiger abstellt. Daher sind auch eventuelle Sonderinteressen der Massegläubiger sowie des Schuldners außer Betracht zu lassen. Vgl. Urteil des OLG Köln vom 26.01.1909, LZ 1909, S. 407 und DELHAES, Aufhebung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung (2008), Rn. 6. Eine Nichterfüllung des gemeinsamen Interesses besteht stets dann, wenn einzelne Gläubiger oder Gläubigergruppen auf Kosten der Gesamtheit übervorteilt werden.

174 Der daraus resultierende Minderheitenschutz ist ein Ausfluss des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung. Vgl. detailliert zur Gläubigergleichbehandlung GOEBEL, Gläubigerobstruktion, Gläubigerstimmrecht und Beschlusskontrolle (2002), S. 625 ff.

175 Vgl., auch im Folgenden, GUNDLACH/FRENZEL/STRANDMANN, Rechtsaufsicht des Insolvenzgerichts (2008), S. 461–465. Fraglich ist, welche Informationsgrundlage bei Beurteilung der Rechtmäßigkeit – mithin der Beurteilung des gemeinsamen Interesses der Gläubiger – der Aufhebung eines Beschlusses ausschlaggebend ist. Maßgeblich sind die den Gläubigern zum Zeitpunkt der Beschlussfassung bekannten Informationen. Sie sind selbst dann maßgeblich, wenn die Entscheidungsfindung der Gläubiger durch zu diesem Zeitpunkt fehlerhaft vermittelte Informationen beeinflusst wurde. Später vorgetragene Informationen finden damit keine Berücksichtigung, der Verwalter respektive das Gericht hat den in der Versammlung anwesenden Gläubigern daher genug Zeit einzuräumen, ihre Ansichten über die beste Verfahrensart vorzutragen. Ein nachträgliches Einbringen von Informationen, die zur Aufhebung des Beschlusses führen könnten, ist nicht möglich. Vgl. dazu Urteil des Kammergerichts vom 23.03.2001, ZInsO 2001, S. 413. Vgl. für eine kritische Betrachtung des Urteils PAPE, Aufhebung von Beschlüssen der Gläubigerversammlung (2001), S. 693 ff. Dieser weist zu Recht auf die Fragwürdigkeit des Urteils hin, da eine Schädigung der Gläubiger offensichtlich sein kann, der Beschluss jedoch aufgrund des Nichteinbringens der Informationen in der Versammlung nicht aufgehoben werden kann. Vgl. weitergehend OELRICHS, Gläubigermitwirkung (1999), S. 56 f.

176 Vgl., auch im Folgenden, UHLENBRUCK, Aufhebung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung (2010), Rn. 20 f., EHRICKE, Aufhebung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung (2013), Rn. 32–36.

einzuhaltende Frist nach § 6 Abs. 2 InsO. Denn falls der Antrag durch das Insolvenzgericht aufgehoben wird, sind absonderungsberechtigte Gläubiger und nicht nachrangige Insolvenzgläubiger nach § 78 Abs. 2 Satz 2 InsO zur sofortigen Beschwerde gegen die Aufhebung berechtigt.¹⁷⁷ Vice versa sind nach § 78 Abs. 2 Satz 3 InsO bei Abweisen des Aufhebungsantrags die Antragsteller – somit auch der Insolvenzverwalter – zur Beschwerde berechtigt.¹⁷⁸ Anwesenheit in der Gläubigerversammlung stellt keine notwendige Voraussetzung für die Fähigkeit der Beschwerdeeinreichung dar. Gläubiger, die in der Versammlung gegen den Beschluss gestimmt haben, haben kein Beschwerderecht gegen den Aufhebungsbeschluss, da dies ihrer ursprünglichen Intention widersprechen würde.¹⁷⁹ Genauso wenig hat derjenige, der die Aufhebung eingeleitet hat, das Recht zur Beschwerde gegen den Aufhebungsbeschluss.

Die Gläubigerversammlung – als handelndes Gremium – kann die eigenen Entscheidungen nach § 157 Satz 3 InsO jederzeit ändern bzw. widerrufen.¹⁸⁰ Die Gläubigerautonomie begründet die Möglichkeit, auf nicht vorhersehbare Entwicklungen während des Verfahrens einzugehen und das vorerst beschlossene Vorgehen durch neue Entscheidungen zu revidieren. Eine einmalig zu treffende Entscheidung zu Beginn des Verfahrens würde spätere individuelle Anpassungen nicht erlauben.¹⁸¹

177 Um den – durch Aufhebung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung begründeten – Eingriff in die Gläubigerautonomie abzumildern, steht den genannten Gruppen die sofortige Beschwerde zu. Daher ist der Insolvenzverwalter – wie auch der Schuldner, die Massegläubiger, die Mitglieder des Gläubigerausschusses und die nachrangigen Insolvenzgläubiger – von der sofortigen Beschwerde ausgeschlossen. Vgl. BLERSCH, Aufhebung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung (2006), Rn. 8.

178 Vgl., auch im Folgenden, UHLENBRUCK, Aufhebung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung (2010), Rn. 20 f., EHRICKE, Aufhebung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung (2013), Rn. 32-36.

179 Vgl., auch im Folgenden, DELHAES, Aufhebung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung (2008), Rn. 8 f.

180 Auszuschließen sind Entscheidungen, die explizit der ersten Gläubigerversammlung zuzuschreiben sind. So etwa die Bestimmung eines neuen Insolvenzverwalters nach § 57 InsO. Vgl. dazu UHLENBRUCK, Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens (2010), Rn. 31.

181 BUCK vertritt die Ansicht, dass in nicht gesetzlich geregelten Fällen eine Änderung getroffener Entscheidungen nicht möglich ist. Änderungen sollten jedoch möglich sein, sofern die Entscheidung noch nicht final umgesetzt wurde. Vgl. BUCK, Gläubigerversammlung (1999), Rn. 112 ff. Doch bereits WEBER erkannte, dass eine einmalige Entscheidung eine Reaktion auf Veränderungen nicht erlaubt. Gerade unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Gläubigerautonomie muss auch dann noch eine Änderung getroffener und zum Teil umgesetzter Entscheidungen möglich sein. Vgl. WEBER, § 97 (1973), Rn. 1.

1.3 Die Insolvenzabwicklungsformen

1.3.1 Die sofortige Zerschlagung

Im Insolvenzverfahren sind der sofortigen Zerschlagung nach Berichtstermin auch die sofortige Stilllegung bzw. die Veräußerung des Unternehmens vor Berichtstermin zu subsumieren. Eine sofortige Stilllegung des Unternehmens bzw. Veräußerung des Unternehmens noch vor Berichtstermin – sowohl eine komplette als auch eine teilweise – ist dem Insolvenzverwalter im bereits eröffneten Verfahren nach § 158 Abs. 1 InsO nur unter Zustimmung des Gläubigerausschusses¹⁸² erlaubt.¹⁸³ Die Möglichkeit zur Veräußerung wurde erst 2007 im Zuge des InsVerfVereinfG¹⁸⁴ kodifiziert. Der Insolvenzverwalter hat dem Gläubigerausschuss zur Entscheidungshilfe die wirtschaftliche Lage des Unternehmens darzustellen.¹⁸⁵ Für schuldhafte Fehler der Darstellung der zugrunde liegenden Planungsrechnungen, die einen weitergehenden Einfluss auf die Entscheidungsfindung ausüben, ist der Insolvenzverwalter schadenersatzpflichtig. Eine Betriebseinstellung muss keinesfalls endgültig sein, da die Gläubigerversammlung im Berichtstermin eine andere Entscheidung über das weitere Verfahren und somit über die bestmögliche Verwertung des Vermögens treffen kann.¹⁸⁶

182 Bei der Entscheidung hat der Gläubigerausschuss einheitlich zu handeln. Das im ersten Entwurf der Insolvenzordnung zunächst vorgesehene Veto-Recht einzelner, schon überstimmter Mitglieder des Ausschusses (vgl. DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzordnung (1992), S. 173) wurde im späteren Entwurf gestrichen. Vgl. DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzordnung II (1994), S. 175.

183 Vgl. UHLENBRUCK, Maßnahmen vor der Entscheidung (2010), Rn. 4 ff., GÖRG/JANSSEN, Maßnahmen vor der Entscheidung (2013), Rn. 10 ff. Unter Stilllegung des Unternehmens ist hier explizit die Niederlegung der Unternehmenstätigkeit zu verstehen. Durch die Verwendung des Unternehmensbegriffs sollte das Verständnis von Fortführung vor allem möglichst viele Tätigkeitsgebiete umfassen. Es ist jedoch darauf zu achten, dass sich die Fortführung des Unternehmens auf den Rechtsträger und nicht die ausgeführte Tätigkeit bezieht. Es ist möglich, den Rechtsträger ohne eine Tätigkeit fortzuführen, jedoch kann die Tätigkeit nicht ohne den dazugehörigen Rechtsträger fortgeführt werden. Vgl. dazu BALTHASAR, Maßnahmen vor der Entscheidung (1999), Rn. 7-18.

184 Vgl. BGBl. 2007 I, S. 509. Die Gleichstellung der Veräußerung mit der Stilllegung wurde schon 2001 vom Arbeitskreis der Insolvenzverwalter gefordert. Die Unmöglichkeit der Veräußerung – selbst wenn diese die bessere Verwertungsvariante darstellte – wurde richtigerweise als unzumutbar erkannt. Vgl. ARBEITSKREIS DER INSOLVENZVERWALTER DEUTSCHLAND E.V., Änderung des Unternehmensinsolvenzrechts (2002), S. 9. Auch im Gesetzesentwurf heißt es schon, dass die Chance auf eine Veräußerung nicht verhindert werden dürfe. Bei Möglichkeit einer Veräußerung sollte die Zeit bis zum Berichtstermin dazu genutzt werden, Vorbereitungen für den anstehenden Verkauf zu treffen. Vgl. DEUTSCHER BUNDESTAG, Entwurf zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens (2006), S. 20.

185 Vgl., auch im Folgenden, UHLENBRUCK, Berichtstermin (2010), Rn. 6 f.

186 Zu beachten ist allerdings der Fortschritt der Betriebseinstellung. Falls der Betrieb schon endgültig eingestellt ist, kann es schwierig sein, die Maßnahmen rückgängig zu machen, da sich jegliche vorhandene Unternehmensinfrastruktur kaum mehr wiederbeleben lässt. Zudem dürften regelmäßig immense finanzielle Mittel zur Wiederaufnahme der Unternehmenstätigkeit notwen-

§ 158 InsO zählt keine besonderen Stilllegungs- bzw. Veräußerungsgründe auf; Abs. 2 bestimmt dahingehend nur, dass eine Stilllegung bzw. Veräußerung vor allem dann in Betracht kommt, wenn bei einer Fortführung bis zum Berichtstermin mit einer erheblichen Verminderung¹⁸⁷ des Vermögens zu rechnen ist.¹⁸⁸ Grundsätzlich sind neben wirtschaftlichen ebenso rechtliche Gründe für eine vorzeitige Stilllegung denkbar. Wenn etwa die Gewerbeerlaubnis entzogen wird, ist für den Verwalter eine Fortführung des Unternehmens unmöglich.

Die Anfechtung der Stilllegungsentscheidung durch den Schuldner erfolgt nach § 158 Abs. 2 InsO. Falls dem Einspruch durch das Insolvenzgericht stattgegeben wird, ist die Entscheidung über die weitere Vorgehensweise – wie erwähnt – erst im Berichtstermin zu treffen.¹⁸⁹ Falls kein Gläubigerausschuss bestellt ist, hat der Insolvenzverwalter die Entscheidung über eine eventuelle Stilllegung bzw. Veräußerung des Unternehmens nach bestem Wissen und Gewissen zu fällen. Es muss weder eine Entscheidung einer vorgezogenen Gläubigerversammlung eingeholt noch die Entscheidung des Insolvenzgerichts berücksichtigt werden.¹⁹⁰ Der Schuldner ist zu informieren, damit er gegen die Planungen unter Umständen vorgehen kann. Im Gegensatz zum bestellten Insolvenzverwalter ist dem vorläufigen Insolvenzverwalter eine Stilllegung im Eröffnungsverfahren vor der eigentlichen Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO nur möglich, soweit das Insolvenzgericht dieser zustimmt. Das Schützen der Gläubigerinteressen durch Einholen einer Zustimmung eines Gläubigerausschusses ist in diesem Fall nicht möglich, da in diesem Sta-

dig sein; diese sind in der Insolvenz jedoch meist nicht vorhanden und nicht zu beschaffen. Vgl. eingehend zur Wiederaufnahme der Unternehmenstätigkeit Kapitel IV.4.3.

187 Es wird keine Definition vorgenommen, was unter einer erheblichen Verminderung der Masse zu verstehen ist. Es ist daher im Einzelfall abzuwägen, ob eine Vermögensminderung erheblich ist.

188 Kostenunterdeckendes Arbeiten des Unternehmens ist nicht ausreichend, um den Tatbestand der erheblichen Wertminderung zu bejahen. A.A. Urteil des OLG Karlsruhe vom 21.11.2002, ZInsO 2003, S. 229 ff. Dennoch kann ein Fortführen auch bei einer vorläufigen Verminderung des Vermögens bis zum Berichtstermin zweckmäßig sein. Nach DECKER ist dies der Fall, wenn es bei einer Gesamtverfahrensbetrachtung unter Berücksichtigung der im Berichtstermin gewählten Alternative zu einer Erhöhung der Insolvenzmasse kommt. Vgl. DECKER, Maßnahmen vor der Entscheidung (2012), Rn. 4. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Es ist dennoch weiterhin so, dass der Gesamtbetrachtung eine Prognose zugrunde liegt, bei der wiederum das Unsicherheitsproblem nicht außer Acht gelassen werden kann. Die Chancen auf eine Erhöhung der Insolvenzmasse müssen daher mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein und dürfen nicht ausschließlich auf Hoffnungen der gesetzlichen Vertreter respektive des Insolvenzverwalters beruhen.

189 Vgl., auch im Folgenden, HENKEL, Betriebsstilllegung (2014), Rn. 2709.

190 Vgl. RIES, Maßnahmen vor der Entscheidung (2011), Rn. 3.

dium ein solches Organ regelmäßig noch nicht existiert.¹⁹¹ Die Möglichkeit zur eigen-initiativen Veräußerung wird dem vorläufigen Verwalter explizit nicht erteilt.¹⁹²

Die sofortige Stilllegung nach § 157 InsO nach dem Berichtstermin dürfte vor allem bei Insolvenzen kleiner Unternehmen sinnvoll sein, bei denen oftmals keine berechnete Chance auf Fortführung der Unternehmenstätigkeit besteht. In einem solchen Fall sollte schnellstmöglich die Stilllegung erfolgen, um die Nachteile der Gläubiger gering zu halten. Bei Insolvenzen großer Unternehmen ist die Möglichkeit der Weiterführung der Unternehmenstätigkeit eher gegeben, da erschwerende Umstände besser handhabbar sind, und die beteiligten Gruppen ihr Eigeninteresse eher zurückstellen.¹⁹³ Bei einer solchen Konstellation kann die „sofortige Stilllegung eine organisierte Form der Wertvernichtung bedeuten, wenn vorhandene Chancen zur zumindest temporären Fortführung eines Geschäftsbetriebs nicht genutzt werden.“¹⁹⁴ Es ist in diesem Fall zu prüfen, ob eine andere Abwicklungsform – eben etwa eine zeitweilige Fortführung oder eine Sanierung des Unternehmens – den anderen Abwicklungsformen vorzuziehen ist.

Eine sofortige Zerschlagung kommt meist in Betracht, wenn es für den zugrunde liegenden Geschäftsbetrieb respektive das Geschäftsmodell keinen Markt mehr gibt.¹⁹⁵ Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn das betroffene Unternehmen keine marktfähige Angebotspalette mehr besitzt, mithin aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit keine Erfolge mehr erzielbar sind. Dies wiederum hätte zur Folge, dass Banken bzw. Kreditinstitute keine kurz- bzw. langfristigen Kredite mehr vergeben. Diese Situation dürfte dazu führen, dass noch bestehende Geschäftsbeziehungen beendet werden, und sich damit eine nicht zu durchbrechende Abwärtsspirale ergibt, die lediglich die schnellstmögliche Liquidation des Unternehmens – inklusive der schnellstmöglichen Einstellung der Unternehmenstätigkeit – zulässt.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Einstellung der Unternehmenstätigkeit dabei i.d.R. kein abruptes Ende findet, sondern sich ein kontinuierlicher Schrumpfungsprozess über einen gewissen Zeitraum beobachten lässt, sodass die Einstellung über einen gewissen Zeitraum erfolgen wird. Die sofortige Zerschlagung als Abwicklungsalternative muss also keinesfalls mit der unmittelbaren Einstellung aller unternehmerischen Tätigkeiten einhergehen. Vielmehr ist es möglich, dass diese noch über

191 Vgl. UHLENBRUCK, Maßnahmen vor der Entscheidung (2010), Rn. 1.

192 Vgl. für eine detaillierte Betrachtung Kapitel II.1.3.3.

193 Vgl. MÖNNING, Betriebsfortführung in der Insolvenz (1997), Rn. 1450. MÖNNING äußert sich zu dieser Thematik teilweise noch extremer, indem er feststellt, dass es bei Großinsolvenzen „zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes aus übergeordneten politischen Gründen keine Alternative gibt.“ MÖNNING, Betriebsfortführung oder Liquidation (1997), S. 60.

194 MÖNNING, Betriebsfortführung in der Insolvenz (1997), Rn. 1599.

195 Vgl. OLBACH, Gesetz zur Sicherung der Unternehmensnachfolge (2008), S. 722.

einen gewissen Zeitraum aufrechterhalten werden, und sich die Versilberung des Vermögens erst an diese Phase anschließt. Der Verwertungsprozess kann auch parallel zur Tätigkeitsfortführung beginnen. Es ist dann zu prüfen, ob die Verwertung unter Umständen die Fortführung der Tätigkeit beeinflusst, da die entsprechenden Vermögensgegenstände unerlässlich für die ausgeübten Aktivitäten sein können. Dieser Sachverhalt weist Ähnlichkeiten zur Möglichkeit der zeitweiligen Fortführung auf, welche Gegenstand des nächsten Kapitels ist.

Die sofortige Zerschlagung des Unternehmens war schon während der Gültigkeit der Konkursordnung die traditionelle Methode der Verfahrensabwicklung.¹⁹⁶ In der Insolvenzordnung wurde die sofortige Zerschlagung des Unternehmens in § 157 InsO gesetzlich fixiert. Die Gläubigerversammlung wird sich tendenziell dann für eine Zerschlagung des Unternehmens entscheiden, wenn die Veräußerungserlöse über den Erlösen liegen, die durch eine Fortführung generiert werden. Es ist zwingend zu beachten, dass die Unternehmenstätigkeit trotz der sofortigen Zerschlagung des Unternehmens zunächst über einen gewissen Zeitraum fortgeführt werden kann.

Falls im Berichtstermin beschlossen wurde, dass das Unternehmen mit sofortiger Wirkung zu zerschlagen ist, hat der Insolvenzverwalter nach den §§ 80 Abs. 1, 148 Abs. 1 und 159 InsO umgehend¹⁹⁷ mit der Verwertung der Insolvenzmasse zu beginnen. Zur Verwertung des Vermögens nach § 159 InsO stehen unterschiedliche Möglichkeiten zur Verfügung. In der Regel wird das Vermögen im Zuge des freihändigen Verkaufs verwertet.¹⁹⁸ Zu beachten sind Zustimmungsvorbehalte von Gläubigerausschuss oder Gläubigerversammlung.¹⁹⁹ Als eine spezielle Ausprägung des Verkaufs kann die Versteigerung des Vermögens gewählt werden.²⁰⁰ Diese Form der Verwer-

196 Die Zerschlagung des Vermögens des Schuldners lässt sich bis zu den Jahren 451 und 450 vor Christus zurückverfolgen. Falls der Schuldner seinen Pflichten nicht nachkam, war es dem Gläubiger damals sogar möglich, den Schuldner in die Sklaverei zu veräußern. Zur detaillierten Erläuterung der zeitlichen Entwicklung der Verwertungsalternativen vgl. STÜDEMANN, Konkursverwalter als Unternehmer (1977), S. 414 ff.

197 Der Insolvenzverwalter darf dennoch nicht übereilt handeln. So ist bei einer möglichen Veräußerung nicht das erste Angebot aus Dringlichkeitsgründen anzunehmen, sondern der Markt ist nach weiteren Angeboten zu sondieren. Auf Basis dieser Suche ist dann das für die Insolvenzmasse vorteilhafteste Angebot zu wählen. Vgl. Urteil des OLG München vom 21.03.1997, NZI 1998, S. 86.

198 Vgl., auch im Folgenden, ANDRES, Verwertung der Insolvenzmasse (2011), Rn. 1-22, ESSER, Verwertung der Insolvenzmasse (2012), Rn. 1-7.

199 Für den Schuldner besteht in Ausnahmefällen die Möglichkeit, selbst tätig zu werden. Dazu gibt der Insolvenzverwalter den jeweiligen Gegenstand im Zuge einer sog. unechten Freigabe frei, und der Schuldner verwertet diesen. Der Erlös aus der Verwertung kommt dabei nicht etwa dem Schuldner zugute, sondern wie die anderen Erlöse auch der Insolvenzmasse. Vgl. dazu und zur echten Freigabe FREGE/KELLER/RIEDEL, Insolvenzmasse (2008), Rn. 1335-1338.

200 Vgl., auch im Folgenden, ANDRES, Verwertung der Insolvenzmasse (2011), Rn. 1-22, ESSER, Verwertung der Insolvenzmasse (2012), Rn. 1-7.

tung kann sich für den Verwalter vor allem dann anbieten, wenn das Vermögen nur schwierig zu bewerten ist. Denn bei einer Versteigerung besteht kein weitergehender Einfluss auf die Preisbildung, sodass der Verwalter sich nicht dem Vorwurf aussetzt, das Vermögen unter Wert veräußert zu haben. Eine Vermietung kommt bei der sofortigen Zerschlagung nicht in Betracht, da sie ein Zwischenziel vor der endgültigen Liquidation bzw. Versteigerung darstellt und somit ihre Wirkung nur bei der zeitweiligen Unternehmensfortführung entfaltet.²⁰¹

Für die Verwertung von Vermögen, das mit Absonderungsrechten behaftet ist, sind die Spezialregelungen der §§ 165 und 166 InsO zu befolgen, die zum einen unbewegliche Gegenstände und zum anderen bewegliche Gegenstände betreffen.²⁰² Trotz der Absonderungsrechte darf der Insolvenzverwalter die Zwangsverwaltung oder -versteigerung über unbewegliches Vermögen beim zuständigen Gericht beantragen. Mit Absonderungsrechten behaftete bewegliche Gegenstände können – soweit in Besitz – einer freihändigen Verwertung unterliegen; es sind jedoch die Einschränkungen des § 166 Abs. 3 InsO zu berücksichtigen. Forderungen dürfen nach § 166 Abs. 2 InsO, nachdem der Schuldner diese abgetreten hat, weiterhin eingezogen oder anderweitig verwertet werden.

Die sofortige Verwertung des schuldnerischen Vermögens kann mit zahlreichen Nachteilen verbunden sein. Da der Zeitpunkt der Insolvenz grundsätzlich nicht frei wählbar ist,²⁰³ können keine Vorbereitungen zur optimalen Verwertung getroffen werden.²⁰⁴ Grundsätzlich hängt die Höhe des Verwertungserlöses von der jeweiligen Marktsituation und der Qualifikation des bestellten Verwalters ab. Zudem ist es wahrscheinlich, dass sich die Dringlichkeit negativ auf den Erlös auswirkt, da frühzeitig eines der vorhandenen Angebote anzunehmen ist. Der Insolvenzantrag kann zudem – auch für nicht verlustträchtige Bereiche des Unternehmens – rufschädigend sein und damit für den Verkauf einzelner Vermögensteile eine schlechte Ausgangsposition bedingen. Denn die interessierten Käufer wissen, dass der Insolvenzverwal-

201 Vgl. BECKER, Verwertung unbeweglicher Gegenstände (2006), Rn. 11.

202 Vgl., auch im Folgenden, zu unbeweglichen Gegenständen BECKER, Verwertung unbeweglicher Gegenstände (2006) und zu beweglichen Gegenständen BECKER, Verwertung beweglicher Gegenstände (2006).

203 Weiterhin ist die Unterscheidung in erzwungene und freiwillige Insolvenz zu berücksichtigen. Bei Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ist § 15a InsO folgend spätestens nach drei Wochen ein Insolvenzantrag zu stellen. Ein implizites Wahlrecht des Insolvenzeintritts besteht hier innerhalb der Drei-Wochen-Frist. Bei Vorliegen der drohenden Zahlungsunfähigkeit besteht grundsätzlich keine Antragspflicht, sondern ein -wahlrecht. Bei drohender Zahlungsunfähigkeit liegt damit generell ein implizites Wahlrecht auch für den Eintrittszeitpunkt vor. Es sollte jedoch bei Identifizierung des Insolvenzgrunds ebenso unverzüglich ein Insolvenzantrag gestellt werden, um der Gefahr einer Insolvenzverschleppung zu entgehen. Vgl. dazu bereits detailliert Kapitel II.1.1.

204 Vgl., auch im Folgenden, RIERING, Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter (1987), S. 55 ff.

ter häufig unter Zeitdruck agiert und daher eine schlechtere Verhandlungsposition hat. Deshalb muss für Unternehmensteile oder das gesamte Unternehmen im Rahmen der Insolvenz von einem niedrigeren Preis als bei einer Veräußerung außerhalb der Insolvenz ausgegangen werden.

Die genannten Nachteile lassen sich auch bei der Wahl einer anderen Verwertungsform schwerlich komplett vermeiden, ein Abschwächen der negativen Effekte ist aber bei den anderen Alternativen eher denkbar. Gerade wenn viele Halbfertigerzeugnisse vorhanden sind, bietet sich eine zeitweilige Fortführung an, um diese Produkte noch zur Marktreife zu führen. In diesem Fall könnte ebenso die Möglichkeit bestehen, das Unternehmen nach zeitweiliger Fortführung im Zuge der übertragenden Sanierung in Teilen oder als Ganzes zu veräußern. Die sofortige Zerschlagung ist insbesondere eine schnelle und einfache Möglichkeit der Vermögensverwertung, eine zufriedenstellende Gläubigerquote dürfte wegen der genannten Probleme dennoch selten erreicht werden. Es ist daher eingehend zu prüfen, ob die Gläubigerinteressen nicht durch eine andere Abwicklungsart besser zu wahren sind.

1.3.2 Die zeitweilige Fortführung

Statt der sofortigen Zerschlagung kann die Gläubigerversammlung den Beschluss einer zeitweiligen Unternehmensfortführung fassen. Die zeitweilige Fortführung endet jedoch i.d.R. mit der Liquidation des vorhandenen Vermögens. Die Dauer, über die ein Unternehmen zeitweilig fortgeführt werden kann, ist gesetzlich nicht fixiert.²⁰⁵ Die Zweckmäßigkeit – mithin die Erhöhung der Gläubigerbefriedigungsquote – der Fortführung ist im Einzelfall zu prüfen; eine pauschale Bejahung oder Verneinung kann für unterschiedliche Fallkonstellationen nicht existieren.

Um die Fortführung zu ermöglichen, ist vor allem mit den Sicherungsgläubigern eine Einigung zu erzielen, da diese prinzipiell Interesse an einer schnellen Verwertung der Masse haben.²⁰⁶ Für die absonderungsberechtigten Gläubiger kann weiteres Zuwarten sinnlos sein, da ihnen das Recht auf Befriedigung ihrer Forderung bereits sofort zusteht. Diese Gläubigergruppe ist üblicherweise daran interessiert, eine schnellstmög-

205 Die zeitweilige Fortführungsdauer wurde zu Zeiten der Konkursordnung dahingehend eingeschränkt, dass sie nur dann möglich war, wenn Vorräte vorhanden oder vorliegende Aufträge noch ausführbar waren. Dennoch erfährt die Fortführung auch dadurch keine zeitliche Einschränkung. Gerade in dem angeführten Urteil wird ein Unternehmen betrachtet, welches bereits zehn Jahre im Konkurs fortgeführt wurde. Dieser Zeitraum wird als zu lang befunden, ein Vorschlag für die Bemessung der Fortführungsdauer wird dennoch nicht unterbreitet. Vgl. BGH-Urteil vom 10.04.1979, NJW 1980, S. 55 f.

206 Vgl., auch im Folgenden, HENCKEL, *Deregulierung im Insolvenzverfahren* (1989), S. 484 ff., PAPE, *Gläubigerbeteiligung* (2000), Rn. 292, EHRICKE, *Aufhebung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung* (2013), Rn. 1.

liche Befriedigung zu erlangen, da eine mögliche Erhöhung der Insolvenzmasse mit erheblichen Unsicherheiten behaftet ist. Dennoch ist eine Verallgemeinerung der Interessen der absonderungsberechtigten Gläubiger nicht stringent aufrechtzuerhalten, da diese Gläubigergruppe auch divergierende Interessen verfolgen kann.²⁰⁷ Eine Gläubigergruppe könnte trotz des ihnen zustehenden Rechts für eine Fortführung plädieren, wenn das in Schieflage geratene Unternehmen einen wichtigen Handelspartner für sie darstellt. Andere Gläubiger könnten dagegen versuchen, das Unternehmen – wenn es z.B. ein direkter Konkurrent ist – schnellstmöglich vom Markt verschwinden zu lassen. Es ist zu erwarten, dass die Gläubiger ihr Recht auf Herausgabe des Vermögens im Zweifel ohne vorherige Verhandlung nutzen und damit unter Umständen die sofortige Zerschlagung des Unternehmens in Kauf nehmen.

Die Möglichkeit der zeitweiligen Fortführung ist gerade dann sinnvoll, wenn trotz Eintritt in das Insolvenzverfahren weiterhin ein hoher Auftragsbestand vorliegt.²⁰⁸ Ein geordnetes Abarbeiten dieser Aufträge ist nur dann möglich, wenn die Unternehmenstätigkeit in der Insolvenz fortgeführt wird und nicht sofort versucht wird, jegliches Vermögen zu versilbern.²⁰⁹ Solange die Infrastruktur des Unternehmens noch vorhanden ist, wäre es ökonomisch fragwürdig, das Vermögen sofort zu veräußern und damit einhergehend die mögliche Erhöhung der Insolvenzmasse nicht zu nutzen. Die Gläubiger haben ein Interesse an der zeitweiligen Fortführung des Unternehmens, solange sie eine höhere Insolvenzquote erwarten können.²¹⁰ Eine Fortführung – auch über die Abarbeitung vorhandener Aufträge hinaus – ist dann überlegenswert, wenn während des Verfahrens eine Akquirierung neuer Aufträge stattfindet. Die Annahme neuer Aufträge muss dabei nicht zwingend ausreichen, den vorliegenden Insolvenzgrund nachhaltig zu beseitigen, sondern bietet Chancen, die Insolvenzquote zu erhöhen und damit den Forderungsausfall der Gläubiger zu minimieren. Denkbar ist außerdem, dass es daraufhin zu einer positiven Geschäftsentwicklung kommt, der Schuldner weitere Aufträge akquirieren kann und dazu in der Lage ist, den vorliegenden Insolvenzgrund zu beseitigen und das Unternehmen nach Beendigung des Verfahrens dauerhaft fortzuführen.

Ein Aufrechterhalten der Infrastruktur nach Insolvenzeröffnung ist nicht unüblich, da vorhandene Verträge – so etwa Arbeits-, Liefer- oder Mietverträge – meist nicht sofort kündbar sind. Es ist ökonomisch naheliegend, den Versuch zu unternehmen, die

207 Vgl., auch im Folgenden, GOEBEL, Gläubigerobstruktion, Gläubigerstimmrecht und Beschlusskontrolle (2002), S. 616 ff.

208 Vgl. dazu auch Urteil des OLG Stuttgart vom 20.03.1992, NJW-RR 1992, S. 1261 f. und Urteil des OLG Düsseldorf vom 19.01.1999, NJW-RR 2000, S. 425.

209 Der Beschluss einer dauerhaften Unternehmensfortführung durch Sanierung oder ähnliche Möglichkeiten kann – je nach Ausgangslage – auch als sinnvoll erscheinen. Vgl. dazu auch Kapitel II.1.3.4.

210 Vgl. HAARMAYER/WUTZKE/FÖRSTER, Vorläufige Verwaltung (2011), Rn. 23.

sich nach Eröffnung des Verfahrens aus diesen Verträgen ergebenden Verpflichtungen im Sinne einer Erhöhung der Insolvenzmasse zu nutzen. Bei einer Nichterfüllung der Verträge wären gegebenenfalls sogar Schadenersatzforderungen zu entrichten, die die Insolvenzmasse belasten würden; daher sollte aus den bestehenden Verträgen der bestmögliche Nutzen gezogen werden.

Bei der Wahl der zeitweiligen Fortführung ist – wie erwähnt – die Möglichkeit der Vermietung des Vermögens zu prüfen. Diese Form der Vermögensverwertung ist vor allem bei einer Weiterführung der Unternehmenstätigkeit sinnvoll, da die Gläubiger aus den laufenden Mieterträgen befriedigt werden können. Eine Veräußerung des betreffenden Vermögens findet zunächst nicht statt, kann sich jedoch an die Vermietung anschließen.

Auch bei unbeweglichen Vermögensbestandteilen, die mit Absonderungsrechten belegt sind, ist es dem Verwalter – wie erwähnt – erlaubt, die Zwangsverwaltung bzw. die -versteigerung zu beantragen.²¹¹ Die Generierung der Zahlungen liegt in der Hand eines vom Gericht nach den §§ 150, 154 ZVG bestellten Zwangsverwalters; dieser unterliegt auch der Aufsicht des zuständigen Gerichts.²¹² Dem Insolvenzverwalter obliegt es allerdings nach § 153b ZVG, die Zwangsverwaltung einstellen zu lassen, falls er belegen kann, dass eine nutzenstiftende Verwertung der Insolvenzmasse andernfalls erschwert wird.²¹³

Die bei Fortführung eingegangenen Verpflichtungen sind nach § 55 InsO als Masseverbindlichkeiten zu qualifizieren. Falls die begründeten Masseverbindlichkeiten nicht aus der Insolvenzmasse beglichen werden können, kann der Insolvenzverwalter dem Gläubiger bzw. den Gläubigern zu Schadenersatz verpflichtet sein.²¹⁴ Diese Kausalbeziehung verhindert oftmals, dass der Insolvenzverwalter Überlegungen einer zeitweiligen Fortführung in der Insolvenz anstellt, da er die Haftungsrisiken der §§ 60

211 Vgl. TETZLAFF, Verwertung unbeweglicher Gegenstände (2013), Rn. 25-30.

212 Vgl. TETZLAFF, Verwertung unbeweglicher Gegenstände (2013), Rn. 245-248. Der Zwangsverwalter tritt somit explizit neben den Insolvenzverwalter.

213 Dies kann vor allem dann der Fall sein, wenn z.B. das zwangsverwaltete Grundstück notwendige Grundlage der Unternehmensfortführung darstellt. Den Gläubigern ist der durch die Einstellung der Zwangsverwaltung entgehende Anteil der Mietentgelte zu ersetzen. Die Zwangsverwaltung ist dann wiederum maßgeblich, wenn die Voraussetzungen der einstweiligen Einstellung entfallen, keine Ausgleichszahlung geleistet wird, oder der Insolvenzverwalter der Aufhebung zustimmt. Vgl. TETZLAFF, Verwertung unbeweglicher Gegenstände (2013), Rn. 255-260.

214 Für Masseverbindlichkeiten, die der Insolvenzverwalter nicht beeinflussen kann bzw. die er nicht begründet hat, haftet er jedoch nicht. Dies würde zu einer Gleichberechtigung von Alt- und Neu-Massegläubigern führen. Jedoch sind die Neu-Massegläubiger einem höherem Schutzbedürfnis als die Alt-Massegläubiger zu unterwerfen, da diese dem Verwalter vertrauen müssen – insofern keine Warnung wegen Masseunzulänglichkeit ausgesprochen wurde –, dass die Insolvenzmasse zur Befriedigung ihrer Ansprüche ausreicht. Vgl. Urteil des OLG Hamm vom 14.10.1986, NJW-RR 1987, S. 1016.

und 61 InsO gegenüber den Massegläubigern befürchten muss.²¹⁵ Der Insolvenzverwalter hat zu beurteilen, ob die während des Verfahrens eingegangenen Verpflichtungen aus der Masse bedient werden können. Diese Prognose ist auf Basis eines Finanzplans zu erstellen.²¹⁶ Falls er danach zu dem Schluss kommt, dass es überwiegend nicht wahrscheinlich ist, dass die Masse ausreicht, um im Insolvenzverfahren begründete Verpflichtungen zu begleichen, hat er nach § 208 Abs. 1 InsO dem Insolvenzgericht dies anzuzeigen.²¹⁷ Ab diesem Zeitpunkt dürfen keine weiteren Verpflichtungen eingegangen werden, ohne den jeweiligen Vertragspartner über das erhöhte Risiko der Nichterfüllung aufzuklären. Falls sich die Prognose im Nachhinein als falsch herausstellen sollte, kann der Insolvenzverwalter anhand des Finanzplans seine damalige Sicht darlegen.²¹⁸ Er kann damit argumentieren, dass ex ante die tatsächlich eingetretenen Umstände nicht vorhersehbar waren. Die Begründung für die eingetretene, abweichende Entwicklung trifft den Verwalter dabei nicht. Die Haftung tritt somit nur ein, wenn der Insolvenzverwalter vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat.²¹⁹ Er hat nach § 60 Abs. 1 Satz 2 InsO für die Sorgfalt einer ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwaltung einzustehen.

Der Insolvenzverwalter hat die Möglichkeit, sich gegen die Risiken der Haftung durch eine Haftpflichtversicherung abzusichern.²²⁰ Bei einer möglichen Fortführung sind jedoch nicht alle Risiken durch diese Versicherung gedeckt. Die Folgen unternehmerischen Handelns sind – dies hängt mit den Ausschlussklauseln der jeweiligen Versicherung zusammen – nicht generell gedeckt, da diese Handlungen nicht zu den angelernten Aufgaben eines Insolvenzverwalters zählen. Bei einer Fortführung kann es nötig sein, dass der Insolvenzverwalter in Absprache mit dem Schuldner, der sich in den operativen Prozessen häufig besser auskennen dürfte, unternehmerische Ent-

215 Vgl., auch im Folgenden, SCHOPPEMEYER, Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten (2013), Rn. 7-38.

216 Im Finanzplan sind die vorhandenen und auch erwarteten Finanzmittel dem zukünftigen Finanzmittelbedarf gegenüberzustellen. Forderungen, an denen erhebliche Zweifel der Realisierung bestehen, dürfen keinen Einzug in den Plan finden. Der Finanzplan muss einer ständigen Aktualisierung unterliegen. Vgl. dazu auch Kapitel II.1.1.1.

217 Vgl., auch im Folgenden, KÜBLER, Die Behandlung massearmer Insolvenzverfahren nach der Insolvenzordnung (2009), S. 588-592.

218 Vgl., auch im Folgenden, BGH-Urteil vom 17.12.2004, NZI 2005, S. 222.

219 Fehlende Kenntnis über Sachverhalte kann Vorsatz, nicht aber Fahrlässigkeit ausschließen. Unwissenheit ist von dem Tatbestand der Unsicherheit über die Handhabung verschiedener Sachverhalte zu unterscheiden. Keine Schuld trifft den Verwalter bei bisher nicht durch gerichtliche Instanzen geklärten Sachverhalten, die im Schrifttum einer kontroversen Diskussion unterliegen, wenn er sich vor Treffen seiner Entscheidung der Grundlagen sachkundig gemacht hat. Vgl. Urteil des OLG Nürnberg vom 15.01.1986, ZIP 1986, S. 246 und BGH-Urteil vom 30.09.1993, NJW 1993, S. 3323.

220 Vgl., auch im Folgenden, BGH-Urteil vom 13.01.1982, ZIP 1982, S. 330, FREGE/KELLER/RIEDEL, Beteiligte des Insolvenzverfahrens (2008), Rn. 1144 ff., SINZ, Haftung des Insolvenzverwalters (2010), Rn. 132-135.

scheidungen zu treffen hat, um auf diesem Wege die Insolvenzmasse zu erhöhen. Daher hat der Insolvenzverwalter bei unternehmerischen Entscheidungen abzuwägen, ob die Insolvenzmasse tatsächlich erhöht werden kann. Gleichzeitig ist es deshalb von enormer Wichtigkeit, die Fortführungsentscheidung auf Basis detaillierter Planungsrechnungen zu treffen. Die Planungsunterlagen dienen ex post – im Falle des Scheiterns der Fortführung – wie erwähnt als Verteidigungsinstrumentarium, um Schadenersatzansprüche abzuwehren.

Der Insolvenzverwalter hat trotz der vorgenannten Gefahren geeignete Überlegungen anzustellen, das Unternehmen auch nach Insolvenzeröffnung fortzuführen. Allein die Angst des Verwalters vor haftungsrechtlichen Konsequenzen darf ein ökonomisch sinnvolles Fortführen nicht verhindern. Gerade bei Vorhandensein hoher Lagerbestände bzw. vieler Halbfertigerzeugnisse hat er gründlich – auf Basis geeigneter Planungsrechnungen – zu prüfen, ob die zeitweilige Fortführung geboten ist; dies dürfte vor allem dann der Fall sein, wenn noch ein Markt für die vom Unternehmen vertriebenen Sach- bzw. Dienstleistungen bestehen sollte. Die zeitweilige Fortführung kann schließlich in eine übertragende Sanierung bzw. in eine grundlegende Reorganisation im Sinne einer Sanierung des Unternehmens übergehen.

Die Fortführung des Unternehmens kann für den Verwalter aber ebenso reizvoll sein, da diese gesondert vergütungsrechtliche Berücksichtigung findet.²²¹ Eine Fortführung des Unternehmens hat nach § 1 Abs. 2 Nr. 4 InsVV eine höhere Vergütung des Insolvenzverwalters zur Folge. Unter der vergütungsrechtlichen Fortführung ist keine bloße Ausproduktion, sondern eine Fortführung im Sinne neuer Geschäftsvorfälle zu verstehen. Auch wenn der Verwalter durch die Fortführung des Unternehmens keine positiven Effekte für die Masse erreichen konnte, wird dies nach § 3 Abs. 1b) InsVV vergütungstechnisch erhöhend berücksichtigt, um den Verwalter für seine zusätzlichen Belastungen zu entlohnen.

1.3.3 Die übertragende Sanierung

Unter übertragender Sanierung²²² wird nicht die Gesundung des bestehenden Unternehmens, sondern die Veräußerung des Gesamtbetriebs oder von Teilbetrieben verstanden.²²³ Das Unternehmen als Ganzes oder dessen Teilbetriebe werden auf einen

221 Vgl. zur Ermittlung des vergütungsrechtlichen Anspruchs und zur Unterscheidung einer Ausproduktion und einer vergütungsrelevanten Fortführung, auch im Folgenden, HAARMAYER/WUTZKE/FÖRSTER, Berechnungsgrundlage (2007), Rn. 86-90.

222 Die übertragende Sanierung ist in den §§ 160 ff. InsO kodifiziert. Der Terminus ist auf KARSTEN SCHMIDT zurückzuführen. Vgl. SCHMIDT, Sanierung im Insolvenzrecht (1980), S. 336.

223 Vgl., auch im Folgenden, HAARMAYER/WUTZKE/FÖRSTER, Verfahrensarchitektur (2011), Rn. 12-15.

anderen Rechtsträger übertragen, der bisherige hingegen wird gelöscht. Ziel dabei ist es, Unternehmensteile möglichst zusammenzuhalten, um von der bestehenden Infrastruktur – etwa Kundenstamm, Wissen der Mitarbeiter – zu profitieren. Die betroffenen Vermögenspositionen werden zu diesem Zweck entweder einem unternehmensfremden Dritten oder einer eigens gegründeten Auffanggesellschaft²²⁴ übertragen. Die nicht übertragenen bzw. nicht übertragbaren Teile des alten Unternehmens werden liquidiert. Die Gläubiger erfahren so ihre Befriedigung aus dem Gesamterlös, bestehend aus dem Kaufpreis für die übertragenen Betriebsteile und den Liquidationserlösen der übrigen Vermögenspositionen. Dabei wird es klassischerweise zu beobachten sein, dass die interessierten Erwerber versuchen, möglichst die besten Sparten des Unternehmens zu wählen, die dennoch häufig einer Restrukturierung zu unterwerfen sind. Problematisch dürfte vor allem die eventuelle Übernahme der dem Akquisitionssubjekt anhängenden Altlasten sein. Eine Übernahme von Altlasten dürfte regelmäßig nicht im Interesse eines potentiellen Erwerbers liegen; diese sollten möglichst im zu liquidierenden Teil des verkaufenden Unternehmens verbleiben.

Neben der Möglichkeit des Erwerbs der einzelnen Betriebsteile tritt der Erwerb von Anteilen.²²⁵ Da beim Unternehmenskauf durch Anteilserwerb jedoch ebenfalls die Schulden des zu kaufenden Unternehmens zu übernehmen sind, dürfte diese Form eine Ausnahme bilden.²²⁶ Neben den bereits bestehenden Schulden sind bei dieser Variante die stillen Lasten, welche naturgemäß nur zu schätzen sind und damit eine weitere Risikoposition darstellen, zu übernehmen.²²⁷ Eine das Problem der Übernahme unerkannter Risiken minimierende Analyse des Unternehmens ist unter den Bedingungen des Insolvenzverfahrens i.d.R. nicht möglich, da das Verfahren durch zeitliche Engpässe gekennzeichnet ist. Der Erwerb der Anteile dürfte vor allem dann in Frage kommen, wenn z.B. Interesse an der Übernahme öffentlich-rechtlicher Genehmigungen besteht, und dies bei Erwerb der Betriebsteile nicht möglich ist.²²⁸

Der Anteilsverkauf bzw. der Verkauf der einzelnen Vermögenspositionen kann grundsätzlich zu drei Zeitpunkten erfolgen. Bei vorteilhaftem Angebot kann der Ver-

224 Eine Auffanggesellschaft können u.a. Altgesellschafter, Konkurrenten, die organschaftlichen Vertreter oder auch die bisherigen Mitarbeiter gründen. Vgl. detailliert zur Auffanggesellschaft HERMANN, Fortführung von Krisenunternehmen (2009), Rn. 20-24. Gerade mit Auffanggesellschaften sind jedoch häufig auch handels-, steuer- und arbeitsrechtliche Probleme verbunden. Vgl. dazu detailliert BRETE/THOMSEN, Die Auffanggesellschaft (2008), S. 4164-4175.

225 Vgl. BITTER/RAUHUT, Insolvenzzrechtliche Grundlagen der übertragenden Sanierung (2007), S. 197, BECK, Verfahrensablauf (2010), Rn. 132.

226 Vgl. BERENS/MERTES/STRAUCH, Unternehmensakquisitionen (2013), S. 23 f.

227 Vgl., auch im Folgenden, BITTER/RAUHUT, Insolvenzzrechtliche Grundlagen der übertragenden Sanierung (2007), S. 197, TAUTORUS/JANNER, Gesellschafts- und unternehmensrechtliche Fragestellungen (2012), Rn. 47 f.

228 Vgl. KNOBBE-KEUK, Unternehmenssteuerrecht (1993), S. 599, OLBRICH, Unternehmungsnachfolge durch Unternehmungsverkauf (2014), S. 94.

kauf bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – Zeitraum t_1 in Abbildung 4 – vom vorläufigen Insolvenzverwalter erfolgen. Zudem kann er auch vom final bestellten Insolvenzverwalter – Zeitraum t_2 in Abbildung 4 –, welcher nicht zwingend identisch mit dem vorläufigen Verwalter sein muss, vor Berichtstermin durchgeführt werden.

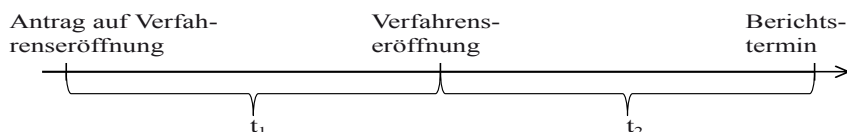


Abbildung 4: Die Durchführungszeiträume der übertragenden Sanierung

Die „reguläre“ Durchführung der übertragenden Sanierung findet nach Entscheidung im Berichtstermin statt, sodass in diesem Fall die Gläubigerbeteiligung obligatorisch ist. Sowohl im Zeitraum t_1 als auch in t_2 sind dagegen nicht zwingend Gläubigerüberlegungen zu berücksichtigen, sondern der Verwalter hat die Entscheidung nach bestem Wissen und Gewissen zu treffen. Unter Umständen sind jedoch Zustimmungsvorbehalte eines Gläubigerausschusses, dessen Bestellung sich nach § 22a InsO richtet, zu beachten. Die Zeiträume t_1 und t_2 sind grundsätzlich einer separaten Betrachtung zu unterziehen, da der Unternehmensverkauf zu unterschiedlichen Zeitpunkten verschiedene Konsequenzen zeitigt.

Der Kauf des Vermögens erfolgt regelmäßig durch Einzelerwerb, sodass der Empfänger die Betriebsteile ohne die Gefahr der Übernahme von Altlasten in sein Unternehmen integrieren kann. § 25 HGB – welcher besagt, dass der Erwerber bei Fortführung des Unternehmens dessen Verbindlichkeiten zu übernehmen hat²²⁹ – ist auf die übertragende Sanierung im Insolvenzverfahren nicht anzuwenden.²³⁰ Ein Erwerb des Unternehmens aus dem Insolvenzverfahren heraus – Zeitraum t_2 in Abbildung 4 – wäre bei Gültigkeit der Vorschrift für potentielle Interessenten unattraktiv, da eine Befreiung von Altlasten dann auf diesem Weg ausgeschlossen wäre. Die Haftung für Steu-

229 Vgl. grundlegend zur intensiven Diskussion über Zweck, Auslegung und Anwendung des § 25 HGB THIESSEN, Haftung des Erwerbers bei Firmenfortführung (2010), Rn. 1-104, ROTH, Haftung des Erwerbers bei Firmenfortführung (2011), Rn. 1-20, VOSSLER, Haftung des Erwerbers bei Firmenfortführung (2013), Rn. 1-60.

230 Vgl., auch im Folgenden, BGH-Urteil vom 11.04.1988, NJW 1988, S. 1913, Urteil des LG Düsseldorf vom 20.09.2006, NJW 2007, S. 942. Falls nur einzelne Gegenstände – und damit kein ganzes Unternehmen bzw. ein Unternehmensteil – vom Insolvenzverwalter veräußert werden, greift weiterhin § 25 HGB. Vgl. Urteil des OLG Stuttgart vom 23.03.2010, NZG 2010, S. 630 und HOPT, Haftung des Erwerbers bei Firmenfortführung (2012), Rn. 6-9.

erverbindlichkeiten ist über § 75 Abs. 2 AO ausgeschlossen.²³¹ Jedoch entfalten bei Erwerb von einem vorläufigen Insolvenzverwalter und damit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens – Zeitraum t_1 in Abbildung 4 – sowohl § 25 HGB also auch § 75 Abs. 1 AO weiterhin ihre Wirkung.²³² Eine Ausnahme von diesem Tatbestand – wiederum die Suspendierung der Vorschriften – ist nur dann möglich, sofern das Insolvenzverfahren unmittelbar im Anschluss an den Veräußerungsvorgang eröffnet wird.²³³

Weitaus größere Probleme wirft § 613a BGB auf, der auch für die Insolvenz maßgeblich ist.²³⁴ Danach muss der Erwerber des Unternehmens in die zum Betriebsübergang²³⁵ bestehenden Rechte und Pflichten der bestehenden Arbeitsverhältnisse eintreten. Problematisch ist dies vor allem in den Fällen, in denen der Erwerber die Belegschaft reduzieren möchte, um so den Anteil der Fixkosten zu senken. Nach § 613a Abs. 4 BGB ist jedoch eine Kündigung allein aufgrund des Betriebsübergangs nicht möglich bzw. eine auf dieser Basis ausgesprochene Kündigung unwirksam, sodass der Erwerber mindestens die gesetzlichen Kündigungsfristen einzuhalten hat.²³⁶ Falls die Unternehmenseigner in der Vergangenheit nicht bereits Kündigungen ausgesprochen haben, trägt damit der Erwerber in vollem Maße die mit einer beabsichtigten Personalreduzierung verbundenen Risiken.²³⁷ Falls jedoch andere sachliche Kündi-

231 Vgl. INTEMANN, Haftung des Betriebsübernehmers (2009), Rn. 60-64. Ausgenommen von der Befreiung sind Gegenstände der §§ 47 und 48 InsO. § 75 Abs. 2 AO betrifft nur die Insolvenzmasse; die Gegenstände der §§ 47 und 48 InsO zählen jedoch nicht zur dieser. Gegenstände des § 49 InsO sind nur dann zu befreien, wenn der Erwerb im Zuge der Vollstreckungsverfahren erfolgt. Vgl. dazu auch RÜSKEN, Haftung des Betriebsübernehmers (2012), Rn. 45 f.

232 Gleiches gilt für die Veräußerung des Unternehmens nach Abweisung mangels Masse nach § 26 InsO, die eine Unmöglichkeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Folge hat. Vgl. für § 25 HGB BGH-Urteil vom 04.11.1991, NJW 1992, S. 911 und BGH-Urteil vom 28.11.2005, NJW 2006, S. 1001 und für § 75 Abs. 2 AO BFH-Urteil vom 23.07.1998, NZI 1998, S. 95. A.A. CANARIS, Die Regelungen der §§ 25-28 HGB (2006), Rn. 28.

233 Vgl. BGH-Urteil vom 11.04.1988, NJW 1988, S. 1914 und BFH-Urteil vom 23.07.1998, NZI 1998, S. 95.

234 Vgl., auch im Folgenden, BAG-Urteil vom 26.03.1996, ZIP 1996, S. 1915, HAARMAYER/WUTZKE/FÖRSTER, Verfahrensarchitektur (2011), Rn. 20-23.

235 Zum Begriff des Betriebsübergangs vgl. DRESCHERS/BECKER, Betriebsübergang nach § 613a BGB (2007), S. 402-410.

236 Falls der Erwerb nach insolvenzbedingter Kündigung – es gilt nach § 113 Satz 2 InsO eine dreimonatige Kündigungsfrist – der Mitarbeiter vollzogen wird, haben diese generell keine Ansprüche auf eine Wiedereinstellung bzw. die Fortsetzung ihrer Tätigkeit. Vgl. BAG-Urteil vom 13.05.2004, ZIP 2004, S. 1610; bestätigend BAG-Urteil vom 28.10.2004, NZA 2005, S. 405. Bei Erwerb innerhalb der Kündigungsfrist kann daher grundsätzlich ein Wiedereinstellungsanspruch bestehen. Vgl. ALBRECHT, Arbeits- und sozialrechtliche Aspekte (2007), S. 177.

237 Es kann sinnvoll sein, Mittel für einen Sozialplan bereitzuhalten. Bei Absicht der Reduzierung der Beschäftigten ist diesen sodann mitzuteilen, dass ein Anspruch auf diese Mittel nur dann gewährt wird, wenn sie eine ausgesprochene Kündigung annehmen. Diese haben einen Anreiz, dieses Angebot wahrzunehmen, da im Falle des Scheiterns der Transaktion keine Anspruchsbe-

gungsgründe – neben dem bloßen Betriebsübergang – angeführt werden können, sind gemäß § 128 Abs. 2 InsO die §§ 125 Abs. 1 Satz 1 und 126 Abs. 1 Satz 1 InsO anwendbar. Danach sind betriebsbedingte Kündigungen möglich, sofern es nach Erwerb zu einer Betriebsänderung²³⁸ kommt. Die Betriebsänderung kann dabei kraft Gesetzes erst nach Betriebsübergang erfolgen. Für Verbindlichkeiten aus Arbeitsverträgen, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, haftet der Erwerber jedoch nicht.²³⁹

Zu berücksichtigen sind zudem etwaige europarechtlich begründete Verbindlichkeiten. So kann es sein, dass der Erwerber des Unternehmens Schuldner der Rückforderung einer europarechtlich gewährten Beihilfe wird.²⁴⁰ Auf diesem Wege soll auch in der Insolvenz die Flucht vor der Rückzahlungsverpflichtung nicht möglich sein.²⁴¹ Durch die Rückforderungen sollen die mit der Beihilfe gewährten Wettbewerbsvorteile wieder ausgeglichen werden. Denkbar wäre eine Nichtrückzahlungspflicht bei der Zahlung eines marktüblichen Preises für das Unternehmen im Zuge der Transaktion.²⁴² Es könnte argumentiert werden, dass der gewährte Wettbewerbsvorteil in die Preisbildung eingegangen ist und damit abgegolten ist. Um jedoch böswillige Umgehungen der Rückzahlungsverpflichtung zu verhindern, wird ein solches Vorgehen von der EU nicht anerkannt.²⁴³

rectigung bestehen bleibt. Durch Annahme der Kündigung steigt mithin die Chance auf Gelingen des Unternehmensübergangs. In der Praxis werden dazu häufig Beschäftigungs- und Qualifikationsgesellschaften gebildet, die die Mitarbeiter zunächst aufnehmen. Eine Auffanggesellschaft kann zudem zeitlich nachgeschaltet sein. Vgl. dazu und auch im Folgenden ALBRECHT, Arbeits- und sozialrechtliche Aspekte (2007), S. 177 f., HAARMEYER/WUTZKE/FÖRSTER, Verfahrensarchitektur (2011), Rn. 21.

238 Die Beurteilung einer Betriebsänderung vollzieht sich dabei nach § 111 Satz 3 BetrVG. Vgl. zum Begriff der Betriebsänderung KANIA, Betriebsänderungen (2014), Rn. 5-21.

239 Vgl. BAG-Urteil vom 11.10.1995, NZA 1996, S. 432.

240 Vgl. KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Entscheidung der Kommission vom 02. Juni 1999 (1999), S. 38.

241 Vgl. BITTER/RAUHUT, Insolvenzrechtliche Grundlagen der übertragenden Sanierung (2007), S. 202.

242 Vgl., auch im Folgenden, EuGH-Urteil vom 08.05.2003, ZIP 2003, S. 955 und EuGH-Urteil vom 29.04.2004, ZIP 2004, S. 1013. Grundsätzlich wäre fraglich, was unter einem „marktüblichen“ Preis zu verstehen ist; ein solcher Preis ist nicht objektiv zu ermitteln. Vielmehr ist die Wert- und damit Preisfindung durch ihre subjektiv geprägte Zielsystem-, Entscheidungsfeld- und Handlungsbezogenheit gekennzeichnet. Vgl. dazu detailliert OLBRICH, Zur Bedeutung des Börsenkurses für die Bewertung von Unternehmungen (2000), S. 458 f., OLBRICH, Probleme bei der Bewertung von Akquisitionsobjekten (2002), S. 153 ff., OLBRICH, Unternehmungsbewertung bei Scheidung (2005), S. 411-414, OLBRICH/HEINZ, Ermittlung des Entscheidungswertes (2009), S. 545-553.

243 Vgl. KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Entscheidung der Kommission vom 11. April 2000 (2000), S. 57.

Im Idealfall wird die übertragende Sanierung schon vor Eröffnung des Verfahrens vom vorläufigen Insolvenzverwalter vorbereitet und organisiert.²⁴⁴ Bei der Wahl eines geeigneten Umsetzungszeitpunkts sollte – wenn möglich – der Tag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in den Fokus rücken. Dieser Zeitpunkt bietet sich vor allem deshalb an, da die Insolvenzmasse auf diesem Weg durch entsprechende Ansprüche auf Insolvenzgeld nach den §§ 165-172 SGB III in optimaler Weise von Lohnzahlungen entlastet werden kann. Das Insolvenzgeld kann die Fortführung des Unternehmens bis zur Verfahrenseröffnung erleichtern, da die Arbeitnehmer für höchstens drei Monate vor Insolvenzeröffnung Anspruch auf Insolvenzgeld²⁴⁵ gegenüber der Bundesagentur für Arbeit geltend machen können. Ein Anspruch auf Insolvenzgeld wird aber nur gewährt, wenn der vorläufige Verwalter aufzeigen kann, dass eine übertragende Sanierung des bestehenden Unternehmens in Aussicht steht, die vorhandenen Arbeitskräfte mithin zum Teil in einem Beschäftigungsverhältnis verbleiben können. Falls die vertraglichen Vorbereitungen der übertragenden Sanierung zeitlich vor dem Berichtstermin liegen, die noch nicht abgehaltene Gläubigerversammlung daher zu diesem Zeitpunkt keine Eingriffsrechte haben kann, sind entweder entsprechende Klauseln – die zu einer nachträglichen Aufhebung gefasster Entscheidungen berechtigen – in die Verträge aufzunehmen, oder es ist der vorläufige Gläubigerausschuss²⁴⁶ zu Beratungen heranzuziehen.

Die Veräußerung des Unternehmens vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens – Zeitraum t_1 in Abbildung 4 auf S. 56 – durch den vorläufigen Insolvenzverwalter wird vom Gesetzgeber für den Regelfall ausgeschlossen.²⁴⁷ Dieses Recht wird dem vorläufigen Insolvenzverwalter in § 22 InsO explizit nicht erteilt. Somit wurde die zu Zeiten der Konkursordnung geteilte Ansicht, ein Unternehmen schon vor Eröffnung veräu-

244 Vgl., auch im Folgenden, HAARMEYER/WUTZKE/FÖRSTER, Vorläufige Verwaltung (2011), Rn. 49-60. Häufig wird in diesem Kontext von sog. „prepackaged plans“ gesprochen, deren Inhalt die detaillierte Vorbereitung zukünftiger Pläne ist. Es wird versucht, die Erfolgchancen einer übertragenden Sanierung durch sorgfältige Vorausplanung zu erhöhen.

245 Über Anträge des Insolvenzgeldes findet erst eine Entscheidung statt, wenn das Verfahren eröffnet oder mangels Masse abgelehnt wurde. Da bei Nichtzahlung der Löhne eine Flucht der Arbeitnehmer zu erwarten wäre – der Betrieb somit zum Erliegen käme –, wird häufig auf das Modell der Insolvenzgeldvorfinanzierung abgestellt. Vgl. KILGER, Geschäftsfortführung insolventer Unternehmen (1989), S. 498 f.

246 Bei Nichtvorhandensein eines solchen Gremiums sollte der vorläufige Verwalter trotzdem versuchen, Kontakt zu den unterschiedlichen Gläubigern aufzunehmen, um den Vertrag bestmöglich gestalten zu können.

247 Vgl., auch im Folgenden, BGH-Beschluss vom 14.12.2000, NJW 2001, S. 1496, BAG-Urteil vom 20.06.2002, NZI 2003, S. 223, BGH-Urteil vom 20.02.2003, NZI 2003, S. 260, DEUTSCHER BUNDESRAT, Vereinfachung des Insolvenzverfahrens (2006), S. 14. Bei Entwicklung dieser Norm ging der Gesetzgeber – was sich jedoch als Irrtum herausgestellt hat – von Eröffnungsverfahren aus, die nur wenige Tage andauern sollten. Unter dieser Voraussetzung war es nicht notwendig, über etwaige Veräußerungen durch den vorläufigen Verwalter zu diskutieren. Vgl. dazu HAARMEYER, Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters (2013), Rn. 73.

bern zu dürfen, in der Insolvenzordnung nicht umgesetzt.²⁴⁸ Ein Verkauf könnte aus Sicht des Verwalters jedoch vor allem dann sinnvoll sein, wenn schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens aussichtsreiche Angebote für das Unternehmen vorlägen.²⁴⁹ Daher versucht der vorläufige Insolvenzverwalter regelmäßig zumindest Angebote einzuholen, damit der tatsächliche Verkauf schnellstmöglich nach Verfahrenseröffnung durchgeführt werden kann. Falls jedoch ein Zuwarten in Bezug auf die Veräußerung des Unternehmens eine Schädigung der Insolvenzmasse zur Folge hätte, ist das Veräußerungsverbot durch den vorläufigen Verwalter aufgehoben.²⁵⁰ Dieselbe Ansicht wird ebenso für den Fall eines besonders attraktiv erachteten Angebots geteilt, das bei Nichtwahrnehmung bis zur Verfahrenseröffnung verfallen würde; in dieser Konstellation sollte der vorläufige Verwalter dazu verpflichtet sein, das entsprechende Angebot anzunehmen.²⁵¹ Grundsätzlich sprechen gegen eine Veräußerung vor der Verfahrenseröffnung die Ungewissheit über das Vorliegen eines Insolvenzgrunds und die mit einem Verkauf unumkehrbaren Konsequenzen für den Schuldner.²⁵² Ebenso spricht die Gefahr haftungsrechtlicher Konsequenzen der §§ 25 HGB und 75 AO gegen eine solche Veräußerung, da die Haftung im bereits eröffneten Insolvenzverfahren – wie angemerkt – ausgeschlossen ist. Des Weiteren soll durch das Veräußerungsverbot gewährleistet sein, dass die Gläubiger in die Entscheidung über das weitere Verfahren zwingend eingebunden sind.²⁵³ Die Vor- und Nachteile sind im Einzelfall abzuwägen, der vorläufige Insolvenzverwalter sollte jedoch – um etwaigen Schadenersatzansprüchen ausweichen zu können – alle Kaufangebote intensiv prüfen.

Eine Veräußerung nach Verfahrenseröffnung und noch vor Berichtstermin – Zeitraum t_2 in Abbildung 4 auf S. 56 – ist nach § 158 Abs. 1 InsO nur möglich, soweit der Gläubigerausschuss zustimmt. Falls kein Gläubigerausschuss bestellt ist, oder dieser dem vom Insolvenzverwalter vorgeschlagenem Verfahren nicht zustimmt, wird

248 Vgl. Urteil des OLG Düsseldorf vom 13.12.1991, ZIP 1992, S. 344.

249 Vgl. für die Ansicht der Möglichkeit eines Verkauf durch den vorläufigen Insolvenzverwalter KAMMEL, *Ausgewählte Probleme des Unternehmenskaufs aus der Insolvenz* (2000), S. 102 ff., MENKE, *Zum Verwertungsrecht des vorläufigen Insolvenzverwalters* (2003), S. 525 ff.

250 Vgl. BGH-Beschluss vom 14.12.2000, NJW 2001, S. 1497. Schon im Gesetzesentwurf wurde angeführt, dass im Fall verderblicher Ware in Ausnahmefällen eine Veräußerung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter möglich sein soll. Vgl. dazu DEUTSCHER BUNDESTAG, *Insolvenzordnung* (1992), S. 116 f.

251 Vgl. BGH-Urteil vom 05.05.2011, NZI 2011, S. 602.

252 Vgl., auch im Folgenden, ONUSSEIT, *Verwertung der Insolvenzmasse* (2008), Rn. 5, KIRCHHOF, *Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters* (2011), Rn. 14.

253 Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Gläubiger auch bei einer Veräußerung im Insolvenzverfahren nicht zwingend einzubeziehen sind, wenn der bestellte Insolvenzverwalter das Unternehmen bei gleichzeitigem Nichtbestehen eines Gläubigerausschusses vor Berichtstermin veräußert. In diesen Fällen ist der Insolvenzverwalter nicht dazu angehalten, eine Gläubigerentscheidung abzuwarten, sondern handelt nach bestem Wissen und Gewissen. Vgl. dazu ONUSSEIT, *Maßnahmen vor der Entscheidung* (2008), Rn. 6.

in der Praxis auch auf die zeitweilige Verpachtung an den Interessenten bis zum Berichtstermin zurückgegriffen.²⁵⁴ Auf diesem Wege verhindert der Insolvenzverwalter, dass er sich bei Veräußerung vor Berichtstermin ohne Einholen einer Genehmigung des Gläubigerausschusses eventuellen Schadenersatzansprüchen aussetzen muss. Wiederum ist dieses Vorgehen nur unter der Voraussetzung zulässig, dass die Veräußerung die bestmögliche Alternative der Vermögensverwertung darstellt. Die Entscheidung zur Veräußerung kann – entsprechend wie die der Stilllegung – nach § 158 Abs. 2 InsO angefochten werden.

1.3.4 Die dauernde Fortführung

Es bestehen generell zwei Möglichkeiten, aus denen eine dauerhafte Unternehmensfortführung resultieren kann. Es ist einerseits eine Sanierung ohne Insolvenzverfahren denkbar und andererseits eine Sanierung innerhalb des Insolvenzverfahrens. Im zweiten Fall wird von einer strukturierten Insolvenz gesprochen.²⁵⁵ Die Entscheidung, ob eine Sanierung als Alternative Erfolg verspricht, ist laut h.M. anhand der Sanierungsfähigkeit bzw. -würdigkeit zu beurteilen.²⁵⁶ Die Sanierungsfähigkeit wird dabei als ein objektiver Bewertungsmaßstab verstanden, nach dem durch Erstellung eines Sanierungskonzepts bestimmt werden kann, ob eine Sanierung lohnenswert ist. Die Sanierungswürdigkeit hingegen stellt auf eine subjektive Betrachtung ab, in der der Schuldner nach eigenem Ermessen beurteilt, ob eine Sanierung Erfolg versprechend ist. Diese Unterscheidung erscheint als nicht zweckmäßig, da der Schuldner letztendlich subjektiv zu entscheiden hat, ob er eine Sanierung durchführt; eine objektive Bewertung ist nicht möglich, da in diese subjektive Prognoseelemente eingehen. Selbst wenn ein – de facto nicht ermittelbarer – objektiver Maßstab für eine Sanierung sprechen würde, kann der Schuldner die Sanierung als sinnlos erachten und vice versa. Eine sich ausschließende Definition beider Termini ist nicht realisierbar und sollte daher vermieden werden.

Im ersten Fall, der Sanierung ohne Insolvenzverfahren, sind jegliche Sanierungsbemühungen denkbar. Dabei ist es von Vorteil, dass es zunächst keine gesetzlichen Vorgaben zur Sanierung gibt, somit alle Möglichkeiten in Frage kommen. Häufig dürfte der Reiz des Versuchs von Sanierungsbemühungen darin liegen, dass eine Insolvenz eben nicht nach außen anzuzeigen ist. Denn beim Schuldner dürften durchaus Ängste bestehen, dass die angezeigte Insolvenz zu einem Vertrauensverlust bei Kunden und Lieferanten führt. Dennoch wird es in einer tiefen Unternehmenskrise unaus-

254 Vgl., auch im Folgenden, Urteil des OLG Rostock vom 08.04.2011, NZI 2011, S. 488. Siehe auch STEFFAN, Die Insolvenz (2011), Rn. 97.

255 Vgl. WENIGER, Strukturierte Insolvenz (2006), S. 181.

256 Vgl., auch im Folgenden, AXHAUSEN, Die GmbH in Krise (2009), Rn. 50-120.

weichlich sein, den Schutzschirm des Insolvenzverfahrens zu suchen, da nur so Vermögenssicherungsmaßnahmen möglich sind. Denn sofern die Krise immer offensichtlicher wird, dürften die Gläubiger versucht sein, ihre Forderungen schnellstmöglich geltend zu machen.

Im zweiten Fall, der Sanierung mit Insolvenzverfahren, wird das Unternehmen fortgeführt, bis ein rechtskräftiger Insolvenzplan vorliegt. Mit Bestätigung des Insolvenzplans durch das zuständige Insolvenzgericht wird das Insolvenzverfahren nach § 258 InsO aufgehoben.²⁵⁷ In der Praxis ist die Anwendung eines Insolvenzplans bisher eher selten anzutreffen, sollte jedoch im Zuge der Einführung des ESUG an Bedeutung gewinnen.²⁵⁸ Im Insolvenzplanverfahren sind alle Abwicklungsformen denkbar, die auch im Regelinsolvenzverfahren zur Verfügung stehen.²⁵⁹ Gegenstand des Planverfahrens können neben der dauerhaften Sanierung damit die zeitweilige Fortführung, die Liquidation des Vermögens oder eine übertragende Sanierung sein. Es ist daher bei Aufstellen eines Plans nicht zwingend von der Sanierung bzw. dem Erhalt des Unternehmens auszugehen. Diese Vermutung liegt aufgrund der Formulierung des § 1 InsO nahe, der den Insolvenzplan als Instrument „insbesondere zum Erhalt des Unternehmens“ darstellt.

Nach § 217 InsO können in einem Insolvenzplan neben der Befriedigung der absonderungsberechtigten Gläubiger und der Insolvenzgläubiger sowohl die Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse als auch die Haftung des Schuldners nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens abweichend von den Vorschriften der Insolvenzordnung geregelt werden. Ist der Schuldner keine natürliche Person, können zudem die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen in den Plan einbezogen werden. Es soll den Beteiligten ein Verfahren offenstehen, das eine Lösung der derzeitigen Problemsituation auch ohne den klassisch vorgegeben Rechtsrahmen zulässt. Es soll auf diesem Wege zudem verhindert werden, dass die Insolvenz eines Unternehmens automatisch in der Liquidation endet.

Zur Vorlage eines Plans sind nach § 218 InsO grundsätzlich der Insolvenzverwalter²⁶⁰ und der Schuldner²⁶¹ berechtigt. Indirekt ist zudem die Gläubigerversammlung an-

257 Vgl. FISCHER-BÖHNLEIN/KÖRNER, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2001), S. 196.

258 Lediglich werden knapp ein bis zwei Prozent der Verfahren auf diesem Wege abgewickelt. Vgl. PAFFENHOLZ/KRANZUCH, Insolvenzplanverfahren (2007), S. 112, KRANZUCH/ICKS, Wann werden die Gläubiger ausgezahlt? (2010), S. 8. Vgl. zu den Änderungen des ESUG DAHL, Neuregelungen des ESUG (2012), S. 21 f, GÖB, ESUG (2012), S. 374 ff.

259 Vgl., auch im Folgenden, EXNER/BECK, Insolvenzplan (2010), Rn. 36-56.

260 Auch der vorläufige Insolvenzverwalter ist dazu berechtigt, einen Plan auszuarbeiten. Diese Möglichkeit basiert auf der Formulierung des § 218 Abs. 1 Satz 2 InsO, der die Vorlage eines Plans mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbindet. Vgl. BRAUN, Anforderungen an den Insolvenzplan (2010), Rn. 12 f.

tragsberechtigt, da diese den Insolvenzverwalter durch Entscheidung im Berichtstermin dazu beauftragen kann, einen Plan auszuarbeiten.²⁶² Dabei ist der Verwalter an die grundlegenden Entscheidungen der Gläubigerversammlung gebunden, selbst wenn diese seiner eigenen Auffassung widersprechen sollten.²⁶³ Gleichwohl hat er im Rahmen der Vorgaben Ermessensentscheidungen zu treffen, über die er in einem gewissen Maße Einfluss auf die letztendliche Ausgestaltung des Plans nehmen kann. Ihm bleibt zum einen die Möglichkeit, im Rahmen des § 78 InsO die Aufhebung des Beschlusses der Gläubigerversammlung zu forcieren. Zum anderen kann er versuchen, die Gläubiger von seinen divergierenden Vorstellungen zu überzeugen, indem er initiativ die ihm weiterhin zustehende Möglichkeit der Erstellung eines eigenen Plans nutzt und diesen der Versammlung zur Abstimmung vorlegt.

Nach § 218 Abs. 1 Satz 3 InsO ist das Einreichen des Insolvenzplans bis zum Schlusstermin möglich. Zu unterscheiden ist in Pläne, die mit Antrag auf Eröffnung eingehen,²⁶⁴ und in solche, die erst während des Verfahrens erarbeitet werden. Problematisch sind dabei vor allem Pläne, die sehr spät – kurz vor Schlusstermin – eingebracht werden, weil zu diesem Zeitpunkt i.d.R. nicht mehr die Grundlage für eine er-

261 Falls es sich beim Schuldner um mehrere natürliche Personen oder um eine juristische Person handelt, ist die Antragsberechtigung einer gesonderten Betrachtung zu unterziehen. Denn für den Insolvenzplan fehlt eine dem § 15 InsO vergleichbare Regelung, die es jedem Mitglied des Vertretungsorgans erlaubt, einen Insolvenzantrag zu stellen. Da der Antragstellende im Zuge des fakultativen Insolvenzgrunds der drohenden Zahlungsunfähigkeit zwingend zur Vertretung der juristischen Person bzw. der Gesellschaft berechtigt sein muss, hat diese Regelung auch für die Vorlage des Insolvenzplans entsprechend zu gelten. Denn auch die Vorlage eines Plans ist nicht verpflichtend und daher wie die ordnungsgemäße Vertretung der juristischen Person zu behandeln. Vgl. BRAUN, Vorlage des Insolvenzplans (2005), Rn. 8-14.

262 Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass das Initiativrecht des Verwalters auf Vorlage eines Plans erlischt, falls die Gläubigerversammlung den Verwalter zur Erstellung eines Plans beauftragt. Vgl. EIDENMÜLLER, Vorlage des Insolvenzplans (2008), Rn. 28. Weiterhin wird unter Zuhilfenahme des Gesetzesentwurfs angeführt, dass der Verwalter nicht eigeninitiativ tätig werden darf. „Ohne einen Antrag der Gläubigerversammlung ist der Verwalter nicht berechtigt, einen Plan vorzulegen.“ DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzordnung (1992), S. 196. Dennoch findet sich diese Formulierung nicht im Gesetzestext, sodass nicht davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber mit dem verabschiedeten Gesetz eine Einschränkung des Verwalterantrags verfolgt. Zudem kann das Initiativrecht des Verwalters unter zeitlichen Aspekten vorteilhaft sein, da dieser vorausschauend einen Plan entwickeln kann und somit nicht erst auf Auftrag der Gläubigerversammlung im Berichtstermin tätig wird. Vgl. EIDENMÜLLER, Vorlage des Insolvenzplans (2008), Rn. 25 ff. Der Ansicht, dass das Eigeninitiativrecht des Verwalters erlischt, ist daher nicht zuzustimmen. Andernfalls wäre der Verwalter nicht in der Lage, von den Gläubigern abweichende Ansichten in einem Plan zu verarbeiten, und die Vorteile der Eigenmotivation würden konterkariert.

263 Vgl., auch im Folgenden, SMID, Planinitiative gem. § 218 InsO (1996), S. 1252 f., SCHIESSLER, Der Insolvenzplan (1997), S. 99. Es ist HERZIG zuzustimmen, denn der Verwalter würde andernfalls „zum Gegenspieler der Gläubigerinteressen“, HERZIG, Das Insolvenzplanverfahren (2001), S. 129.

264 Es wird – wie erwähnt – von sog. „prepackaged plans“ gesprochen.

folgreiche Sanierung bzw. die Durchführung eines Insolvenzplans allgemein gegeben ist.²⁶⁵ Diese sind vom Insolvenzgericht nach § 231 InsO insbesondere dann zurückzuweisen, wenn sie rein taktischer Natur sind und lediglich das Verfahren erschweren respektive verlängern sollen.²⁶⁶

Da mehrere Gruppen die Option haben, einen Insolvenzplan einzureichen, können beim Insolvenzgericht mehrere Pläne eingehen, die dann zur Abstimmung stehen.²⁶⁷ Eingeschränkt wird die Möglichkeit der Planeinreichung nur dahingehend, dass der Gesetzeswortlaut des § 218 Abs. 1 Satz 1 InsO es der jeweiligen Partei erlaubt, lediglich einen einzigen Plan einzureichen. Sofern das Verfahren eines eingereichten Plans abgeschlossen ist, können weitere Pläne vorgelegt werden. Ein eingereicherter Plan kann nicht aufgrund des Vorliegens eines weiteren Plans vom Insolvenzgericht zurückgewiesen werden.²⁶⁸ Die gleichzeitige Abstimmung über mehrere Pläne ist nicht zulässig, sodass über jeden Plan einzeln abzustimmen ist.²⁶⁹ Eine gleichzeitige Abstimmung über mehrere Pläne würde dazu führen, dass der Gläubiger sich für einen der zur Wahl gestellten Pläne entscheiden müsste oder im Zweifelsfall – bei ablehnender Haltung gegenüber allen zur Wahl stehenden Plänen – auf die Ausübung seines Stimmrechts verzichten müsste. Bei Ausübung des Stimmrechts müsste er nämlich mindestens für einen der Pläne stimmen, selbst dann, wenn dieser nicht seinen Vorstellungen entspricht. Bei separater Abstimmung über den jeweiligen Plan kann der Gläubiger gegen jeden Plan einzeln stimmen, ohne sich für einen dieser Pläne aussprechen zu müssen.²⁷⁰ Bei Annahme mehrere Pläne trifft das Insolvenzgericht unter Berücksichtigung der Gläubigerpräferenzen die Entscheidung, welcher Plan umgesetzt wird.²⁷¹

265 Das Insolvenzplanverfahren dient – wie angemerkt – nicht zwingend Sanierungszwecken. Doch auch die Umsetzung anderer Verfahrensarten per Insolvenzplan ist zu solch einem späten Zeitpunkt schwerlich möglich oder sinnlos. So etwa, wenn die reguläre Liquidation schon weit vorangeschritten ist, und eine Umsetzung eines dann eingereichten Plans als unmöglich erscheint.

266 Eine Zurückweisung erfolgt, falls einer der Gründe des § 231 Abs. 1 InsO erfüllt ist. Zur Entscheidung über Zurückweisung des Plans vgl. BREUER, Zurückweisung des Plans (2008), Rn. 1-23. Vgl. zu einer differenzierten Betrachtung auch in Bezug auf einen vom Schuldner eingereichten Plan BRAUN, Der Ablauf des Insolvenzplanverfahrens (2010), Rn. 10-18.

267 Vgl., auch im Folgenden, EIDENMÜLLER, Vorlage des Insolvenzplans (2008), Rn. 189-197.

268 Vgl. ENGBERDING, Der Insolvenzplan im neuen Insolvenzrecht (1998), S. 96.

269 Vgl., auch im Folgenden, EIDENMÜLLER, Vorlage des Insolvenzplans (2008), Rn. 189-197.

270 Zum gleichen Schluss kommen BRAUN/UHLENBRUCK, Unternehmensinsolvenz (1997), S. 642 und KALTMAYER, Der Insolvenzplan als Sanierungsmittel (1999), S. 322.

271 Vgl. BRAUN/UHLENBRUCK, Unternehmensinsolvenz (1997), S. 642 f. Vordergründig widerspricht dieser Vorschlag der Gläubigerautonomie. Dennoch ist dieses Verfahren als sinnvoll zu betrachten, da es die geforderte Verfahrensbeschleunigung unterstützt, und eine Entscheidung nur unter Berücksichtigung der vorhandenen Gläubigerverhältnisse getroffen werden kann; die Interessen der Gläubiger gehen mithin in die Entscheidung des Gerichts ein.

Nach § 219 InsO setzt sich der Plan aus einem darstellenden und einem gestaltenden Teil zusammen.²⁷² Im darstellenden Teil sind nach § 220 InsO alle Maßnahmen aufzuführen, die nach der Eröffnung des Verfahrens getroffen wurden oder werden sollen, welche Grundlage für die Neugestaltung der Rechte der Beteiligten sind. Zudem stellt § 220 Abs. 2 InsO klar, dass alle weiteren Maßnahmen, die die Entscheidungsfindung der Betroffenen beeinflussen könnten, darzustellen sind.²⁷³ Im gestaltenden Teil wird nach § 221 InsO beschrieben, inwiefern die Rechtsstellung der Beteiligten durch die geplanten Maßnahmen während des Verfahrens einer Änderung unterliegen kann.

Die Abstimmung über die Annahme eines Plans ist nicht deckungsgleich mit der Entscheidung in der Gläubigerversammlung, da zur Bestätigung des Plans nach § 244 InsO sowohl die Kopf- als auch die Summenmehrheit erforderlich sind.²⁷⁴ Zunächst sind nach § 222 InsO die Gläubiger in Gruppen zu unterteilen.²⁷⁵ Innerhalb dieser Gruppen wird über Annahme des Plans abgestimmt.²⁷⁶ Die Zustimmung zum Plan ist erteilt, wenn alle Gruppen, innerhalb derer sowohl die Summen- als auch die Kopfmehrheit gegeben sein müssen, dem Plan zustimmen. Um das Blockieren der Annahme eines Plans durch einzelne Gruppen zu verhindern, wird durch das Obstruktionsverbot des § 245 InsO die Zustimmung der ablehnenden Gruppe als gegeben angesehen, wenn die Mehrheit der Gruppen dem Plan zugestimmt hat. Darüber hinaus sind weitere Bedingungen zu erfüllen: Erstens dürfen die nicht zustimmenden Gruppen durch Annahme des Plans nicht schlechter gestellt werden als sie es ohne Plan wären. Zweitens sind diese Gruppen an den wirtschaftlichen Zuflüssen angemessen zu betei-

272 Eventuell ist der Plan um eine Vermögensübersicht und einen Ergebnis- und Finanzplan nach § 229 InsO und um weitere Anlagen des § 230 InsO zu ergänzen. Für eine beispielhafte Grundstruktur eines Insolvenzplans vgl. BRAUN/FRANK, Gestaltender Teil (2012), Rn. 8-11.

273 Weitere Regelungen sind nicht vorhanden, sodass im Einzelfall zu prüfen ist, welche Angaben in den Plan aufzunehmen und wie ausführlich diese zu beschreiben sind. Es ist insbesondere an die materiell wirtschaftlichen Konsequenzen der Beteiligten zu denken, die der geplanten Verfahrensabwicklung zugrunde liegen. Es ist aufzuzeigen, inwiefern die im Plan verfolgte Alternative zu wirtschaftlichen Vorteilen gegenüber den anderen Möglichkeiten für die betroffenen Gruppen führt. Diese Darstellung sollte sowohl inhaltlich als auch rechnerisch erfolgen. Vgl. dazu auch BORK, Der Insolvenzplan (1996), S. 475 f.

274 Vgl. dazu auch GOGGER, Das Insolvenzverfahrensrecht (2011), Rn. 496-499.

275 Zwingend ist nach § 222 Abs. 1 InsO nur eine Gruppe zu bilden, die der nicht nachrangigen Gläubiger. An die Möglichkeit der Bildung anderer Gruppen sind jeweils Bedingungen geknüpft. Ein Planverfahren mit lediglich einer Gruppe ist daher denkbar. Der Planeinreicher kann bei Einteilung der Gruppen freilich taktische Ziele verfolgen. So kann er versuchen, die Gruppen dahingehend einzuteilen, dass eventuell opponierende Einzelgläubiger so eingeteilt werden, dass sie in ihrer Gruppe lediglich in der Minderheit sind. Vgl. zur Gruppenbildung ENGBERDING, Der Insolvenzplan im neuen Insolvenzrecht (1998), S. 95 ff., FRIND, Die Grenze zwischen Gestaltung und Manipulation im Insolvenzplanverfahren (2007), S. 374-378, WANG, Unternehmenssanierung durch Insolvenzplan (2008), S. 65-74.

276 Vgl., auch im Folgenden, GOGGER, Das Insolvenzverfahrensrecht (2011), Rn. 496-499.

ligen, und drittens muss eine einfache Zustimmungsmehrheit der Gruppen vorhanden sein.²⁷⁷ Zusammenfassend ist die Zustimmung dann zu fingieren, wenn die nicht zustimmenden Gläubigergruppen durch Annahme des Plans nicht schlechter gestellt werden als ohne Plan.²⁷⁸

Da die gebildeten Gruppen nach § 222 InsO nicht zwingend gleich zu behandeln sind, ist eine Abweichung vom allgemeingültigen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung denkbar. Dennoch ist dieser Grundsatz nicht gänzlich aufgehoben, da nach § 226 InsO innerhalb der jeweiligen Gruppen die Gleichbehandlung der Mitglieder zwingende Voraussetzung ist. Eine Ungleichbehandlung ist innerhalb der Gruppe nach § 226 Abs. 2 InsO nur möglich, wenn die Betroffenen dieser zustimmen.

Auf die Einreichung des Plans folgt ein Vorprüfungsverfahren, welches mit der Niederlegung des Plans in der Geschäftsstelle zur Einsicht aller Beteiligten²⁷⁹ nach § 234 InsO endet.²⁸⁰ Sofern der Verwalter oder der Schuldner die Ansicht vertritt, dass ihr ausgearbeiteter Insolvenzplan von der Gläubigerversammlung angenommen werden könnte, sind sie dazu berechtigt, die Aussetzung der Verwertung und Verteilung des Vermögens nach § 233 InsO bei Gericht zu beantragen.²⁸¹ Durch die fortlaufende Verwertung könnte sich eine neue Situation ergeben, die es nicht mehr erlaubt, die im Plan ursprünglich angedachten Änderungen durchzuführen. Dennoch ist das Insolvenzgericht dazu angehalten, genau zu prüfen, ob die Nichtverwertung der Masse zu Nachteilen für die Gläubiger führen kann, wenn etwa günstige Angebote für einzelne Teile der Insolvenzmasse vorliegen, die zugleich einer Befristung unterliegen. Falls der Verwalter in Absprache mit dem Gläubigerausschuss respektive der Gläubigerversammlung die Wiederaufnahme der Verwertung und Verteilung der Masse beantragt, hat das Gericht dem stattzugeben. Ohne dieses Recht wäre es dem Schuldner wiederum möglich, durch einen Antrag auf Unterlassung der Verwertung taktische Elemente in das Verfahren einzubringen.

277 Vgl. zu den einzelnen Erfordernissen detailliert BRAUN, Der Ablauf des Insolvenzplanverfahrens (2010), Rn. 48-88.

278 Diesem Verfahren entsprechend wird auch die Zustimmung des Schuldners nach § 247 Abs. 2 InsO fingiert. Grundsätzlich ist der Schuldner nicht in die Entscheidungsfindung einzubeziehen. Er kann der Annahme des Plans lediglich nach § 247 Abs. 1 InsO im Abstimmungstermin widersprechen. Der Widerspruch ist dennoch ungültig, wenn die Bedingungen des zweiten Absatzes erfüllt sind.

279 Zu den Beteiligten zählen nur diejenigen, denen auch ein Stimmrecht zusteht. Denn der Insolvenzplan enthält nur für den internen Gebrauch bestimmte Unternehmensinformationen, und eine weitreichende Veröffentlichung dieser Daten würde die Position des Unternehmens schwächen. Vgl. dazu BRAUN, Ablauf des Insolvenzplanverfahrens (2010), Rn. 24 ff.

280 Vgl. BRAUN, Der Ablauf des Insolvenzplanverfahrens (2010), Rn. 5-9.

281 Vgl., auch im Folgenden, BRAUN, Der Ablauf des Insolvenzplanverfahrens (2010), Rn. 19-23.

Auf die Niederlegung folgt die eigentliche Abstimmung über den Plan im Erörterungs- und Abstimmungstermin.²⁸² Der Erörterungsteil beginnt mit der Präsentation der Inhalte des Insolvenzplans durch den jeweiligen Einreichenden. Den Beteiligten wird Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Ein gesondertes Eingehen auf die aufkommenden Fragen trägt möglicherweise zu einer breiten Akzeptanz des Plans unter den Gläubigern bei.²⁸³ Nach abschließender Klärung der aufkommenden Diskussionspunkte werden die Stimmrechte der Gläubiger nach den §§ 237 und 238 InsO erörtert und festgelegt. Die festgestellten Stimmrechte sind in einer Stimmliste nach § 239 InsO zu fixieren. Durch das ESUG wurde zudem per § 238a InsO den Anteilsinhabern des Schuldners ein Stimmrecht zugeschrieben, wenn deren Rechte durch den Insolvenzplan einen Eingriff erfahren.²⁸⁴ Dies ist inhaltlich daher geboten, da mit den §§ 217 Satz 2 und 225a InsO die Einbeziehung der Anteilsinhaber in das Planverfahren möglich ist. Nach Feststellung der Stimmrechte wird im Abstimmungsteil²⁸⁵ – unter Berücksichtigung der erläuterten Mehrheiten – über den vorgelegten Plan bzw. die vorgelegten Pläne²⁸⁶ abgestimmt. § 236 InsO erlaubt die Verbindung dieses Termins mit dem Prüfungstermin. Bei diesem Vorgehen hat zunächst der Prüfungstermin zu erfolgen, da dieser zeitlich vor den weiteren Terminen liegen muss.

Nach Erörterungs- und Abstimmungstermin ist der Plan nach § 248 InsO anzunehmen oder die Bestätigung nach den §§ 250 und 251 InsO von Amts wegen zu versagen.²⁸⁷ Das Gericht hat im Zuge der Annahme des Plans nach den §§ 244-247 InsO

282 Vgl., auch im Folgenden, BRAUN, Der Ablauf des Insolvenzplanverfahrens (2010), Rn. 27-47.

283 Gerade durch die im Erörterungstermin gestellten Fragen kann Änderungspotential identifiziert und auch genutzt werden; eine Änderung nach Erörterungs-, jedoch vor Abstimmungstermin ist nach § 240 InsO explizit erlaubt.

284 Vgl., auch im Folgenden, BRAUN/FRANK, Stimmrecht der Anteilsinhaber (2012), Rn. 1 ff. Das Stimmrecht dürfte vor allem dann maßgeblich werden, wenn ein Tausch von Verbindlichkeiten in Eigenkapital geplant ist, ein sog. „debt-equity-swap“. Vgl. dazu KUBMAUL/PALM, Debt to Equity Swap als Sanierungsinstrument (2012), S. 67-72, KUBMAUL/PALM, Debt to Equity Swap als Sanierungsinstrument im deutschen Steuerrecht (2012), S. 106-113.

285 Nach § 241 InsO kann ein gesonderter Abstimmungstermin angesetzt werden. Dieser Tatbestand soll eine Ausnahme darstellen, da durch die Festlegung eines gesonderten Termins das Verfahren zeitlich in die Länge gezogen wird. Im abweichenden Abstimmungstermin kann nach § 242 InsO eine schriftliche Abstimmung erfolgen, da der Erörterungstermin bereits bei der ersten Zusammenkunft abgeschlossen war.

286 Über die Pläne ist in einer vom Gericht zu treffenden Reihenfolge abzustimmen. Vgl. DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzordnung (1992), S. 210. Die Reihenfolge kann durch die Offenheit der mündlichen Abstimmung Einfluss auf das Stimmverhalten bei den unterschiedlichen Plänen haben; die vorgegebene Reihenfolge sollte im Idealfall jedoch keinen Einfluss auf die Stimmrechtsausübung haben. Daher bietet sich am ehesten die Variante an, nach der die Abstimmung nach der zeitlichen Einreichung der Pläne erfolgt, sodass von der Reihenfolge nicht auf eine Gewichtung seitens des Gerichts zu schließen ist. Vgl. dazu detailliert HINTZEN, Erörterungs- und Abstimmungstermin (2008), Rn. 30 ff.

287 Im Fall des bedingten Plans nach § 249 InsO sind vor Bestätigung die erforderlichen, bisher nicht erfüllten Kriterien in der angesetzten, angemessenen Frist zu erfüllen. Andernfalls ist die

zu prüfen, ob die notwendigen Gläubigermehrheiten vorhanden sind, und ob die Zustimmung des Schuldners erfolgt ist. Vor der Entscheidung zur Bestätigung hat das Insolvenzgericht den Insolvenzverwalter, den Gläubigerausschuss und den Schuldner zu hören.²⁸⁸ Die Bestätigung des Plans ist nur dann zu versagen, wenn einer der in den §§ 250 und 251 InsO verzeichneten Gründe vorliegt. Nach Bestätigung oder Versagung des Plans ist dieser nach § 252 Abs. 1 InsO im Abstimmungstermin oder in einem abweichenden, festzulegenden Termin bekannt zu geben.²⁸⁹ Den Insolvenzgläubigern, die Forderungen angemeldet haben, und den absonderungsberechtigten Gläubigern ist nach § 252 Abs. 2 InsO ein Abdruck des Plans auszuhändigen; wenn wiederum die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen in den Plan einbezogen sind, erhalten auch diese eine Abschrift.

Gegen die Bestätigung bzw. die Versagung der Bestätigung des Plans steht den Gläubigern, dem Schuldner und – wenn dieser keine natürliche Person ist – den am Schuldnerunternehmen beteiligten Personen nach § 253 InsO die sofortige Beschwerde zu.²⁹⁰ Gerade § 253 InsO erfuhr durch das ESUG eine Erweiterung, indem den am Schuldnerunternehmen beteiligten Personen das Beschwerderecht eingeräumt wurde. Ebenso wurden in § 253 Abs. 2 InsO Kriterien kodifiziert, die für eine rechtmäßige Beschwerde erfüllt sein müssen, um Verzögerungen durch unberechtigte Beschwerden zu verhindern. Des Weiteren wurde in § 253 Abs. 4 InsO festgelegt, dass die Beschwerde in dem Fall zurückzuweisen ist, in dem der Insolvenzverwalter Antrag darauf stellt, und das Gericht der schnellstmöglichen Umsetzung Vorrang vor Einzelinteressen einräumt. Schwere Verstöße lassen ein Zurückweisen des Beschwerdeantrags nicht zu. § 254 InsO besagt, dass mit Bestätigung des Insolvenzplans alle im Plan vorgesehenen Regelungen, die im gestaltenden Teil des Plans für und gegen die Beteiligten bestimmt sind, eintreten.²⁹¹ Zudem wird die Rechtsstellung der Beteiligten gegenüber Drittparteien dargestellt. Auch § 254 Abs. 4 InsO wurde im Zuge des ESUG eingeführt und betrifft den Wandel einer Forderung des Gläubigers in Eigenkapitalbestandteile des Schuldners. In diesem Zusammenhang wird die Nachschusspflicht des Gläubigers ausgeschlossen; gegen den Gläubiger ist die Geltendma-

Bestätigung zu versagen. Gegen die Versagung kann per § 253 InsO Beschwerde eingelegt werden, diese macht nur dann Sinn, wenn die Bedingungen tatsächlich erfüllt wurden, das Gericht die Erfüllung dieser jedoch fälschlicherweise nicht anerkennt. Vgl. dazu insbesondere SINZ, *Bedingter Plan* (2013), Rn. 7-33.

288 Dabei reicht die Gelegenheit zur Stellungnahme aus. Die Möglichkeit zur Stellungnahme dürfte regelmäßig schon im Erörterungs- und Abstimmungstermin erfolgen, sodass eine weitere Anhörung nicht zwingend erforderlich ist. Auch ein Fernbleiben von Erörterungs- und Abstimmungstermin hat nicht zur Folge, dass ein gesonderter Anhörungstermin zu vereinbaren ist, um eine erneute Möglichkeit der Anhörung zu gewähren. Vgl. dazu ausführlich Urteil des LG Traunstein vom 27.08.1999, NZI 1999, S. 464 f.

289 Vgl., auch im Folgenden, BRAUN, *Bekanntgabe der Entscheidung* (2005), Rn. 1-4.

290 Vgl., auch im Folgenden, BRAUN/FRANK, *Rechtsmittel* (2012), Rn. 1-19.

291 Vgl., auch im Folgenden, BRAUN/FRANK, *Allgemeine Wirkungen des Plans* (2012), Rn. 1-9.

chung eines Anspruchs wegen einer eventuellen Überbewertung der eingeleigten Forderung nicht möglich.

Falls die Frist ohne Einlegen einer Beschwerde abläuft, oder das Beschwerdeverfahren beendet ist, ist das Insolvenzverfahren – sofern im Plan kein anderweitiges Vorgehen angedacht ist – nach § 258 InsO aufzuheben.²⁹² Ferner erfuhr § 258 Abs. 2 InsO durch das ESUG Änderungen, die die vorherig bestehenden Probleme beseitigen sollten. Vor ESUG war das Verfahren erst aufzuheben, wenn alle unstreitigen Masseansprüche – inklusive der nicht fälligen – erfüllt waren; für die streitigen Ansprüche war eine Sicherheit zu hinterlegen. Die Begleichung der nicht fälligen Masseansprüche stellte im Zuge des Planverfahrens ein Umsetzungshindernis dar. Daher wurde § 258 Abs. 2 InsO im Zuge des ESUG um eine klarstellende, erleichternde Regelung ergänzt. Es ist danach möglich, für die streitigen und zusätzlich für die nicht fälligen Masseansprüche eine Sicherheit zu hinterlegen. Die zweite Möglichkeit der Sicherstellung der nicht fälligen Ansprüche besteht in der Entwicklung eines Finanzplans, nach dem die Begleichung bei Fälligkeit sichergestellt ist.

§ 259 InsO beschreibt die mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens einhergehenden Wirkungen.²⁹³ Der Insolvenzverwalter wird ebenso seiner Aufgaben und Pflichten entbunden wie die Mitglieder des Gläubigerausschusses. Damit erlangt ab diesem Zeitpunkt – nicht rückwirkend – der Schuldner wieder die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen. Es handelt sich um die durch die Tätigkeit des Verwalters gegebenenfalls veränderte Masse; es ist nicht der ursprüngliche Zustand wiederherzustellen. Eine teilweise Übertragung der Aufgaben auf den Schuldner ist nicht möglich, der Verwalter kann lediglich im Rahmen der Überwachung als Kontrollinstanz weiterhin Aufgaben übernehmen.²⁹⁴ Der Schuldner ist daher wieder in der Position, bestehende Ansprüche zu verfolgen, auch etwaige Schadenersatzansprüche gegen den Verwalter.

Falls eine Sanierung im Insolvenzverfahren – jedoch kein Insolvenzplanverfahren – angestrebt wird, beginnt häufig parallel zu den Sanierungsbemühungen die Suche nach einem geeigneten Käufer für das Unternehmen als Ganzes, sodass das Verfahren

292 Vgl., auch im Folgenden, BRAUN/FRANK, Aufhebung des Insolvenzverfahrens (2012), Rn. 1-14.

293 Vgl., auch im Folgenden, HUBER, Wirkungen der Aufhebung (2008), Rn. 1-16. Nach der Aufhebung der Ämter des Insolvenzverwalters kann dieser für die Planüberwachung zuständig sein. Gleichzeitig bleibt der Gläubigerausschuss bestehen und das Insolvenzgericht bleibt zuständig. Zu den Besonderheiten, die bei einer Planüberwachung zum Tragen kommen, vgl. EXNER/BECK, Insolvenzplan (2010), Rn. 101-108.

294 Vgl., auch im Folgenden, Urteil des OLG Celle vom 20.11.2006, ZInsO 2006, S. 1327. A.A. HESS, Wirkungen der Aufhebung (2001), Rn. 3 f., HINGERL, Insolvenzplanverfahren (2007), S. 872 f. Vgl. zu einer detaillierten Auseinandersetzung BORK, Wirkungen des Insolvenzplans (1991), S. 58-64.

auch in einer übertragenden Sanierung enden kann.²⁹⁵ Die Planung trifft dabei den Insolvenzverwalter respektive die Gläubigerversammlung. Vorarbeiten, die eine schnelle Einleitung der Sanierungsbemühungen erlauben, dürften im Gegensatz zum Insolvenzplanverfahren regelmäßig nicht vorliegen. I.d.R. dient der Eintritt in die Insolvenz dazu, die Sicherung des Vermögens voranzutreiben, um die Veräußerung überhaupt erst möglich bzw. für potentielle Interessenten möglichst schmackhaft zu machen. Sofern Bemühungen anstehen, das Vermögen möglichst schnell zu veräußern, um flüssige Mittel zu beschaffen, ist i.d.R. nicht an eine übertragende Sanierung zu denken. Denn durch die Veräußerung von Vermögen dürfte eine Fortführung der Unternehmenstätigkeit, welche ebenfalls ein Ziel der übertragenden Sanierung darstellt, nur unter erschwerten Umständen möglich sein. Insbesondere dann dürften Probleme auftreten, wenn Teile des für die Fortführung der Tätigkeit unerlässlichen Vermögens bereits veräußert wurden. Denn potentielle Käufer sind entweder an dem gesamten Unternehmen oder zumindest an Unternehmensteilen interessiert.

1.3.5 Eigenverwaltung

Statt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach § 80 InsO an den Verwalter abtreten zu müssen, kann der Schuldner nach den §§ 270-285 InsO einen Antrag auf Eigenverwaltung stellen, bei der die Befugnisse beim Schuldner verbleiben.²⁹⁶ Man kann an dieser Vorgehensweise kritisieren, dass dadurch der Bock zum Gärtner gemacht würde.²⁹⁷ Es wird so jedoch dem Gedanken Rechnung getragen, dass es durchaus vorteilhaft sein kann, dem Schuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse zu belassen. Oftmals führt die Schiefelage des Unternehmens zu einem Vertrauensverlust bei den Geschäftspartnern. Um diese Nachteile zu minimieren, könnte es dennoch von Vorteil sein, die persönlichen Beziehungen der bisherigen Geschäftsführer zu nutzen.

Der Schuldner wird bei seiner Tätigkeit zudem durch einen Sachwalter überwacht, dem auf Antrag der Gläubigerversammlung zusätzlich Zustimmungsbefugnisse übertragen werden können.²⁹⁸ Einschränkung müssen zwei Kriterien erfüllt sein, damit das Insolvenzgericht die Eigenverwaltung anordnet. Zum einen ist der Antrag auf Eigen-

295 Vgl., auch im Folgenden, MINTZLAFF, Sanierungsmöglichkeiten (2013), Rn. 185-198 und Kapitel II.1.3.3.

296 Die Regelungen zur Eigenverwaltung wurden im Zuge des ESUG reformiert. Ziel war es, den Eigenverwaltungsantrag attraktiver zu machen. Daher wurden einerseits die Bedingungen des § 270 InsO entschärft, andererseits wurden als weitere Anreize die §§ 270a und 270b InsO ins Gesetz aufgenommen.

297 Vgl., auch im Folgenden, HAAS/KAHLERT, Eigenverwaltung (2010), Rn. 13 ff., GANTER/LOHMANN, Ziele des Insolvenzverfahrens (2013), Rn. 119-122.

298 Vgl., auch im Folgenden, RIGGERT, Voraussetzungen (2012), Rn. 1-25.

verwaltung vom Schuldner zu stellen, sodass weder bei den Gläubigern²⁹⁹ noch beim Insolvenzgericht ein Initiativrecht liegt. Zum anderen ist der Antrag spätestens bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen, da mit Eröffnung des Verfahrens auch die Eigenverwaltung angeordnet wird. Weiterhin ist Voraussetzung, dass den Gläubigern keine offensichtlichen Nachteile aus der Eigenverwaltung resultieren. Das bedeutet, dass die Eigenverwaltung dem Regelinsolvenzverfahren gegenüber keinen Nachteil für die Gläubiger haben darf. Nachteile, die beiden Verfahren gemeinsam sind, sind nicht als Nachteile im Sinne des § 270 InsO zu klassifizieren. Zu den Nachteilen der Eigenverwaltung könnten – selbst wenn sie durch das ESUG aus der Formulierung des § 270 InsO gestrichen wurden – zeitliche Verfahrensverzögerungen zählen. Das Vorliegen einzelner Nachteile führt jedoch nicht zur direkten Ablehnung der Eigenverwaltung, vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung anzustellen, sodass Nachteile durch vorhandene Vorteile aufgewogen werden können. Obwohl das faktische Vetorecht der Gläubiger durch das ESUG eliminiert wurde, ist nach § 270 Abs. 3 InsO der vorläufige Gläubigerausschuss – sofern einer bestellt wurde – zum Eigenverwaltungsantrag anzuhören. Die Anhörung darf nicht zu einem offensichtlichen Nachteil der Vermögenslage des Schuldners führen, welcher z.B. aus zeitlichen Verfahrensverzögerungen resultieren kann. Da dies jedoch den Ausnahmefall darstellen dürfte, ist die Anhörung durchzuführen. Bei Zustimmung des Ausschusses zum Antrag gilt dieser als nicht nachteilig. Die Entscheidung des Ausschusses ist für das Gericht nicht bindend, sondern ist von diesem nur zur Kenntnis zu nehmen. Bei Versagung der Eigenverwaltung hat das Insolvenzgericht diese nach § 270 Abs. 4 InsO schriftlich zu begründen.

Eine Aufteilung der Aufgaben in der Eigenverwaltung findet dergestalt statt, dass dem Schuldner die operativen Tätigkeiten zufallen, und der Sachwalter eine gläubigerschützende Funktion einnimmt.³⁰⁰ Er versucht mithin gläubigerschädigende Schuldnerhandlungen zu verhindern. Falls keine Spezialregelungen der §§ 270 ff. InsO gelten, sind die Vorschriften des Regelinsolvenzverfahrens zu befolgen. So ist auch § 155 InsO weiterhin anzuwenden, nur dass nach § 281 Abs. 3 InsO den Schuldner und damit nicht den Insolvenzverwalter die Rechnungslegungspflichten treffen. Zielsetzung der Eigenverwaltung ist es vor allem, das bei den Verantwortlichen vorhandene Fachwissen nutzen zu können.³⁰¹ Auf diese Weise wird vermieden, dass sich

299 Vor der Gesetzesänderung durch das ESUG musste der Gläubiger – nachdem dieser auch den Insolvenzantrag gestellt hat – dem Eigenverwaltungsantrag des Schuldners zunächst zustimmen, damit das Insolvenzgericht die Eigenverwaltung anordnen konnte. Der Gläubiger hatte de facto ein Vetorecht gegen den Eigenverwaltungsantrag des Schuldners. Vgl. dazu WITTIG/TETZLAFF, Voraussetzungen (2008), Rn. 21-27.

300 Vgl., auch im Folgenden, HAAS/KAHLERT, Eigenverwaltung (2010), Rn. 4, FOLTIS, Voraussetzungen (2013), Rn. 15-19.

301 Vgl., auch im Folgenden, DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzordnung (1992), S. 222 f., SCHLEGEL, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz (1999), S. 44 ff., GÖRG/STOCKHAUSEN, Eigenverwaltung (2003), S. 108 ff.

ein bestellter Insolvenzverwalter unter Zeitdruck in die Besonderheiten des Unternehmens einarbeiten muss. Zudem reduzieren sich ohne Bestellung eines Verwalters wahrscheinlich die Verfahrenskosten. Der Gesetzgeber wiederum verfolgte mit Implementierung der Eigenverwaltung die Intention einer frühestmöglichen Antragstellung. Da der Schuldner durch die Eigenverwaltung seine Leitungsbefugnisse behält, könnte er eher dazu bereit sein, einen Insolvenzantrag zu stellen.

Eine weitere Stärkung soll das Eigenverwaltungsverfahren – mithin die Tendenz zur frühzeitigen Anmeldung der Insolvenz – durch die im Zuge des ESUG neu aufgenommenen §§ 270a und 270b InsO erfahren. Durch § 270a InsO wurde die Möglichkeit der Wahrnehmung eines vorläufigen Eigenverwaltungsverfahrens gewährt.³⁰² Vor dieser Gesetzesänderung war es problematisch, dass trotz geplanter Eigenverwaltung zunächst ein vorläufiger Insolvenzverwalter zu bestellen war, dem die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zugesprochen wurde. Eine daran anschließende erneute Übertragung dieser Rechte an den Schuldner durch Anordnung der Eigenverwaltung war die Ausnahme. Grund dafür war ferner, dass der vorläufige Insolvenzverwalter Konzepte der Insolvenzabwicklung entwerfen konnte, die vor allem das Insolvenzgericht häufig überzeugten. Der organisatorische Rahmen war daher vor Insolvenzeröffnung durch die allgemeinen Vorschriften der Insolvenzordnung geprägt und nicht durch eine anstehende Eigenverwaltung. Falls der vorläufige Verwalter die Eigenverwaltung als Alternative der Abwicklung nicht in Betracht zog, folgte das Insolvenzgericht in der überwiegenden Zahl der Fälle dessen Auffassung. Durch § 270a InsO wird kein vorläufiger Verwalter mehr bestellt, die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis verbleiben beim Schuldner; dieser wird jedoch weiterhin durch einen Sachwalter überwacht. Der Antrag auf Eigenverwaltung kann nur so lange gestellt werden, als dass das Insolvenzgericht keine vorläufigen Sicherungsmaßnahmen nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 InsO ergriffen hat. Andernfalls wäre das Ziel des Verbleibens der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis beim Schuldner nicht zu erreichen. Zudem darf der Antrag nicht offensichtlich aussichtslos sein; es muss also eine Chance bestehen, dass dem Eigenverwaltungsantrag durch das Insolvenzgericht stattgegeben wird. Das Gericht hat dazu – da die Entscheidung erst nach dem vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren getroffen wird – eine Prognose zu erstellen. In diese fließen vor allem die oben beschriebenen Kriterien des § 270 Abs. 2 InsO ein, die den Ausgang der Prognose entscheidend beeinflussen dürften. Für die Bestellung des Sachwalters gelten die §§ 270a Abs. 1, 274 Abs. 1, 56 und 56a InsO entsprechend. Ein eventuell bestellter vorläufiger Gläubigerausschuss ist durch Anhörung in die Entscheidung einzubeziehen.

Mit § 270b InsO wurde zudem ein Schutzschirmverfahren etabliert, welches die uneingeschränkte Erarbeitung eines Insolvenzplans – dessen Umsetzung sich an das

302 Vgl., auch im Folgenden, KAMMEL/STAPS, Eigenverwaltung (2010), S. 795, RIGGERT, Eröffnungsverfahren (2012), Rn. 1-8, RIGGERT, Eröffnungsverfahren II (2012), Rn. 1-17.

Schutzschirmverfahren anschließt – erlauben soll.³⁰³ Um Nutzen aus diesem Verfahren ziehen zu können, muss der Insolvenzantrag wegen der Insolvenzgründe der drohenden Zahlungsunfähigkeit und/oder der Überschuldung gestellt werden; gleichzeitig ist ein Antrag auf Eigenverwaltung zu stellen. Die Möglichkeit besteht bei Antrag wegen Zahlungsunfähigkeit nicht. Unerheblich ist eine nach dem Eintritt in das Schutzschirmverfahren entstehende Zahlungsunfähigkeit. Sofern die angestrebte Sanierung jedoch aussichtslos ist, darf kein Antrag vorgelegt werden. Bei Inanspruchnahme des Schutzschirms nach § 270b InsO müssen die Kriterien des § 270a InsO erfüllt sein.³⁰⁴ In der dreimonatigen Schutzschirmphase wird der Schuldner lediglich durch einen Sachwalter überwacht.

Eine weitere Stärkung seiner Autonomie erfährt der Schuldner dadurch, dass ihm das Recht zugestanden wird, selbst einen Sachwalter vorzuschlagen.³⁰⁵ Das Gericht darf von diesem Vorschlag nur abweichen, sofern der Sachwalter offensichtlich ungeeignet ist. Der Sachwalter muss nach den Vorschriften der InsO den Bedingungen des § 56 InsO entsprechen. Falls das Insolvenzgericht zu dem Schluss gelangt, dass der vorgeschlagene Sachwalter diesen Bedingungen nicht entspricht, trifft es selbst die Entscheidung über die zu bestellende Person. Der Schuldner hat mithin ein Interesse daran, keine Person auszuwählen, die sich im Nachhinein als untauglich herausstellen könnte. Grundsätzlich dürfte es für das Insolvenzgericht schwierig sein, einen vorgeschlagenen Sachwalter – wenn dieser insolvenzspezifische Kenntnisse besitzt – abzulehnen, da dazu ebenfalls eine Begründung zu verfassen ist, die bei Ausübung von Ermessensspielräumen seitens des Gerichts leicht angreifbar sein könnte. Indirekt ließe sich daher von einem Diktat der Auswahl des Sachwalters seitens des Schuldners sprechen. Weiter wird als Vorteil dieses neuen Verfahrens herausgestellt, dass das Gericht neben eigenen Sicherungsmaßnahmen auch auf Antrag des Schuldners über § 270b Abs. 2 i.V.m. § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO Maßnahmen anordnen kann, der Schuldner somit ein Mitbestimmungsrecht über die Sicherung des Vermögens erhält.

Die Begründung einer nicht offensichtlich aussichtslosen Sanierungsmöglichkeit und der Beweis, dass der Antrag nicht auf dem Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit

303 Vgl., auch im Folgenden, KAMMEL/STAPS, Eigenverwaltung (2010), S. 795-798, WILLEMSSEN/RECHEL, Insolvenzrecht im Umbruch (2011), S. 834-840, RIGGERT, Vorbereitung einer Sanierung (2012), Rn. 1-23, RIGGERT, Vorbereitung einer Sanierung II (2012), Rn. 1-47.

304 Bei Nichtbeachtung der Kriterien des § 270a InsO könnte es im Schutzschirmverfahren ungerechtfertigterweise zu einer Benachteiligung von einzelnen Gläubigern kommen. Der Antrag auf Eigenverwaltung, der mit dem Antrag auf Erteilung des Schutzschirmverfahrens zu stellen ist, darf nicht offensichtlich aussichtslos sein. Ein Antrag ist nach § 270 Abs. 2 InsO dann nicht offensichtlich aussichtslos, wenn kein Gläubiger nachteilig behandelt wird. Würde dieses Kriterium also vernachlässigt, ließe sich eine bewusste Benachteiligung einzelner Gläubiger im Schutzschirmverfahren begründen. Vgl. dazu RIGGERT, Vorbereitung einer Sanierung (2012), Rn. 1-8.

305 Vgl., auch im Folgenden, KAMMEL/STAPS, Eigenverwaltung (2010), S. 795-798, WILLEMSSEN/RECHEL, Insolvenzrecht im Umbruch (2011), S. 834-840, RIGGERT, Vorbereitung einer Sanierung (2012), Rn. 1-23, RIGGERT, Vorbereitung einer Sanierung II (2012), Rn. 1-47.

basiert, sind durch eine Sanierungsfähigkeitsbescheinigung zu belegen.³⁰⁶ Diese soll durch einen sachkundigen Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt oder eine Person mit vergleichbaren Qualifikationen erstellt werden. Diese Person darf dann nicht mehr das Amt des Sachwalters übernehmen. Es bleibt unklar, welche Bedingungen eine solche Bescheinigung zu erfüllen hat, sie muss lediglich einer Plausibilitätskontrolle standhalten. Das IDW reagierte auf diese Unbestimmtheit durch Veröffentlichung des Entwurfs eines IDW Standards „Bescheinigung nach § 270b InsO“ (IDW ES 9), welcher die Erstellungsproblematik einschränkt, jedoch nicht gänzlich auszuschließen vermag.³⁰⁷ Denn naturgemäß ist die Erstellung extrem ermessensbehaftet, und es bleibt abzuwarten, ob eine weitergehende Konkretisierung durch den Gesetzgeber vorgenommen wird. Mit Ablauf der dreimonatigen Erarbeitungsfrist entscheidet das Insolvenzgericht über die Eröffnung des Verfahrens. Über den vorgelegten Insolvenzplan wird nach den bereits erläuterten Vorschriften entschieden. Es bleibt abzuwarten, ob die neue Möglichkeit der Eigenverwaltung die angestrebte Stellung in der Praxis einnehmen wird.³⁰⁸

306 Vgl., auch im Folgenden, DEUTSCHER BUNDESTAG, Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (2011), S. 40, DESCH, Schutzschirmverfahren (2011), S. 841. Die Formulierung der offensichtlichen Aussichtslosigkeit hat zur Folge, dass das Insolvenzgericht sich lediglich auf die Ausführungen der Bescheinigung verlassen muss, mithin keine tiefergehenden, eigenen Nachforschungen anstellen darf. Vgl. dazu RIGGERT, Vorbereitung einer Sanierung (2012), Rn. 7. A.A. FRIND, ESUG (2011), S. 2261.

307 Vgl. INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Bescheinigung nach § 270b InsO (2012). Vgl. dazu auch RICHTER/PLUTA, Bescheinigung zum Schutzschirmverfahren (2012), S. 1592-1595.

308 Im Jahr 2013 wurden gleich zwei prominente Anwendungsfälle in der Praxis bekannt. Sowohl der Suhrkamp-Verlag als auch Loewe gaben an, sich unter das neue Schutzschirmverfahren zu begeben, um die Sanierungschancen der uneingeschränkten Planentwicklung nutzen zu können. Vgl. KEGEL, Ein letzter Befreiungsschlag (2013), S. 121 und o.V., Fernseherhersteller Loewe beantragt Gläubigerschutz (2013).

2. Die Rechnungslegung in der Insolvenz

2.1 Die Notwendigkeit einer Insolvenzrechnungslegung

2.1.1 Ziele einer Insolvenzrechnungslegung

Grundsätzlich erfüllt die handelsrechtliche Rechnungslegung die Zwecke der Dokumentation der Geschäftsvorfälle, der Informationsvermittlung, der Rechenschaftslegung und der Zahlungsbemessung.³⁰⁹ Auch in der Insolvenz sind diese Ziele der Rechnungslegung weiterhin maßgeblich.³¹⁰

Vor allem die Dokumentation ist in der Insolvenz von besonderer Bedeutung, um sowohl die internen als auch externen Verfahrensbeteiligten ausreichend informieren zu können. Nur auf Basis lückenlos dokumentierter Daten ist es z.B. möglich, unberechtigte, vorinsolvenzliche Entnahmen aufzudecken und die Gläubiger zu schützen. Aus der insolvenzrechtlichen Rechnungslegung wären solche Vorgänge nicht ersichtlich.³¹¹ Zudem ist der handelsrechtliche Abschluss im weiteren Verfahren für die Entscheidungsfindung der Gläubiger von Wichtigkeit; hier ist insbesondere an die Anpassung der im Berichtstermin getroffenen Entscheidung nach § 157 Abs. 3 InsO zu denken.³¹² Gerade bei einer eventuellen Fortführung des Unternehmens können deren Vorteile nur anhand handelsrechtlicher Abschlüsse sachgerecht nachgewiesen und beurteilt werden.³¹³ Auch für Dritte ist die Erstellung externer Jahresabschlüsse von Nutzen, da durch deren Analyse entschieden werden kann, ob etwa die Stellung eines Massegläubigers eingenommen werden sollte.³¹⁴ Potentielle Investoren bzw. neue Kapitalgeber sind als Außenstehende des Verfahrens ebenfalls auf die externen Abschlüsse angewiesen, da sie keinen Zugriff auf die internen Rechenwerke haben.³¹⁵ Darüber hinaus ist auch die Öffentlichkeit, gerade bei Großinsolvenzen, an der Erstel-

309 Vgl. BIEG/KUBMAUL/WASCHBUSCH, Externes Rechnungswesen (2012), S. 259-263.

310 Vgl. PLATE, Konkursbilanz (1981), S. 23-26, BAYER, Insolvenzrechnungslegung (2000), S. 43-53, KLEIN, Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2004), S. 87-109.

311 Die insolvenzrechtlichen Rechenwerke bilden lediglich den Status quo zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung ab. Sachverhalte, die den Zeitraum davor betreffen, sind daher aus diesen nicht abzulesen. Vgl. dazu BAYER, Insolvenzrechnungslegung (2000), S. 45, KLEIN, Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2004), S. 89.

312 Vgl. KLEIN, Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2004), S. 97.

313 Vgl. BAYER, Insolvenzrechnungslegung (2000), S. 46, KLEIN, Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2004), S. 100.

314 A.A. BAYER, Insolvenzrechnungslegung (2000), S. 49.

315 Vgl. KLEIN, Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2004), S. 100.

lung und Offenlegung handelsrechtlicher Jahresabschlüsse interessiert.³¹⁶ Nicht zuletzt können alle am Verfahren beteiligten Gruppen zusätzlich auf die externen Abschlüsse zurückgreifen, falls sie sich durch die internen Rechenwerke nicht hinreichend informiert fühlen. Auch die Rechenschaftsfunktion bleibt in der Insolvenz erhalten, zumal der Insolvenzverwalter durch die Übernahme des Verwaltungs- und Verfügungsrechts fremden Vermögens Rechenschaft gegenüber den Verfahrensbeteiligten abzulegen hat.³¹⁷

Die durch den Abschluss vermittelten Informationen werden entscheidend vom Ausgang der Beurteilung der Fortführungsprämisse beeinflusst.³¹⁸ Wird die Unternehmenstätigkeit über Verfahrenseröffnung aufrechterhalten, und ist damit die Fortführungsprämisse zu bestätigen, steht die Ermittlung des Periodenergebnisses und dessen Vermittlung an die Insolvenzbeteiligten im Fokus. Nach Fortfall der Prämisse steht dagegen die Ermittlung des zur Gläubigerbefriedigung vorhandenen Vermögens im Vordergrund.

Die Ergebnisermittlung ist vor allem bei einer zumindest zeitweiligen Fortführung der Unternehmenstätigkeit sowohl für verfahrensinterne als auch -externe Beteiligte von besonderem Interesse. Es ist darüber hinaus jedoch zu hinterfragen, ob die Zahlungsbemessungsfunktion – welche Grundlage der Entscheidung über die Verwendung des erzielten Ergebnisses ist – auch in der Insolvenz noch ihren Zweck erfüllt. Sie kommt in der Insolvenz nur dann zum Tragen, wenn ein positives Ergebnis erzielt werden sollte.³¹⁹ Nur dann können Überlegungen über Thesaurierung bzw. Ausschüttung angestellt werden. In der Insolvenz dürfte es regelmäßig geboten sein, das erzielte Ergebnis zu thesaurieren, um es am Ende des Insolvenzverfahrens zur Gläubigerbefriedigung heranzuziehen.³²⁰ Eine Ausschüttung würde dem der Insolvenz zugrunde liegenden Gläubigerschutzgedanken widersprechen. Selbst wenn zu einer Ausschüttung tendiert würde, dürfte dies häufig an den mit der Insolvenz einherge-

316 Vgl., auch im Folgenden, HENI, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (1990), S. 99, BAYER, Insolvenzrechnungslegung (2000), S. 49 f.

317 Vgl. BAYER, Insolvenzrechnungslegung (2000), S. 47 f., KLEIN, Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2004), S. 97.

318 Vgl., auch im Folgenden, PINK, Insolvenzrechnungslegung (1995), S. 34 ff.

319 KLEIN, Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2004), S. 103 f. merkt zudem an, dass die Zahlungsbemessung dann weiterhin notwendig ist, wenn die Möglichkeit einer dauerhaften Fortführung des Unternehmens besteht. Denn auch wenn während des Verfahrens keine Entscheidung über Ausschüttungen getroffen werden, dürfte dies nach Aufhebung des Verfahrens wieder der Fall sein, sodass der „Zweck der Rechnungslegung *nach* einer möglichen Verfahrensbeendigung [...] den Zweck *während* des Verfahrens [beeinflusst].“ KLEIN, Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2004), S. 103 (Hervorhebungen im Original).

320 Vgl. MÜLLER/GELHAUSEN, Handelsrechtliche Rechnungslegungs- und Prüfungspflicht (1997), S. 51, BAYER, Insolvenzrechnungslegung (2000), S. 51, KLEIN, Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2004), S. 102.

henden Liquiditätsproblemen scheitern. Bei einem negativen Ergebnis – dies dürfte in der Mehrzahl der Fälle zutreffen – ist die Zahlungsbemessungsfunktion zu vernachlässigen.

Die interne, insolvenzrechtliche Rechnungslegung³²¹ hingegen verfolgt eigene Zwecke. Die vollständige Dokumentation stellt sicher, dass tatsächlich das gesamte Vermögen sowohl erfasst als auch verwertet wird.³²² Eine Zahlungsbemessungsfunktion erfüllt die interne Rechnungslegung insofern, als die Vergütung des Insolvenzverwalters nach § 1 Abs. 1 Satz 2 InsVV am Schätzwert der Masse auszurichten ist.³²³ Des Weiteren entfaltet auch die Informationsfunktion ihre Wirkung, da die internen Rechenwerke die Verfahrensbeteiligten über den Ablauf des Verfahrens unterrichten und die Grundlage zur Entscheidungsfindung darstellen.³²⁴ Nicht zuletzt erfüllt die interne Rechnungslegung einen Rechenschaftszweck, indem der Verwalter über seine Tätigkeiten anhand der Verzeichnisse berichten kann.³²⁵ Sowohl den Gläubigern als auch dem Insolvenzgericht wird auf diese Weise ein verwalterüberwachendes Kontrollinstrument an die Hand gegeben.

Die Wichtigkeit der Rechnungslegung wird auch dadurch betont, dass bei ungerechtfertigter Nichterstellung von Handelsbüchern, der Aufstellung von kaum verständlichen Bilanzen oder der nicht fristgerechten Aufstellung von Bilanzen die § 283 Abs. 1 Nr. 5-7 i.V.m. § 283b StGB greifen.³²⁶ Danach wird das Unterlassen der Buchführungspflichten in der Insolvenz mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder einer festzulegenden Geldstrafe geahndet. Darüber hinaus kann das Insolvenzgericht als aufsichtsführendes Organ nach § 58 Abs. 2 InsO gegen den Insolvenzverwalter ein Zwangsgeld in Höhe von bis zu fünfundzwanzigtausend Euro festsetzen, wenn

321 Innerhalb des Insolvenzverfahrens ist strikt zwischen einer internen und einer externen Rechnungslegungspflicht zu unterscheiden. Vgl. SCHMIDT, Liquidationsbilanzen (1989), S. 16-28, PINK, Insolvenzrechnungslegung (1995), S. 15-22, PELKA/NIEMANN, Rechnungslegung in Insolvenzverfahren (2002), Rz. 1-29, KLEIN, Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2004), S. 36-47, MÖHLMANN-MAHLAU/SCHMITT, Insolvenzbilanzen (2004), S. 193, FÖRSCHLE/WEISANG, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2008), Rz. 5, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung (2011), Tz. 5.

322 Vgl. MAUS, Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung (2010), Rn. 1, HENI, Interne Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2006), S. 40-51.

323 Vgl. O.V., Die Insolvenzzrechtliche Vergütungsverordnung (1998), S. 1462 f., HENI, Interne Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2006), S. 34-38.

324 Vgl. BRAUN/UHLENBRUCK, Unternehmensinsolvenz (2007), S. 531, WINNEFELD, Rechnungslegung in Sonderbilanzen (2006), Rn. 936, HENI, Interne Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2006), S. 40-51.

325 Vgl. WINNEFELD, Rechnungslegung in Sonderbilanzen (2006), Rn. 936.

326 Vgl., auch im Folgenden, KINDHÄUSER, Bankrott (2013), Rz. 54-88. Vgl. darüber hinaus zum Adressatenkreis der Strafe BALES, Zivil- und strafrechtliche Haftungsgefahren für den Insolvenzverwalter in der Krise und der Insolvenz (2010), S. 2076-2080.

dieser seinen insolvenzspezifischen Pflichten nicht nachkommt.³²⁷ Das Festsetzen des Zwangsgeldes erfolgt erst nach Androhung und ist vom Insolvenzverwalter anfechtbar. Den insolvenzspezifischen Pflichten sind dabei insbesondere die internen und externen Rechnungslegungspflichten zu subsumieren.

2.1.2 Die Pflicht zur internen Rechnungslegung

Die internen Rechnungslegungspflichten sind im Interesse aller relevanten, am Insolvenzprozess beteiligten Parteien – insbesondere gegenüber dem Insolvenzgericht, den Gläubigern und dem Schuldner – zu erfüllen.³²⁸ Die internen Rechnungslegungspflichten stellen keine periodisch, regelmäßig wiederkehrenden Pflichten dar.³²⁹ Sie sind immer dann maßgeblich, wenn das Insolvenzgericht, die Gläubigerversammlung oder der Gläubigerausschuss diese auf der rechtlichen Grundlage der §§ 58 Abs. 1, 66 Abs. 3, 69, 79 InsO vom Insolvenzverwalter einfordern.³³⁰ Die Ausgestaltung der internen Rechnungslegung wird im Gesetz nicht näher spezifiziert. Es bleibt also offen, ob der Insolvenzverwalter schriftliche Zwischenberichte einzureichen hat, oder ein formloser, mündlicher Bericht ausreichend ist. Tendenziell ist davon auszugehen, dass bei häufig eingeforderten Zwischenberichten eine mündliche Darlegung ausreichend sein muss, da sowohl Zeit- als auch Kostengründe gegen eine jederzeitig drohende, schriftliche Niederlegung sprechen. Dennoch sollte der Verwalter in regelmäßigen Abständen auch niedergeschriebene Rechenwerke anfertigen, allein, um Rechenschaft über sein Handeln ablegen zu können. Es ist der internen Rechnungslegung immanent, nur ausgewählten Adressaten Daten zugänglich zu machen, die nicht für die breite Öffentlichkeit bestimmt sind. Deshalb dürfte eine angestrebte Harmonisierung der internen mit der externen Rechnungslegung scheitern.³³¹ Die zu erstellenden Informationsgrundlagen dienen letztendlich auch der Gläubigerversammlung, im Berichtstermin über Fortführung bzw. Zerschlagung des Unternehmens zu entscheiden.

Die Hauptpflicht des Insolvenzverwalters besteht in der Aufstellung eines Inventars.³³² Zu den konkret im Gesetz determinierten internen Pflichten gehören die Auf-

327 Vgl., auch im Folgenden, UHLENBRUCK, Aufsicht des Insolvenzgerichts (2010), Rn. 17, GRAEBER, Aufsicht des Insolvenzgerichts (2013), Rn. 29-36.

328 Vgl. UHLENBRUCK, Rechnungslegung (2010), Rn. 1-7.

329 Vgl. SCHMIDT, Liquidationsbilanzen (1989), S. 22.

330 Vgl., auch im Folgenden, UHLENBRUCK, Rechnungslegung (2010), Rn. 1 ff.

331 Vgl. zu den Harmonisierungsversuchen detailliert Kapitel II.2.1.4.

332 Der Terminus „Inventar“ findet in der Insolvenzordnung keine Verwendung. Jedoch stellen das Verzeichnis der Massegegenstände, das Gläubigerverzeichnis und die Vermögensübersicht in

stellung des Verzeichnisses der Massegegenstände nach § 151 InsO und eines Gläubigerverzeichnisses nach § 152 InsO. Im Masseverzeichnis sind alle Gegenstände der Insolvenzmasse nach § 35 InsO grundsätzlich einzeln anzusetzen.³³³ Bei gleichartigen Gegenständen ist die Angabe der Art und Anzahl ausreichend. Handels- und steuerrechtliche Ansatzverbote sind nicht zu beachten. Eine Gliederung des Verzeichnisses ist gesetzlich nicht kodifiziert. Es empfiehlt sich, die Gliederung der Vermögensübersicht zu nutzen, da sich diese u.a. aus dem Masseverzeichnis ergibt. Eine Abgrenzung zu Gegenständen Dritter erfolgt über § 47 InsO. Danach gehören Gegenstände nicht zur Insolvenzmasse, wenn ein Gläubiger ein dingliches oder persönliches Recht geltend machen kann, welches die Herausnahme dieses Vermögensteils aus der Insolvenzmasse erlaubt. Aus Gründen der Vollständigkeit sollten diese aussonderungspflichtigen Gegenstände jedoch in einem gesonderten Verzeichnis Niederschlag finden. Im Masseverzeichnis sind nach § 151 Abs. 2 Satz 2 InsO sowohl der Fortführungs- als auch der Zerschlagungswert anzugeben, sofern der Wert davon abhängt, ob das Unternehmen fortgeführt oder zerschlagen wird.³³⁴ Ist eine Fortführung des Unternehmens unmöglich³³⁵, ist der Fortführungswert obsolet und kann damit entfallen. Durch die Angabe beider Werte soll der Insolvenzverwalter – etwa durch die vorsätzliche Wahl eines der beiden Werte – die Gläubiger in ihrer Entscheidungsfindung über den Fortgang des Verfahrens nicht beeinflussen können. Es soll den Gläubigern ein eigener Meinungsbildungsprozess unter Berücksichtigung der individuellen Zielsetzung zustehen. Unter dem Fortführungswert ist nicht der Buchwert zu verstehen, sondern der Wert, den ein Erwerber im Zuge eines Gesamtkaufs des sanierten Unternehmens für die einzelne Vermögensposition zu zahlen bereit wäre.³³⁶ Daher ist vor allem die geforderte Einzelbewertung der Vermögenspositionen mit Problemen behaftet. Ein Fortführungswert für die einzelne Vermögensposition lässt sich nicht durch Aufspaltung eines ermittelten Unternehmensgesamtwertes bestimmen, denn eine Aufgliederung auf die einzelnen Positionen ist nicht statthaft.³³⁷ Hingegen ist bei Zerschlagung des Unternehmens unstreitig der Einzelveräußerungspreis anzusetzen.

ihrer Gesamtheit nichts anderes als ein Inventar dar. Vgl. dazu FÜCHSL/WEISHÄUPL/JAFFÉ, Verzeichnis der Massegegenstände (2013), Rn. 1-5.

333 Vgl., auch im Folgenden, NAUMANN, Verzeichnis der Massegegenstände (2012), Rn. 1-10.

334 Vgl., auch im Folgenden, DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzordnung (1992), S. 171.

335 Unklar bleibt, in welchen Fällen eine Fortführung unmöglich erscheint; auch bei Auslegung dieses Terminus verbleiben Ermessensspielräume.

336 Vgl. FÖRSCHLE/WEISANG, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2008), Rz. 14. Vgl. zur Problematik der Wertfindung bereits die Ausführungen zur Prüfung des Tatbestands der Überschuldung in Kapitel II.1.1.1.

337 Vgl. OLBRICH, Wertorientiertes Controlling (2006), S. 43.

zen.³³⁸ Bei diesem hat vor allem die Dringlichkeit bzw. die Schnelligkeit der Abwicklung einen Einfluss auf die Wertfindung.

Das Gläubigerverzeichnis zeigt die Belastungen und Verbindlichkeiten des Unternehmens durch eine übersichtliche Aufstellung sämtlicher Gläubiger auf.³³⁹ Es sind jegliche Forderungen gegen das Unternehmen zu erfassen und somit ebenfalls nicht angemeldete Forderungen. Das Gläubigerverzeichnis kann die Grundlage für die nach § 175 InsO aufzustellende Insolvenztabelle darstellen, ist mit dieser dennoch nicht gleichzusetzen; die Insolvenztabelle erfasst nur diejenigen Gläubiger, die eine Forderung angemeldet haben. Eine Gliederung des Verzeichnisses erfolgt nach § 152 Abs. 2 InsO anhand der unterschiedlichen Gläubigergruppen. Dazu zählen insbesondere absonderungsberechtigte Gläubiger und die nachrangigen Insolvenzgläubiger. Bei den absonderungsberechtigten Gläubigern sind sowohl der Gegenstand, an dem das Recht besteht, als auch die Höhe des mutmaßlichen Ausfalls anzugeben. Er wird durch eine Differenzrechnung zwischen Anspruch und dem Wert des als Sicherheit dienenden Vermögensbestandteils berechnet; der Anspruch wird dabei i.d.R. durch den Liquidationswert bestimmt. Um eine genaue Übersicht über die Belastungen und Verbindlichkeiten zu erhalten, sind ferner die Massegläubiger und die aussonderungsberechtigten Gläubiger in das Verzeichnis aufzunehmen. Weiterhin sind nach § 152 Abs. 3 Satz 1 InsO Aufrechnungsmöglichkeiten des Schuldners anzugeben. Im Gegensatz zu den Ansatz- und Ausweisregelungen sind die Bewertungsgrundlagen im Gesetz nicht detailliert kodifiziert.³⁴⁰ Grundsätzlich wird den Ansprüchen der Nennwert zugrunde gelegt. Als konkrete Bewertungsregel ist § 152 Abs. 2 Satz 3 InsO zu nennen, der lediglich auf den – erläuterten – problembehafteten § 151 Abs. 2 Satz 2 InsO verweist.

Auf der Grundlage des Masse- und des Gläubigerverzeichnisses ist nach § 153 InsO zusätzlich eine Vermögensübersicht anzufertigen.³⁴¹ Die Vermögensübersicht stellt das Verzeichnis der Massegegenstände dem Gläubigerverzeichnis gegenüber. Aus dieser Gegenüberstellung kann die zukünftige prozentuale Gläubigerbefriedigung näherungsweise bestimmt werden. Die Vermögensübersicht wird bilanzähnlich in einer Kontenform dargestellt, sodass den Gläubigern ein möglichst umfassender Überblick über die Vermögenslage des Insolvenzschuldners gegeben ist. Anhand dieser kann

338 Vgl., auch im Folgenden, HENI, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (1990), S. 95 f., MÖHLMANN, Ausgestaltung der Masse- und Gläubigerverzeichnisse sowie der Vermögensübersicht (1999), S. 164 f.

339 Vgl., auch im Folgenden, DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzordnung (1992), S. 171, ANDRES, Gläubigerverzeichnis (2005), Rn. 1-12, NAUMANN, Gläubigerverzeichnis (2012), Rn. 1-6, FÜCHSL/WEISHÄUPL/JAFFÉ, Gläubigerverzeichnis (2013), Rn. 1-21.

340 Vgl., auch im Folgenden, MÖHLMANN, Ausgestaltung der Masse- und Gläubigerverzeichnisse sowie der Vermögensübersicht (1999), S. 166 f.

341 Vgl., auch im Folgenden, ANDRES, Vermögensübersicht (2005), Rn. 1-16, NAUMANN, Vermögensübersicht (2012), Rn. 1-10.

über die Abwicklungsform respektive die eventuelle Fortführung der Unternehmens-tätigkeit entschieden werden. Zudem gewährleistet sie die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle, der Kontrolle durch den Gläubigerausschuss und der geordneten Abwicklung des Verfahrens. Die Bewertung der einzelnen Posten beruht auf den Regelungen der zugrunde liegenden Verzeichnisse, damit insbesondere auf den §§ 151 Abs. 2 und 152 Abs. 2 InsO. Sowohl der Insolvenzverwalter als auch einer der Gläubiger kann den Schuldner per Antrag nach § 153 Abs. 2 InsO zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung bezüglich der Vollständigkeit der Übersicht auffordern. Bei der Erstellung der Vermögensübersicht ist zu beachten, dass die Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung weiterhin Gültigkeit haben.³⁴²

Zusätzlich hat der Verwalter im Rahmen des Berichtstermins der Gläubigerversammlung nach § 156 InsO Bericht über die aktuellen Verhältnisse des Schuldners zu erstatten. Um diese Pflichten zu erfüllen, stellt sich für den Insolvenzverwalter wiederholt das Problem der zeitnahen Informationsbeschaffung.³⁴³ Nach § 22 Abs. 3 InsO ist der vorläufige Insolvenzverwalter dazu berechtigt, „die Geschäftsräume des Schuldners zu betreten und dort Nachforschungen anzustellen. Der Schuldner hat dem vorläufigen Insolvenzverwalter Einsicht in seine Bücher und Geschäftspapiere zu gestatten. Er hat ihm alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und ihn bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen [...]“. Trotz der gesetzlichen Festlegung des § 22 InsO sieht sich der Insolvenzverwalter mit unterschiedlichsten Problemen konfrontiert. Als Beispiel sei hier die notwendige, schnelle Einarbeitung in die Grundlagen des ihm völlig unbekannten Unternehmens aufgeführt.³⁴⁴ Die Informationsbeschaffung ist insbesondere im Hinblick auf die zu fällenden, materiellen Entscheidungen auf Basis des internen Rechenwerks von Bedeutung.³⁴⁵

Es besteht bislang keine gesetzliche Pflicht, die Verzeichnisse zeitnah nach Insolvenzantrag zu erstellen.³⁴⁶ Dies würde jedoch die Gefahr einer eventuellen Nichterfassung von Massegegenständen einschränken und damit gleichzeitig die Vollständigkeit des Inventars gewährleisten. § 154 InsO legt in diesem Sinne zwar fest, dass die

342 Vgl. zu einer ausführlichen Betrachtung PLATE, Konkursbilanz (1981), S. 71-81.

343 Vgl., auch im Folgenden, HENI, Interne Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2006), S. 5-21.

344 Dieser erhöhte Arbeitsaufwand ist auch bei Erstprüfungen durch einen Abschlussprüfer zu beobachten. Erstprüfungen sind mit einer Vielzahl von Planungsaktivitäten verbunden. Diese reduzieren sich bei Folgeprüfungen in erheblichem Maße. Da in dieser Konstellation auch nicht abschätzbar ist, welche Qualität die vorliegenden Rechenwerke haben, hat der Prüfer das Risiko eines Fehlurteils höher einzuschätzen. Infolgedessen ist ein Schwerpunkt auf die Risikoanalyse zu legen, welcher sich erst bei Folgeprüfungen wieder verlagern kann. Vgl. dazu MARTEN/QUICK/RUHNKE, Wirtschaftsprüfung (2011), S. 244 f.

345 Vgl. DELHAES, Rechnungslegung (2012), Rn. 4.

346 Vgl., auch im Folgenden, BUTH/HERMANN, Rechnungslegung in der Insolvenz (2009), Rn. 12 f.

Verzeichnisse bis spätestens eine Woche vor Berichtstermin in der Geschäftsstelle niederzulegen sind, dieser Zeitraum kann nach den Bestimmungen des § 29 InsO jedoch bis zu drei Monaten betragen. Bei Inanspruchnahme des gesamten Zeitraums entspräche dies keinesfalls einer zügigen Inventarisierung. Der Verwalter sollte dennoch schnellstmöglich der Erfüllung seiner internen Rechnungslegungspflichten nachkommen, um die Gefahr der eventuellen Nichterfassung von Massegegenständen zu verhindern.

Der Verwalter hat bei Beendigung seines Amts – neben der dauerhaft möglichen Zwischenrechnungslegung, die durch § 66 Abs. 3 InsO bestimmt wird – nach § 66 Abs. 1 InsO dem Insolvenzgericht, der Gläubigerversammlung und – falls vorhanden – dem Gläubigerausschuss einen Bericht über Verwertung und Verwaltung der Insolvenzmasse vorzulegen.³⁴⁷ Ein Insolvenzplan kann nach § 66 Abs. 1 Satz 2 InsO anderweitige Regelungen vorsehen, sodass die Schlussrechnung entfallen kann.³⁴⁸ Die Schlussrechnung erlaubt es den Gläubigern, die gesamte Tätigkeit des Verwalters nachzuvollziehen; gleichzeitig dient die Schlussrechnung der Selbstkontrolle des Verwalters.³⁴⁹ Die Erstellung ist selbst dann erforderlich, wenn die Insolvenzgläubiger keine Befriedigungsquote zu erwarten haben, da nur dadurch ein vollständiges Bild der Verwaltungstätigkeit gegeben ist. Der tatsächliche Termin, bei dem von Beendigung des Amts auszugehen ist, wird vom Gesetz nicht weiter spezifiziert. So ist in eine vorzeitige und in eine reguläre Amtsniederlegung zu unterscheiden. Bei vorzeitiger Niederlegung ist unverzüglich nach Beendigung des Amts, bei regulärer Niederlegung in einer für die Beteiligten annehmbaren Frist, jedoch vor Beendigung des Verfahrens eine Schlussrechnung zu erstellen. Die Wichtigkeit der zeitnahen Erstellung rührt daher, dass das Verfahren ohne die Schlussrechnung nicht aufgehoben werden kann.³⁵⁰ Ohne Heranziehen der Schlussrechnung ist die Beurteilung, ob die Voraussetzungen der Schlussverteilung gegeben sind, für das Insolvenzgericht nicht möglich.

347 Vgl. DELHAES, Rechnungslegung (2012), Rn. 1-17, RIEDEL, Rechnungslegung (2013), Rn. 2-22.

348 Das Einfügen von Satz 2 durch das ESUG wurde damit begründet, dass die Schlussrechnung die mit Bestätigung des Insolvenzplans einhergehende Aufhebung des Verfahrens verzögern kann und Sanierungschancen verfallen können. Als rechtmäßig wird in diesem Fall auch die Möglichkeit erachtet, das Verfahren vor Erstellung der Schlussrechnung aufzuheben. Vgl. DEUTSCHER BUNDESTAG, Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (2011), S. 27.

349 Vgl., auch im Folgenden, DELHAES, Rechnungslegung (2012), Rn. 1-17, RIEDEL, Rechnungslegung (2013), Rn. 2-22.

350 Vgl., auch im Folgenden, UHLENBRUCK, Rechnungslegung (2010), Rn. 48.

Der Inhalt der Schlussrechnung wird durch die Insolvenzordnung nicht näher definiert. Dabei hat sich die Ansicht entwickelt, dass eine Überschussrechnung³⁵¹, eine Insolvenzschlussbilanz als Vermögensübersicht³⁵², ein Schlussbericht³⁵³ und ein Schlussverzeichnis³⁵⁴, welches eine Fortschreibung des Verteilungsverzeichnisses nach § 188 InsO ist, als Bestandteile der Schlussrechnung anzusehen sind. Das Ergebnis einer etwaigen Fortführung der Unternehmenstätigkeit in der Insolvenz ist jeweils gesondert darzustellen. Ungewiss ist, ob der Schuldner sogar Informationen preisgeben muss, die ein Gläubiger zu verfahrensfremden Zwecken nutzen könnte, insbesondere zu unlauterem Wettbewerb.³⁵⁵ Die Rechtsprechung deutet darauf hin, dass der Schuldner in diesem Fall die Informationen nicht preisgeben muss, da der Gläubiger diese zukünftig auch gegen den Schuldner verwenden könnte.

Der Schuldner bleibt dennoch gegenüber dem Insolvenzgericht – unter dessen Aufsicht der Verwalter tätig ist – auskunftspflichtig, denn dieses hat die Schlussrechnung, bevor sie der Gläubigerversammlung zugeht, auf Richtigkeit zu prüfen.³⁵⁶ Ohne eine vollständige Sachverhaltskenntnis könnte das Gericht dieser Aufgabe unter Umständen nicht nachkommen. Das Insolvenzgericht ist darüber hinaus dazu berechtigt, einen Sachverständigen zu bestellen. Falls ein Gläubigerausschuss bestellt wurde, hat sich dieser zur Schlussrechnung zu äußern; dessen Bemerkungen sind der Schlussrechnung beizulegen. Falls die Prüfung durch Insolvenzgericht respektive Gläubigerausschuss längerfristig andauert – etwa bei Bestellung eines Sachverständigen –, hat der Insolvenzverwalter für den Zeitraum zwischen Schlussrechnung und tatsächlich-

351 Diese stellt sich als eine Einnahmen-Ausgaben-Rechnung dar. Alle tatsächlichen Einnahmen und Ausgaben sind während des Verfahrens zeitnah und chronologisch zu dokumentieren. Die Überschussrechnung wird daher aus der laufenden Buchführung abgeleitet. Aktualität ist vor allem bei der dauerhaft anforderbaren Zwischenberichte erforderlich. Vgl. dazu RIEDEL, Rechnungslegung (2013), Rn. 19.

352 Diese ist nicht mit der handelsrechtlichen Schlussbilanz zu verwechseln, da die interne Schlussbilanz eine Bilanz eigener Art darstellt, die sich entsprechend an der Vermögensübersicht des § 153 InsO orientiert. Sie stellt als Vermögensübersicht das Ergebnis der Verwertungs- und Abwicklungshandlungen dar. Vgl. detailliert WINNEFELD, Rechnungslegung in Sonderbilanzen (2006), Rn. 1160.

353 Dieser hat als Tätigkeitsbericht des Verwalters ergänzende Bedeutung und erläutert die Ergebnisse der übrigen Schlussrechnungsbestandteile. Der Bericht ist notwendig, da der Verwalter während seiner Tätigkeit die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über fremdes Vermögen innehat. Vgl. dazu DELHAES, Rechnungslegung (2012), Rn. 11.

354 Das Schlussverzeichnis zeigt alle Forderungen an, die bei Schlussverteilung zu berücksichtigen sind, und gliedert die Gläubiger in entsprechende Gruppen. Grundlage ist die Insolvenztabelle des § 175 InsO, von der die Inhalte nicht abweichen dürfen. Vgl. detailliert WINNEFELD, Rechnungslegung in Sonderbilanzen (2006), Rn. 1144-1147, DELHAES, Rechnungslegung (2012), Rn. 12.

355 Vgl., auch im Folgenden, BGH-Urteil vom 23.03.1966, NJW 1966, S. 1119.

356 Vgl., auch im Folgenden, DELHAES, Rechnungslegung (2012), Rn. 18-27.

er, regulärer Amtsniederlegung wiederum Rechnung zu legen.³⁵⁷ Ersatzansprüche gegen den Verwalter könnten auf der Analyse der Schlussrechnung basieren.³⁵⁸ Es sind jedoch die Verjährungsfristen des § 62 InsO zu beachten. Bei fehlerhafter oder fehlender Rechnungslegung kann der Verwalter – wie beschrieben – vom Insolvenzgericht nach § 58 Abs. 2 InsO mit einem Zwangsgeld von bis zu fünfundzwanzigtausend Euro belegt werden. Die Pflichten sind aber selbst bei Verzug nicht auf einen Dritten übertragbar, da es die persönliche Pflicht des Verwalters ist, die Rechnungslegung zu erstellen.³⁵⁹ Deutlich wird dieser Umstand dadurch, dass der Verwalter bei Beauftragung eines Wirtschaftsprüfers oder eines Steuerberaters zur Erstellung der Rechnungslegung deren Honorar persönlich zu übernehmen hat. Er darf diese Leistungen nicht als Masseverbindlichkeit klassifizieren.

2.1.3 Die Pflicht zur externen Rechnungslegung

Durch § 155 InsO sind die handelsrechtlichen Regelungen der §§ 238 ff. HGB auch in der Insolvenz anzuwenden.³⁶⁰ Um die Rechnungslegungspflicht zu begründen, ist die Kaufmannseigenschaft nach den §§ 1-7 HGB zu prüfen.³⁶¹ Von der externen Rechnungslegungspflicht kann damit erst abgesehen werden, wenn die Kaufmannseigenschaft – ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb – nicht

357 Vgl. UHLENBRUCK, Rechnungslegung (2010), Rn. 48.

358 Vgl. RIEDEL, Rechnungslegung (2013), Rn. 37.

359 Vgl., auch im Folgenden, Urteil des LG Bayreuth vom 04.06.1965, Rpfleger 1965, S. 306, DELHAES, Rechnungslegung (2012), Rn. 6. Falls ein Gläubiger Fehler in der Schlussrechnung identifiziert, kann dieser zur weiteren Begutachtung einen Wirtschafts- oder Buchprüfer bestellen. Sofern der Gläubiger rechtmäßig auf einen Mangel hingewiesen hat, und dieser aufgrund dessen nachteilig behandelt wurde, ist zum einen der Nachteil auszugleichen, und der Verwalter kann zum anderen dazu angehalten werden, den zusätzlichen Aufwand zu übernehmen. Vgl. dazu RIEDEL, Rechnungslegung (2013), Rn. 37.

360 Schon im Zuge der Konkursordnung bestätigte der BFH, dass eine handelsrechtliche Buchführungspflicht während des Konkursverfahrens besteht. Eine konkursspezifische Rechnungslegung könne diese nicht ersetzen. Somit wurde erkannt, dass zwischen einer externen und einer internen Rechnungslegung zu unterscheiden ist. Vgl. BFH-Urteil vom 08.06.1972, BStBl. 1972 II, S. 784, BFH-Urteil vom 11.02.1988, BStBl. 1988 II, S. 825. Auch die steuerrechtlichen Anforderungen an den Konkursverwalter wurden schon zu Zeiten der Konkursordnung gerichtlich bestätigt. Vgl. BGH-Urteil vom 29.05.1979, ZIP 1980, S. 25. Da sich die Ausführungen in diesem Kontext auf die Beurteilung der handelsrechtlichen Fortführungsprämisse fokussieren, wird eine steuerrechtliche Betrachtung ausgespart.

361 Vgl. zur Kaufmannseigenschaft SCHMIDT, Istkaufmann (2010), SCHMIDT, Kannkaufmann (2010), SCHMIDT, Land- und Forstwirtschaft; Kannkaufmann (2010), SCHMIDT, Kaufmann kraft Eintragung (2010), SCHMIDT, Handelsgesellschaften; Formkaufmann (2010), SCHMIDT, Kaufmannseigenschaft und öffentliches Recht (2010).

mehr gegeben ist.³⁶² Der Beginn des Insolvenzverfahrens hat keinen Einfluss auf die Kaufmannseigenschaft, denn auch während des Verfahrens ist es möglich, eine werbende Tätigkeit auszuführen. Selbst ohne die Fortführung der Unternehmenstätigkeit bleibt die Kaufmannseigenschaft erhalten, solange die Firma im Handelsregister eingetragen ist.

Es wird der Vorschlag unterbreitet, die Rechnungslegungspflicht generell vom Einzelfall abhängig zu machen und diese an zwei Kriterien zu binden, die ihre Beurteilung erleichtern sollen.³⁶³ Die Pflicht zu einer externen Rechnungslegung soll erhalten bleiben, wenn das insolvente Unternehmen fortgeführt wird, und wenn das Unternehmen eine bestimmte Größenordnung – orientiert an den Größenkriterien des § 267 HGB – aufweist. Dies ist jedoch dahingehend zu kritisieren, dass auch Unternehmen mit ruhender Tätigkeit zur Rechnungslegung verpflichtet sein sollten, da jederzeit ein Wiederaufleben der Unternehmenstätigkeit möglich ist. Ein nachträgliches Anpassen der Buchwerte wäre in einem solchen Fall schwerlich möglich, da ein Nachtragen der Buchwerte über eventuell mehrere Geschäftsjahre erhebliche Schwierigkeiten bei der Informationsbeschaffung aufwerfen könnte. Ferner ist das zweite Kriterium auf Grund der eindeutigen Gesetzeslage, die besagt, dass jeder Schuldner die handelsrechtlichen Aufstellungspflichten zu erfüllen hat, nicht zweckdienlich. Zudem haben die Größenkriterien des § 267 HGB bzw. auch die des § 267a HGB nur eine Erleichterung bezüglich des Umfangs der Aufstellungspflichten zur Folge und sehen keine gänzliche Befreiung von diesen vor.³⁶⁴ Beide Kriterien sind damit nicht dazu geeignet, weitergehende Klarheit – als es die bestehenden Regelungen ohnehin schon schaffen – zu erreichen.

Auch nach dem zweiten Bericht der Kommission für Insolvenzrecht sollte die Rechnungslegungspflicht vom Verfahrensziel abhängig sein.³⁶⁵ So sollte bei Zerschlagung des Unternehmens die Rechnungslegungspflicht entfallen, bei einer (zeitweiligen) Fortführung sollte diese jedoch erfüllt werden. Da diese Differenzierung jedoch nicht in das Gesetz übernommen wurde, ist davon auszugehen, dass die handelsrechtlichen Pflichten sowohl bei der Zerschlagung als auch bei der Fortführung zu erfüllen sind. Die entscheidendere Frage ist vielmehr, welche Positionen in den handelsrechtlichen Abschlüssen anzusetzen und wie sie zu bewerten und auszuweisen sind, mithin, wann bilanziell nicht mehr von der Fortführungsprämisse ausgegangen werden kann.

362 Vgl., auch im Folgenden, KLASMEYER/KÜBLER, Buchführungs- und Bilanzierungspflichten des Konkursverwalters (1978), S. 370, BAYER, Insolvenzrechnungslegung (2000), S. 23 ff.

363 Vgl., auch im Folgenden, HENI, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (1990), S. 98 f. Vgl. für ähnliche Ansicht FÜCHSL/WEISHÄUPL/JAFFÉ, Handelsrechtliche Rechnungslegung (2013), Rn. 9-17.

364 Vgl. BAETGE/KIRSCH/THIELE, Bilanzen (2012), S. 39 ff., BIEG/KUBMAUL/WASCHBUSCH, Externes Rechnungswesen (2012), S. 10 f.

365 Vgl., auch im Folgenden, BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ, Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht (1986), S. 92 ff.

Die externe Rechnungslegungspflicht könnte § 155 Abs. 1 Satz 1 InsO folgend dem Insolvenzschuldner obliegen, da dessen Rechtsstellung durch die Verfahrenseröffnung nicht beeinflusst wird.³⁶⁶ Laut § 155 Abs. 1 Satz 2 InsO muss der Insolvenzverwalter dieser Pflicht in Bezug auf die Insolvenzmasse nachkommen, denn die Verfügungsgewalt über die Insolvenzmasse geht laut § 80 Abs. 1 InsO mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Verwalter über. Die Pflichten des ersten und des zweiten Satzes des § 155 InsO werden häufig nicht unterschieden. Gleichwohl ist die Trennung vor allem ob der Tatsache wichtig, dass insolvenzfreies Vermögen³⁶⁷ vorhanden sein kann, für das die Rechnungslegungspflicht weiterhin beim Schuldner verbleibt. Die Klarstellung des § 155 InsO bezüglich der Übernahme der Rechnungslegungspflichten ist gerade deshalb wichtig, da diese Pflichten nicht erst durch die Insolvenzordnung begründet werden, sondern auch schon vor Verfahrenseintritt bestehen. Andernfalls läge der Rückschluss nahe, dass der Schuldner die handelsrechtlichen Pflichten für das gesamte Vermögen zu übernehmen hätte.

Falls der Schuldner seiner Rechnungslegungspflicht vor Insolvenzeintritt nicht regelmäßig nachgekommen ist, hat der Insolvenzverwalter diese nachträglich zu erfüllen.³⁶⁸ Selbst bei vorhandenen, durch den Schuldner erstellten Abschlüssen kann es für den Verwalter sinnvoll sein, diese einer eingehenden Prüfung zu unterziehen.³⁶⁹ Es ist denkbar, dass der Schuldner seine Bilanzierungswahlrechte bis an den Rand der Legalität ausgenutzt hat, um einen drohenden Insolvenzgrund abzuwenden. In diesem Fall wäre eine Korrektur der bereits erstellten Abschlüsse geboten.

Fraglich ist, ob der Insolvenzverwalter auch dann noch die Rechnungslegungspflichten zu erfüllen hat, wenn die vorliegende Buchführung mangelhaft ist.³⁷⁰ Eine nicht

366 Vgl., auch im Folgenden, MAUS, Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung (2010), Rn. 11.

367 Unter insolvenzfreiem Vermögen sind die nicht pfändbaren Gegenstände des § 36 InsO zu verstehen. Weiterhin sind persönliche Rechte und familienrechtliche Ansprüche insolvenzfrei. Vgl. ANDRES, Unpfändbare Gegenstände (2005), Rn. 5-39. Zudem ist es dem Insolvenzverwalter möglich, Gegenstände der Insolvenzmasse freizugeben, sodass sie zurück in den Verwaltungsbereich des Schuldners fallen. Der Verwalter kann vor allem dann zur Freigabe angehalten sein, wenn das Vermögen massebelastende Wirkung bei Verwertung erwarten lässt. Vgl. ANDRES, Unpfändbare Gegenstände (2005), Rn. 48-58.

368 Vgl. Urteil des LG Frankfurt/Oder vom 04.09.2006, NZI 2007, S. 294. Auch die steuerrechtlichen Pflichten werden auf die Zeit vor Insolvenzeröffnung ausgedehnt. Vgl. KLASMEYER/KÜBLER, Buchführungs- und Bilanzierungspflichten des Konkursverwalters (1978), S. 374.

369 Vgl., auch im Folgenden, FÜCHSL/WEISHÄUPL/JAFFÉ, Handelsrechtliche Rechnungslegung (2013), Rn. 4.

370 Vgl., auch im Folgenden, BGH-Urteil vom 29.05.1979, ZIP 1980, S. 25. Aufgrund einer mangelhaften und/oder fehlerhaften Buchführung ist es außerdem möglich, dass das Finanzamt die Steuerschuld schätzen muss. Bei einer zu hohen Schätzung käme es zu einer ungerechtfertigten Belastung der Insolvenzmasse. Vgl. KUNZ/MUNDT, Rechnungslegungspflichten in der Insolvenz (1997), S. 671.

ordnungsgemäße Buchführung ist jedoch grundsätzlich zunächst zu berichtigen. Ein nachträgliches Aufarbeiten ist für den Verwalter nur dann zumutbar³⁷¹, wenn die vorhandenen, noch nicht überarbeiteten Daten in einem gewissen Maße Einblick in die tatsächliche Lage des Unternehmens gewähren können. Unzumutbarkeit ist etwa zu unterstellen, wenn die Rechnungslegung mehrere Monate im Rückstand ist, und die notwendigen Dokumente entweder unvollständig oder nicht vorhanden sind.³⁷² Aus dem BGH-Urteil vom 29.05.1979 ist zu schließen, dass es bei einer unzumutbaren Belastung des Verwalters für die Aufarbeitung einer mangelhaften Rechnungslegung zum Entfallen der zugehörigen Pflichten kommt. Die Annahme der Zumutbarkeit sollte restriktiven Bedingungen unterliegen, um dem Verwalter nicht die regelmäßige Fluchtmöglichkeit vor den ihm auferlegten Pflichten zu eröffnen.

Auch bei massearmen Verfahren ist die externe Rechnungslegungspflicht grundsätzlich zu erfüllen, da Erleichterungen in der Insolvenzordnung nicht zu identifizieren sind.³⁷³ Es ist dann zu untersuchen, wen die Übernahme der Verpflichtungen für die Erstellung der Rechnungslegung trifft, da diese gewöhnlich nicht aus der Masse bedient werden können. Ein Entfallen der Pflichten ist infolgedessen nicht zu bejahen, da dies der expliziten Forderung des Gesetzgebers widerspricht. In einem Urteil vom 22.07.2004 hat der BGH festgelegt, dass der Insolvenzverwalter im Zuge der Erfüllung seiner steuerlichen Pflichten, bei deren Erstellung besondere Kenntnisse erforderlich sind, diese Aufgaben einem Steuerberater übertragen darf.³⁷⁴ Die Auslagen für diesen sind dann aus der Staatskasse zu erstatten, falls die Finanzverwaltung trotz Anzeige der Massearmut auf Erstellung einer Steuererklärung besteht. Es bleibt unklar, ob diese Regelungen entsprechend auf die Erstellung handelsrechtlicher Abschlüsse anzuwenden sind. In Ermangelung weiterer, klarstellender Urteile ist eine sinngemäße Anwendung jedoch denkbar.

Zudem besteht auch in der Insolvenz neben der Prüfungspflicht nach § 316 HGB weiterhin die Offenlegungspflicht nach § 325 HGB.³⁷⁵ Diese Pflichten ergeben sich indirekt auch aus § 155 Abs. 2 und Abs. 3 InsO, da diese Absätze sowohl die Aufstellungs- bzw. Offenlegungsfrist als auch die Bestellung des Abschlussprüfers bestimm-

371 Da „Zumutbarkeit“ einen unbestimmten Rechtsbegriff darstellt und im Urteil des BGH keine weitergehende Differenzierung vorgenommen wird, ist die Aufarbeitung im Einzelfall zu prüfen und bleibt ermessensbehaftet.

372 Vgl., auch im Folgenden, PINK/FLUHME, Handelsrechtliche Offenlegungspflichten des Insolvenzverwalters (2008), S. 820 f.

373 Vgl., auch im Folgenden, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung (2011), Tz. 38. Das IDW weist darauf hin, dass der BGH im Zuge eines Urteils zum Auslagenersatzanspruch diese Ansicht bestätigt hat. Vgl. BGH-Urteil vom 22.07.2004, WPg 2004, S. 1091.

374 Vgl., auch im Folgenden, BGH-Urteil vom 22.07.2004, WPg 2004, S. 1091.

375 Vgl. GRASHOFF, Handelsrechtliche Rechnungslegung durch den Insolvenzverwalter (2008), S. 65-70.

men. Gegenstand der Prüfung durch den Abschlussprüfer sind grundsätzlich die Schlussbilanz des Unternehmens, die Eröffnungsbilanz, die unter Umständen anzufertigenden Jahresbilanzen und die Schlussbilanz zum Ende des Verfahrens.³⁷⁶ Kleine Kapitalgesellschaften, die zwei der drei Größenkriterien des § 267 Abs. 1 HGB unterschreiten, sind weiterhin von der Prüfungspflicht befreit.³⁷⁷ In diesem Fall dürfte ebenfalls eine Befreiung über die Vorschriften des § 270 Abs. 3 AktG oder § 71 Abs. 3 GmbHG möglich sein, da bei kleinen Kapitalgesellschaften die überschaubaren Verhältnisse keine Prüfung gebieten.³⁷⁸ Eine Befreiung von der Offenlegungspflicht über die Regelungen des § 270 AktG oder § 71 GmbHG ist nicht möglich, da diese nur eine Befreiung von der Prüfungspflicht erlauben.

§ 325 HGB besteht in seiner heutigen Form seit der Umsetzung des EHUG³⁷⁹. Danach hat der gesetzliche Vertreter – im Insolvenzfall der Verwalter – den Jahresabschluss beim Betreiber des Bundesanzeigers elektronisch fristgerecht einzureichen.³⁸⁰ In der Insolvenz werden nach § 155 Abs. 2 Satz 2 InsO die üblichen Fristen des § 325 HGB um die Zeitspanne zwischen Insolvenzeröffnung und Berichtstermin verlängert.³⁸¹ So bleiben dem Verwalter zusätzlich bis zu drei Monate, um die handelsrechtlichen Rechnungslegungspflichten zu erfüllen. Ziel der Verlängerung ist es, den Verwalter hinsichtlich seiner insolvenzrechtlichen Rechnungslegungspflichten zu entlasten und eine hinreichend fehlerfreie Aufstellung der externen Abschlüsse bzw. internen Verzeichnisse zu gewährleisten.

Kommt der Verwalter den Offenlegungspflichten nicht nach, kann grundsätzlich ein Ordnungsgeld nach § 335 Abs. 1 HGB in Betracht kommen.³⁸² Nach der zunächst zu

376 Vgl. zu den einzelnen Abschlüssen Kapitel II.2.2.

377 Falls die Größenkriterien erst im Verlauf des Verfahrens unterschritten werden, kommt es erst dann zu einer entsprechenden Befreiung von der Prüfung. Vgl. zu den Größenkriterien im Detail WINKELJOHANN/LAWALL, Umschreibung der Größenklassen (2014), Rz. 1-34.

378 Regelfall ist es, dass die Verhältnisse erst im späteren Verlauf des Insolvenzverfahrens als überschaubar gelten dürften. Gerade in dieser Phase der Insolvenz sollte diese Regelung restriktiv ausgelegt werden, da eine Prüfung des Abschlusses bei der Erfüllung des Insolvenzziels als zweckdienlich erscheint. Vgl. ähnlicher Ansicht GRASHOFF, Handelsrechtliche Rechnungslegung durch den Insolvenzverwalter (2008), S. 68.

379 Vgl. BGBl. 2006 I, S. 2553.

380 Nach § 325 HGB ist der Abschluss unverzüglich – spätestens zwölf Monate nach Abschlussstichtag – nach Vorlage an die Gesellschafter inklusive Bestätigungsvermerk oder Versagungsvermerk einzureichen. Für Kapitalgesellschaften des § 264d HGB, die nicht gleichzeitig Gesellschaften des § 327a HGB sind, gilt eine verkürzte Offenlegungsfrist von vier Monaten.

381 Vgl., auch im Folgenden, FÜCHSL/WEISHÄUPL/JAFFÉ, Handelsrechtliche Rechnungslegung (2013), Rn. 19.

382 Vgl., auch im Folgenden, HOLZER, Offenlegung der Jahresabschlüsse nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (2007), S. 401-405, PINK/FLUHME, Handelsrechtliche Offenlegungspflichten des Insolvenzverwalters (2008), S. 822 ff.

erfolgenden Androhung eines Ordnungsgeldes besteht die Möglichkeit, in einer sechswöchigen Frist den notwendigen Pflichten nachzukommen. Erst nachdem diese Frist ohne Erfüllung der Offenlegungspflichten verstrichen ist, wird das Ordnungsgeld festgesetzt. Dieses beträgt § 335 Abs. 1 HGB folgend mindestens 2.500 und höchstens 25.000 Euro. Bei Verletzung der Pflichten werden entweder die Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs einer Kapitalgesellschaft oder die Kapitalgesellschaft selbst belangt. Die Möglichkeit der Festsetzung eines Ordnungsgeldes wurde durch das EHUG zugelassen.

Gerade in der Insolvenz ist es jedoch fraglich, wen die Sanktionen de facto treffen, da neben die vertretungsberechtigten Organe bzw. die Gesellschaft selbst mit dem Insolvenzverwalter ein weiterer, potentieller Adressat des Ordnungsgeldes tritt.³⁸³ Bei Betrachtung der Sanktionierung von Versäumnissen der Offenlegungspflichten ist zwischen insolvenzfreiem Vermögen und der Insolvenzmasse zu unterscheiden. Bezüglich der Offenlegungspflichten des eventuell vorliegenden insolvenzfreien Vermögens sind weiterhin die Geschäftsführer oder die Gesellschaft selbst zuständig. Zweifelsohne ist es bei Nichterfüllung der das insolvenzfreie Vermögen betreffenden Offenlegungspflichten möglich, die Gesellschafter bzw. die Gesellschaft selbst nach den handelsrechtlichen Vorschriften zu belangen, da diese die entsprechenden Pflichten zu erfüllen haben. Bezüglich der Insolvenzmasse ist hingegen der Insolvenzverwalter zuständig. Der Verwalter nimmt nach Insolvenzeintritt jedoch keinesfalls die Stellung eines Gesellschafters ein, sodass das Organisationsrecht des Unternehmens keine Veränderung erfährt.³⁸⁴ Daher ist es streng dem Wortlaut des Handelsgesetzbuchs folgend nicht möglich, den Insolvenzverwalter mit einem Ordnungsgeld zu belegen.³⁸⁵ In Bezug auf die Insolvenzmasse scheiden gleichzeitig die Gesellschafter als Adressaten des Ordnungsgeldes aus, da diese die zugehörigen Pflichten nicht zu erfüllen haben. Dennoch ist grundsätzlich über das Insolvenzgericht eine Sanktionsmöglichkeit gegeben. Der Insolvenzverwalter kann nach § 58 Abs. 2 InsO bei einer Verletzung seiner insolvenzspezifischen Pflichten mit einem Zwangsgeld von bis zu fünf- undzwanzigtausend Euro belegt werden. Zudem dürfte es im Eigeninteresse des Verwalters liegen, seinen Pflichten möglichst vollständig und fristgerecht nachzukom-

383 Vgl., auch im Folgenden, HOLZER, Offenlegung der Jahresabschlüsse nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (2007), S. 401-405, PINK/FLUHME, Handelsrechtliche Offenlegungspflichten des Insolvenzverwalters (2008), S. 822 ff.

384 Vgl. HENSSLER, Rechts- und Pflichtenstellung des GmbH-Geschäftsführers nach Einführung der Insolvenzordnung (1999), S. 121-127. Es ist exakt zwischen Rechten und Pflichten des Gesellschafts- und des Insolvenzrechts zu trennen. Der Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach § 80 InsO betrifft lediglich das Vermögen und somit nicht die Rechte und Pflichten des Gesellschaftsrechts; der Verwalter nimmt keine Organstellung ein. Vgl. dazu HOLZER, Offenlegung der Jahresabschlüsse nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (2007), S. 403.

385 Vgl., auch im Folgenden, HOLZER, Offenlegung der Jahresabschlüsse nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (2007), S. 401-405, PINK/FLUHME, Handelsrechtliche Offenlegungspflichten des Insolvenzverwalters (2008), S. 822 ff.

men, da er auch in Zukunft durch das Insolvenzgericht bestellt werden möchte. Fraglich bleibt indes, ob die Gesellschaft selbst – nach Ausscheiden aller anderen potentiellen Adressaten – bei Offenlegungsversäumnissen des Insolvenzverwalters belangt werden kann.³⁸⁶ Da nach dem Wortlaut des Gesetzes nur die Gesellschaft, für die nach § 335 Abs. 1 Satz 2 HGB „die Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs die [...] Pflichten zu erfüllen haben“, belangt werden kann, kann die Gesellschaft nicht Gegenstand eines Ordnungsgeldverfahrens sein. Denn die Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs der Gesellschaft sind in Bezug auf die Insolvenzmasse eben nicht dazu angehalten, die Offenlegungspflichten zu erfüllen, und somit kann niemand für die Gesellschaft tätig werden. Falls dennoch ein Ordnungsgeld gegen die Gesellschaft nach § 335 Abs. 1 HGB festgelegt wird, betrifft die Begleichung wiederum die Vermögenssphäre und dürfte damit vom Verwalter zu entrichten sein.³⁸⁷

2.1.4 Harmonisierungsversuche der Rechnungslegungspflichten

Falls die Erfüllung der externen Rechnungslegungspflicht nicht gänzlich, jedoch teilweise in Frage gestellt wird, mündet dies in der Absicht, die externe mit der internen Rechnungslegung zu harmonisieren.³⁸⁸ Dazu sollen die internen Pflichten entfallen und durch die externen Rechenwerke erfüllt werden; final wäre ein einziges Rechenwerk zu erstellen. Der umgekehrte Fall ist hingegen nicht denkbar, da die gesetzlichen Pflichten zur internen Rechnungslegung keineswegs den handelsrechtlichen Pflichten gerecht werden. Das bloße Aufstellen einer Vermögensübersicht, bestehend aus Masse- und Gläubigerverzeichnis, kann den Anspruch der handelsrechtlichen Darstellung periodengerechter Ergebnisse nicht erfüllen. Ziel der Harmonisierung sind zum einen eine Kostenersparnis durch Wegfall von Erstellungsarbeiten und zum anderen eine Zeitersparnis für den Verwalter, der sich gänzlich auf die bestmögliche Verwertung der Masse konzentrieren könnte.

386 Vgl. für die Ansicht, dass die Gesellschaft nicht als Adressat in Frage kommt und auch im Folgenden, HOLZER, Offenlegung der Jahresabschlüsse nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (2007), S. 404, GRASHOFF, Handelsrechtliche Rechnungslegung durch den Insolvenzverwalter (2008), S. 69 f., PINK/FLUHME, Handelsrechtliche Offenlegungspflichten des Insolvenzverwalters (2008), S. 822 f. A.A. SCHLAUB, Ordnungsgeldverfahren (2007), S. 2194, WEYAND, Verletzung der Publizitätspflicht (2007), S. 938 und Urteil des LG Bonn vom 16.05.2008, NZG 2009, S. 593-596.

387 Das Ordnungsgeld ist dann als Masseverbindlichkeit zu klassifizieren. Vgl. dazu PINK/FLUHME, Handelsrechtliche Offenlegungspflichten des Insolvenzverwalters (2008), S. 823 f.

388 Vgl. dazu insbesondere KÖNIG, Harmonisierte Rechnungslegung (1988), S. 1003-1008, PINK, Insolvenzrechnungslegung (1995), S. 233-263, PINK, Rechnungslegungspflichten in der Insolvenz (1997), S. 185-190.

PINK unterscheidet bei den Versuchen zur Harmonisierung in eine Betrachtung bei sofortiger Stilllegung und in eine bei (zeitweiliger) Fortführung des Unternehmens.³⁸⁹ Er bejaht die Möglichkeit der Harmonisierung bei der sofortigen Abwicklung des Unternehmens, verneint diese jedoch für die Fortführung. Er erkennt diese für die Zerschlagung an, da in beiden Rechenwerken zu Zerschlagungswerten zu bilanzieren sei und daher die Inhalte, mithin die Informationsvermittlung identisch sei. Dies verkennt die Tatsache, dass auch bei geplanter Liquidation der Fortführungsgrundsatz im handelsrechtlichen Jahresabschluss beibehalten werden kann, die Abschlüsse somit nicht dieselben Informationen vermitteln können. Im Fall der Fortführung hingegen verneint PINK wegen der unterschiedlichen Ansatz-, Bewertungs- und Ausweisvorschriften richtigerweise eine Harmonisierung.

Zahlreiche Argumente sprechen grundsätzlich gegen eine Harmonisierung der Rechnungslegung.³⁹⁰ Notwendige Voraussetzung für die Harmonisierung wäre das Fallenlassen der handelsrechtlichen Vorschriften – insbesondere des Anschaffungskostenprinzips. Im zu erstellenden internen Masseverzeichnis sind die handelsrechtlich zulässigen Höchstwerte nicht maßgeblich, sodass dessen Informationszweck nur durch ein Fallenlassen des Anschaffungswertprinzips erfüllt werden kann. Als Folge würde die explizit notwendige Trennung von externem und internem Rechenkreis durchbrochen. Da jedoch im externen Rechnungswesen auch im Insolvenzfall die handelsrechtlichen Vorschriften – und dabei insbesondere die Bewertung zu Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten – zu berücksichtigen sind, kann ein harmonisiertes Rechenwerk nicht dem unterschiedlichen Informationsbedürfnis der internen und der externen Rechnungswesenadressaten gerecht werden.

Selbst bei einer geglückten Harmonisierung würde das Ziel einer Kostenreduzierung nicht erreicht, da zur Befriedigung einzelner Interessen unter Umständen ergänzende Rechenwerke zu erstellen wären:³⁹¹

1. Das angestrebte harmonisierte Rechenwerk müsste einen Kompromiss – der, wie oben gezeigt, nicht möglich ist – der Informationsbedürfnisse zwischen internen und externen Abschlussadressaten herbeiführen. Da ein Kompromiss vermutlich keine der beiden Parteien zufrieden stellen dürfte, hätte dies zumindest die Forderung nach einer zusätzlichen, alternativen Zwischenberichterstattung zur Folge; es käme mithin zu mindestens einem weiteren Rechenwerk.

389 Vgl., auch im Folgenden, PINK, *Insolvenzrechnungslegung* (1995), S. 233-263, PINK, *Rechnungslegungspflichten in der Insolvenz* (1997), S. 185-190.

390 Vgl., auch im Folgenden, BÄHNER, *Schlussrechnung des Konkursverwalters* (1991), S. 347 f., HENI, *Interne Rechnungslegung im Insolvenzverfahren* (2006), S. 21-30, SCHERRER/HENI, *Liquidations-Rechnungslegung II* (2009), S. 86, FÜCHSL/WEISHÄUPL/JAFFÉ, *Vermögensübersicht* (2013), Rn. 8, KÜBLER, *Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung* (2013), Rn. 82-85.

391 Vgl. zu den Punkten eins bis drei auch HENI, *Interne Rechnungslegung im Insolvenzverfahren* (2006), S. 28-31.

2. Die Ausschüttungsbemessungsfunktion, die der handelsrechtliche Abschluss zu erfüllen hat, würde durch ein harmonisiertes Rechenwerk nicht zu erreichen sein. Durch die Berücksichtigung interner Bewertungsparameter käme es im schlechtesten Fall zu einer Ausschüttung unrealisierter Gewinne, falls z.B. eine Bewertung über die Anschaffungskosten hinaus vorgenommen würde. Auch wenn in der Insolvenz i.d.R. kein ausschüttungsfähiges Ergebnis vorliegen wird, ist die Bemessungsfunktion nicht zu vernachlässigen, da die Erkenntnis der Unmöglichkeit einer Ausschüttung zunächst generiert werden muss.
3. Auch den in der Insolvenz zu erfüllenden steuerrechtlichen Vorschriften wird ein harmonisiertes Rechenwerk, welches die handelsrechtlichen Prinzipien außer Acht lässt, nicht gerecht; die erwähnte Bewertung über die Anschaffungskosten hinaus würde zu einer Erfassung unrealisierter Gewinne führen, mithin die Steuerlast ungerechtfertigterweise erhöhen und damit die Masse belasten. Es ist daher zwingend eine gesonderte Steuerbilanz zu erstellen.

Weiterhin dürften bei einem harmonisierten Rechenwerk Probleme einerseits bei den Prüfungs- und andererseits bei den Publizitätspflichten auftreten.³⁹² Dem Prüfer läge ein Rechenwerk vor, welches sowohl interne als auch externe Pflichtelemente enthielte. Da jedoch gerade die internen Pflichten dem Aufstellenden immense Interpretationsspielräume lassen, könnte sich der Prüfer gegebenenfalls kein hinreichend sicheres Urteil über die korrekte Aufstellung des Abschlusses bilden. Andererseits würde das den Einheitsabschluss aufstellende Unternehmen durch die Offenlegung interner Informationen an externe Dritte herausgeben, was die – in der Insolvenz regelmäßig ohnehin schwache – Position am Markt zusätzlich erschweren könnte.

Abschließend lässt sich feststellen, dass eine Harmonisierung zum einen rein rechtlich nicht möglich ist und zum anderen auch bei isolierter Betrachtung wirtschaftlicher Gründe nicht sinnvoll ist. Die vorgetragenen, wirtschaftlichen Gründe durch Erstellung lediglich eines Rechenwerkes erweisen sich als falsch, da weder die internen noch die externen Adressaten einen Abschluss entsprechend ihrem Informationsbedürfnis erhalten, mithin trotzdem mindestens ein ergänzendes Rechenwerk zu erstellen ist.

392 Vgl., auch im Folgenden, HENI, Interne Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2006), S. 27.

2.2 Die Stufen der Insolvenzrechnungslegung

2.2.1 Schlussbilanz

Es ist zu untersuchen, ob grundsätzlich eine Schlussbilanz³⁹³ der Gesellschaft zu erstellen ist; denn weder die Insolvenzordnung noch das AktG oder das GmbHG enthalten eine entsprechende Regelung. Bereits vor BiRiLiG³⁹⁴ wurde die Notwendigkeit der Schlussbilanz durch Verweis auf die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung hergeleitet.³⁹⁵ Zudem wurde die Rechenschaft über die Vergangenheit gegenüber Gesellschaftern und externen Dritten unterstrichen; diese wäre durch das ausschließliche Erstellen einer Eröffnungsbilanz nicht zu erreichen. Diese Argumentation ist auch nach BiRiLiG stichhaltig. Die freiwillige Abwicklungs- und Liquidationsrechnungslegung – welche auf die Insolvenz übertragbar ist – ist nach dem BiRiLiG von der Fortführung des Unternehmens geprägt, da der Geschäftsjahresverlauf durch den Eintritt in die Liquidation zunächst nicht beeinflusst wird.³⁹⁶ Dennoch ist in diesem Fall eine Schlussbilanz des Unternehmens erforderlich, um der lückenlosen Rechnungslegung nachzukommen.³⁹⁷ Herrschende Meinung bezüglich des Insolvenzverfahrens ist es daher, auf den Tag vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 155 Abs. 2 Satz 1 InsO – mit dem bei Verfahrenseröffnung explizit ein neues Geschäftsjahr beginnt – i.V.m. § 242 Abs. 1 HGB eine Schlussbilanz der Gesellschaft zu erstellen.³⁹⁸ Auf diese Weise wird die Forderung des § 239 Abs. 2 HGB nach lückenloser Erfassung jeglicher Geschäftsvorfälle erfüllt. Als weitere Jahresabschlussbestandteile sind neben der Bilanz sowohl eine Gewinn- und Verlustrechnung als auch bei Kapitalgesellschaften Anhang und Lagebericht³⁹⁹ zu erstellen. Gerade die Rechtfertigung ge-

393 Es ist klar, dass es sich nicht lediglich um eine Bilanz, sondern um einen vollwertigen Jahresabschluss handelt. Dennoch hat sich im Schrifttum die Formulierung „Bilanz“ durchgesetzt und wird auch an dieser Stelle aufgenommen, entsprechend wird bei den folgenden Bilanzen respektive Jahresabschlüssen verfahren.

394 Vgl. BGBl. 1985 I, S. 2355.

395 Vgl., auch im Folgenden, OLBRICH, Rechnungslegung bei Auflösung einer Aktiengesellschaft (1975), S. 265 f.

396 Vgl. FÖRSCHLE/DEUBERT, Abwicklungs-/Liquidationsrechnungslegung (2008), Rz. 50-53.

397 Vgl., auch im Folgenden, SARX, Abwicklungs-Rechnungslegung (1992), S. 551, OLBRICH, Rechnungslegung der Kapitalgesellschaft bei Auflösung (2001), S. 1091.

398 Vgl., auch im Folgenden, MÜLLER/GELHAUSEN, Handelsrechtliche Rechnungslegungs- und Prüfungspflicht (1997), S. 690 f., PINK, Insolvenzrechnungslegung (1995), S. 99 f., PINK, Rechnungslegungspflichten in der Insolvenz (1997), S. 180, WEISANG, Rechnungslegung nach der Insolvenzordnung (1998), S. 1150, FISCHER-BÖHNLEIN/KÖRNER, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2001), S. 194, PELKA/NIEMANN, Rechnungslegung in Insolvenzverfahren (2002), Rz. 165 f., INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung (2011), Tz. 12, LORENZEN, Rechnungslegung bei Insolvenz (2011), Rn. 124 f., KÜBLER, Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung (2013), Rn. 43 ff.

399 Die Erleichterung des § 264 Abs. 1 Satz 4 HGB, keinen Lagebericht erstellen zu müssen, gilt für kleine Kapitalgesellschaften im Sinne von § 267 Abs. 1 HGB auch weiterhin.

genüber Dritten – welche schon vor BiRiLiG angeführt wurde – ist auch weiterhin einer der Hauptgründe für die Notwendigkeit einer Schlussbilanz. Durch diese wird das Ergebnis der letzten Periode vor Eintritt in die Insolvenz ermittelt.⁴⁰⁰ Zudem wird durch die Aufstellung der Schlussbilanz die saubere Trennung der Lebensabschnittsbereiche des Unternehmens gewährleistet.⁴⁰¹ Dabei kommt es in den Fällen, in denen dieser Zeitpunkt nicht zufällig auf den regulären Abschlussstichtag fällt, zu einem Rumpfgeschäftsjahr.

Die Erstellung der Schlussbilanz ist ausschließlich an den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs auszurichten, sodass insolvenzspezifische Regelungen noch keine Anwendung finden.⁴⁰² Maßgeblich bleibt über § 155 InsO das Handelsgesetzbuch, mithin die §§ 238 ff. HGB. Daher ist auch für die Schlussbilanz § 252 HGB explizit zu berücksichtigen, welcher den Grundsatz der Unternehmensfortführung enthält. Da zu diesem keine näheren Erläuterungen in der Insolvenzordnung oder im Handelsrecht vorhanden sind, bleibt dessen Anwendung mit erheblichen Unsicherheiten behaftet.

Da die Schlussbilanz auf den Tag vor Insolvenzeröffnung zu erstellen ist, könnte argumentiert werden, dass diese noch vom Schuldner zu erstellen sei und den Insolvenzverwalter die Aufstellungspflicht mithin nicht treffe. Diese Pflicht wird für das Insolvenzverfahren jedoch explizit dem Verwalter zugeschrieben.⁴⁰³ Denn bereits in der Konkursordnung wurde darauf verzichtet, dem Schuldner die Aufstellungspflicht zuzuordnen, daher ist diese Auffassung auch für die Insolvenzordnung zu teilen. Zudem spricht der Besitz der zugehörigen Unterlagen – durch Übergang des Verwaltungs- und Verfügungsrechts – dafür, dass der Verwalter auch diesen Abschluss zu erstellen hat.

Bei der Bestellung des Abschlussprüfers für die Schlussbilanz ist zu unterscheiden, ob ein Abschlussprüfer bereits vor Eintritt in das Insolvenzverfahren bestellt war oder nicht.⁴⁰⁴ Falls dieser schon vor Eintritt bestellt worden war, bleibt dieser nach § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO weiterhin verantwortlich. Falls noch keine Bestellung erfolgte, ist der Prüfer nach § 155 Abs. 3 Satz 1 InsO auf Antrag des Insolvenzverwalters zu berufen.

400 Vgl. PINK, *Insolvenzrechnungslegung* (1995), S. 99 f.

401 Vgl. Kapitel IV.3.1.

402 Vgl., auch im Folgenden, KÜBLER, *Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung* (2013), Rn. 57.

403 Vgl., auch im Folgenden, MÜLLER/GELHAUSEN, *Handelsrechtliche Rechnungslegungs- und Prüfungspflicht* (1997), S. 689 f., KUNZ/ MUNDT, *Rechnungslegungspflichten in der Insolvenz* (1997), S. 664, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, *Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung* (2011), Tz. 13, KÜBLER, *Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung* (2013), Rn. 46. A.A. MAUS, *Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung* (2010), Rn. 17.

404 Vgl., auch im Folgenden, FÖRSCHLE/WEISANG, *Rechnungslegung im Insolvenzverfahren* (2008), Rz. 69.

2.2.2 Eröffnungsbilanz des Unternehmens in der Insolvenz

Mit Eintritt in das Insolvenzverfahren beginnt nach § 155 Abs. 2 Satz 1 InsO ein neues Geschäftsjahr.⁴⁰⁵ Da der Eintritt in das Insolvenzverfahren in der Regel nicht auf den regulären, satzungsmäßigen Abschlussstichtag fällt, kann es zu einem Rumpfgeschäftsjahr bzw. zu mehreren Rumpfgeschäftsjahren kommen. So bildet sich ein Rumpfgeschäftsjahr zwischen dem letzten regulären Bilanzstichtag und dem Tag der Insolvenzeröffnung. Es wird gemeinhin die Ansicht vertreten, dass das darauf neu beginnende und die eventuell folgenden Geschäftsjahre nach § 240 Abs. 2 Satz 2 HGB eine Höchstdauer von zwölf Monaten haben, das Geschäftsjahr sich mithin durch den Eintritt in die Insolvenz ändert.⁴⁰⁶ Der Gesetzeswortlaut des § 155 Abs. 2 Satz 1 InsO könnte jedoch gleichermaßen so gedeutet werden, dass durch Eintritt in das Insolvenzverfahren lediglich ein weiteres Rumpfgeschäftsjahr entsteht. Es würden somit im Normalfall zwei Rumpfgeschäftsjahre aufeinander folgen.⁴⁰⁷ Das bisherige Geschäftsjahr könnte ohne weiteres beibehalten werden, und eine Änderung, um zum ursprünglichen Geschäftsjahr zurückzukehren, wäre dann nicht notwendig; dies würde dem Bilanzierenden zweifelsohne weniger Umstände bereiten. Falls die Ansicht vertreten wird, dass das neu beginnende Geschäftsjahr jedoch definitiv kein weiteres Rumpfgeschäftsjahr, sondern ein vollumfängliches ist, wird anerkannt, dass zum bisherigen Geschäftsjahr zurückgekehrt werden kann.⁴⁰⁸ Dazu bedarf es dann aufgrund der Rückkehr zu der ursprünglichen Satzungsbestimmung nur eines Gesellschafterbeschlusses und nicht einer erneuten Satzungsänderung.⁴⁰⁹

405 Vgl., auch im Folgenden, WEISANG, Rechnungslegung nach der Insolvenzordnung (1998), S. 1149-1152, FÖRSCHLE/WEISANG, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2008), Rz. 55 f., INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung (2011), Tz. 10.

406 Vgl. WEISANG, Rechnungslegung nach der Insolvenzordnung (1998), S. 1152, KLEIN, Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2004), S. 44, WINNEFELD, Rechnungslegung in Sonderbilanzen (2006), Rn. 1130, FÖRSCHLE/WEISANG, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2008), Rz. 55 f., INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung (2011), Tz. 10.

407 Vgl. für diese Ansicht HESS/MITTEHNER, Insolvenz (2001), Rn. 129. Grundsätzlich sind zwei aufeinanderfolgende Rumpfgeschäftsjahre zulässig, vgl. STRECK/SCHWEDHELM, Zwei aufeinanderfolgende Rumpfwirtschaftsjahre (1988), S. 679.

408 Vgl., auch im Folgenden, WEISANG, Rechnungslegung nach der Insolvenzordnung (1998), S. 1151, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung (2011), Tz. 10.

409 Es existieren hingegen auch andere Ansichten. Zum einen die, dass eben doch eine Satzungsänderung durch die Gesellschafterversammlung notwendig ist. Vgl. WEISANG Rechnungslegung nach der Insolvenzordnung (1998), S. 1151. Zum anderen die, dass explizit dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht eingeräumt werden soll, zum ursprünglichen Geschäftsjahr zurückzukehren. Vgl. KUNZ/MUNDT, Rechnungslegungspflichten in der Insolvenz (1997), S. 667.

Direkte Konsequenz des neuen, insolvenzbedingten Geschäftsjahres ist die Erstellung einer Eröffnungsbilanz im Insolvenzverfahren.⁴¹⁰ Weitere Hinweise zur Erstellung laufender Abschlüsse geben die Spezialvorschriften zur Abwicklung einer Gesellschaft, die §§ 270 AktG und 71 GmbHG; diese sind nach der h.M. analog auf das Insolvenzverfahren anzuwenden.⁴¹¹ Trotz des § 264 Abs. 1 AktG – welcher besagt, dass auf die Auflösung der Gesellschaft die Abwicklung folgt, sofern nicht das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist – sind die Liquidationsvorschriften auch im Insolvenzfall anzuwenden. Die einhellige, überzeugende Begründung besteht darin, dass das Verfahrensziel der Liquidation mit dem der Insolvenz vergleichbar sei. So ist das Primärziel der Liquidation der maximale Liquidationsgewinn und das der Insolvenz die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger durch optimale Verwertung des Vermögens der Gesellschaft. Zudem kann das Insolvenzverfahren als eine Form der Liquidation betrachtet werden. Damit ist auch im Insolvenzverfahren mit Beginn des Verfahrens eine Eröffnungsbilanz inklusive eines erläuternden Berichts zu erstellen. Bei einem über mehrere Jahre andauernden Verfahren sind zusätzlich Jahresabschlüsse – mit Lagebericht – am jeweiligen Bilanzstichtag anzufertigen. Auf diese sind – unter Berücksichtigung des § 270 Abs. 2 AktG und des § 71 Abs. 2 GmbHG – ebenfalls die handelsrechtlichen Vorschriften anzuwenden.

Noch vor Erstellung der Eröffnungsbilanz hat der Insolvenzverwalter eine umfassende Stichtagsinventur gemäß § 240 HGB durchzuführen, bei der die Vermögensgegenstände durch körperliche Inventur und die Schulden durch Buchinventur ordnungsgemäß zu erfassen sind.⁴¹² Die Aufstellung eines Inventars ist zugleich – wie erwähnt – notwendige Voraussetzung für die Verzeichnisse der internen Rechnungslegung. Eine Abstimmung mit diesen, in aller Regel vor der Eröffnungsbilanz erstellten Werken, ist daher erforderlich. Sollte bereits kurz vor Insolvenzeröffnung eine umfassende Inventur – etwa bei der regulären Jahresabschlussaufstellung – stattgefunden haben,

410 Vgl. DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzzordnung (1992), S. 172, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung (2011), Tz. 15. Die Herleitung über § 242 Abs. 1 HGB – wie KÜBLER, Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung (2013), Rn. 38, sie tätigt – ist nicht möglich, da dieser sich dem Wortlaut folgend lediglich auf den Beginn des Handelsgewerbes eines Unternehmens bezieht.

411 Vgl., auch im Folgenden, DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzzordnung (1992), S. 172, PINK, Insolvenzrechnungslegung (1995), S. 72 f., KUNZ/MUNDT, Rechnungslegungspflichten in der Insolvenz (1997), S. 668, PELKA/NIEMANN, Rechnungslegung in Insolvenzverfahren (2002), Rz. 11 f., KLEIN, Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2004), S. 46, SCHERRER/HENI, Liquidations-Rechnungslegung II (2009), S. 17, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung (2011), Tz. 20, KÜBLER, Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung (2013), Rn. 19 ff.

412 Vgl., auch im Folgenden, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung (2011), Tz. 16. Nach PINK ist eine umfassende Inventurerstellung bei Weiterführung des Geschäftsbetriebs nicht notwendig. Vgl. PINK, Insolvenzrechnungslegung (1995), S. 135 f. Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen, da der Sicherung des Vermögens auch bei Fortführung – in Form der Aufstellung einer Eröffnungsbilanz – für den weiteren Verlauf des Verfahrens eine herausragende Bedeutung zukommt.

oder wenn der für das Verfahren bestellte Verwalter bereits vorläufiger Verwalter war, ist es auch in der Insolvenz geboten, Inventurvereinfachungsverfahren nach § 241 HGB anzuwenden.⁴¹³ Es ist jedoch streitig, ob alle Vereinfachungsverfahren des § 241 HGB in der Insolvenz anwendbar sind. Gerade die Inventur auf Basis von Stichproben sollte im Insolvenzverfahren restriktiv Anwendung finden, um die eventuelle Gefahr der Nichterfassung von Vermögen auszuschließen. Dennoch dürften in der Praxis zahlreiche Fälle auftreten, in denen auf die Anwendung dieser Methode – gerade auch aus Gründen der Wirtschaftlichkeit – nicht verzichtet werden kann.⁴¹⁴ Ohne die Anwendung der in Absatz zwei und drei genannten Vereinfachungsmethoden der Inventur würde eine nicht gerechtfertigte Belastung der Masse durch übermäßiges Einspannen des Verwalters gebilligt.⁴¹⁵ Eine gesonderte Gewinn- und Verlustrechnung ist nicht zu erstellen, da diese lediglich für den Schluss eines jeden Geschäftsjahres anzufertigen ist. Entsprechendes gilt sowohl für den Anhang als auch für den Lagebericht bei Kapitalgesellschaften.

Die wesentliche Bedeutung der Eröffnungsbilanz liegt darin, den Verantwortungszeitraum für die Rechnungslegung zwischen Schuldner und Insolvenzverwalter auch formaljuristisch zu trennen.⁴¹⁶ Mit Aufstellen der Eröffnungsbilanz durch den Verwalter wird auch nach außen signalisiert, dass dieser die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis in Bezug auf die Insolvenzmasse innehat.

Die analoge Anwendung der §§ 270 AktG und 71 GmbHG führt bei AG und GmbH zur Notwendigkeit eines die Eröffnungsbilanz erläuternden Berichts. Dieser ist für die weitergehende Beschreibung der Bewertungsparameter und eventuell vorgenommener Umgliederungen erforderlich.⁴¹⁷ Andernfalls ist für den Bilanzleser nicht ersichtlich, ob der vorgelegte Abschluss ohne Einschränkung mit den in Vorjahren erstellten Abschlüssen vergleichbar ist. Das IDW schränkt ein, dass nur die wesentlichen Positionen einer differenzierten Betrachtung zu unterziehen sind. Trotz des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Wesentlichkeit“ ist dieser Hinweis sinnvoll, da der Ersteller eine Orientierungshilfe erhält, und der erläuternde Bericht keinen zu großen Umfang annimmt. Zudem fordert das IDW die Darstellung des bisherigen Verfah-

413 Vgl., auch im Folgenden, PINK, Rechnungslegungspflichten des Insolvenzverwalters (2012), Rn. 34, KÜBLER, Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung (2013), Rn. 40 f.

414 PELKA/NIEMANN, Rechnungslegung in Insolvenzverfahren (2002), Rz. 105 und HENI, Interne Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2006), S. 8-12 sprechen sich für die Anwendung der Stichprobeninventur aus. HILLEBRAND, Handelsrechtliche Rechnungslegung in der Insolvenz (2007), S. 154 negiert die Anwendung aller Vereinfachungsverfahren.

415 Vgl., auch im Folgenden, KÜBLER, Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung (2013), Rn. 40 f.

416 Vgl., auch im Folgenden, WEISANG, Rechnungslegung nach der Insolvenzordnung (1998), S. 1150, FÖRSCHLE/WEISANG, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2008), Rz. 75.

417 Vgl., auch im Folgenden, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung (2011), Tz. 20-23.

rensstands, der zukünftigen Verfahrensausgestaltung und bisher ergriffener bzw. geplanter Maßnahmen. Dieser Ansicht ist grundsätzlich zuzustimmen, da die interessierte Öffentlichkeit und damit auch potentielle, neue Investoren durch Kenntnis dieser Informationen Investitionen in das betreffende Unternehmen anstreben könnten. Gleichzeitig sind die Geheimhaltungsbedürfnisse des Unternehmens gegenüber der Konkurrenz auch in der Insolvenz nicht zu vernachlässigen, falls eventuell der Plan besteht, das Unternehmen in der Insolvenz zu sanieren und dauerhaft fortzuführen.

Grundsätzlich sind auch in der Eröffnungsbilanz die Gliederungsvorschriften der §§ 265 ff. HGB zur Wahrung der Vergleichbarkeit mit vorangegangenen Jahresabschlüssen zu befolgen. Das Anlagevermögen erfährt durch den Eintritt in das Insolvenzverfahren keine pauschale Umgliederung in das Umlaufvermögen.⁴¹⁸ Sie unterbleibt im Falle der Fortführung des Unternehmens und ist während des gesamten Fortführungsprozesses im Einzelfall wiederholt zu prüfen. Nur diejenigen Vermögensgegenstände, die nicht mehr der dauerhaften Fortführung des Unternehmens dienen, werden durch die Änderung ihres grundlegenden Zwecks in das Umlaufvermögen umgegliedert. Eine dem Niederstwertprinzip folgende, außerplanmäßige Abschreibung auf den niedrigeren beizulegenden Wert ist sowohl außerhalb als auch innerhalb des Insolvenzverfahrens regelmäßig zu prüfen.

Prüfer der Eröffnungsbilanz sollte der für die Schlussbilanz bestellte Prüfer sein, um eine doppelte Prüfarbeit – mithin eine Belastung der Insolvenzmasse – zu vermeiden.⁴¹⁹ Die Bestellung des Prüfers erfolgt nach § 155 Abs. 3 Satz 1 InsO durch das Registergericht auf Antrag des Insolvenzverwalters. Dieses Vorgehen ist vor allem deshalb sinnvoll, da die beiden Bilanzen nur durch eine logische Sekunde voneinander getrennt werden können.⁴²⁰

2.2.3 Laufende Jahresabschlüsse

Die Anwendung von § 155 Abs. 1 InsO in Verbindung mit den §§ 270 AktG und 71 GmbHG hat zur Folge, dass bei Insolvenzverfahren, die über ein Jahr andauern, zum Ende eines jeden Geschäftsjahres ein Jahresabschluss zu erstellen ist.⁴²¹ Denn solange

418 Vgl., auch im Folgenden, LORENZEN, Rechnungslegung bei Insolvenz (2011), Rn. 139.

419 Vgl., auch im Folgenden, FÖRSCHLE/WEISANG, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2008), Rz. 76.

420 Vgl. dazu KLEIN, Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2004), S. 354, HENI, Interne Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2006), S. 28 f., WINNEFELD, Rechnungslegung in Sonderbilanzen (2006), Rn. 1095.

421 Vgl., auch im Folgenden, PELKA/NIEMANN, Rechnungslegung in Insolvenzverfahren (2002), Rz. 180-183, WINNEFELD, Rechnungslegung in Sonderbilanzen (2006), Rn. 1130-1135, LORENZEN, Rechnungslegung bei Insolvenz (2011), Rn. 152-155.

das Schuldnerunternehmen am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr – sowohl bei geplanter Einstellung als auch bei Fortführung – teilnimmt, muss es einen zutreffenden Einblick in die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermitteln. Bei Erstellung der laufenden Jahresabschlüsse ist darauf zu achten, dass sich die für das Unternehmen maßgebliche Größenklasse durch vom Verwalter getätigte Maßnahmen ändern kann. Es ist nicht auszuschließen, dass sich der Unternehmensumfang im Laufe des Verfahrens verkleinern wird. Kapitalgesellschaften haben den Abschluss ab einer bestimmten Größe entsprechend um einen Anhang bzw. Lagebericht zu erweitern. Die Erleichterung des § 264 Abs. 1 Satz 4 HGB für kleine Kapitalgesellschaften und die des § 264 Abs. 1 Satz 5 HGB für Kleinstkapitalgesellschaften greift in der Insolvenz jedoch nicht.⁴²² Die analoge Anwendung der §§ 270 AktG und 71 GmbHG erfordert die definitive Aufstellung eines Lageberichts. Dieser sollte vor allem Angaben zu den für das Verfahren wichtigen Entscheidungen enthalten, so etwa zu geplanten Veräußerungen oder Stilllegungen von Betriebsteilen.

Der Vorteil der laufenden Jahresabschlüsse liegt in der Möglichkeit, einerseits die Gläubiger und andererseits potentielle Investoren oder am Unternehmen interessierte Käufer – vor allem, falls eine übertragende Sanierung als Option in Betracht kommt – über das Ergebnis der Fortführung der Unternehmenstätigkeit in der Insolvenz zu informieren. Notwendig dürfte die Rechnungslegung vor allem dann sein, wenn einzelne Bereiche des Unternehmens weiterhin Geschäfte tätigen bzw. im Bestfall weiterhin positive Ergebnisse erreichen.⁴²³ Denn durch die veröffentlichten Abschlüsse ist für Gläubiger und Externe ersichtlich, warum das Unternehmen trotz Eintritt in die Insolvenz weiterhin am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt.

2.2.4 Schlussbilanz des Unternehmens in der Insolvenz

Die Erstellung der Schlussbilanz ist nicht explizit gesetzlich vorgegeben, ergibt sich jedoch durch § 155 InsO i.V.m. den §§ 238 ff. HGB, die eine lückenlose Rechnungslegung fordern.⁴²⁴ Die externe handelsrechtliche Schlussbilanz ist nicht mit der internen Schlussrechnung gleichzusetzen. Es dürfte in der Regel zu einem Rumpfge-

422 Vgl., auch im Folgenden, KÜBLER, Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung (2013), Rn. 47 f.

423 Vgl. dazu auch Kapitel IV.2.

424 Vgl., auch im Folgenden, PINK, Insolvenzrechnungslegung (1995), S. 132, PINK, Rechnungslegungspflichten in der Insolvenz (1997), S. 180 f., MAUS, Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung (2010), Rn. 20, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung (2011), Tz. 26, FÜCHSL/WEISHÄUPL/JAFFÉ, Handelsrechtliche Rechnungslegung (2013), Rn. 24. Da es an einer gesetzlichen Grundlage der handelsrechtlichen Schlussbilanz fehlt, wird eine Prüfung dieser als nicht zwingend angesehen. Vgl. FÖRSCHLE/WEISANG, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2008), Rz. 87.

schäftsjahr zwischen dem letzten Insolvenzbilanzstichtag und dem Ende des Insolvenzverfahrens kommen; § 155 Abs. 2 Satz 1 InsO lässt den Rückschluss zu, dass durch die Beendigung des Insolvenzverfahrens das dann laufende Geschäftsjahr beendet wird.

Das letzte Geschäftsjahr der Insolvenz endet bei regulärer Abwicklung mit Abschluss des Verfahrens. Es wird entweder durch Aufhebung nach Vollzug der Schlussverteilung (§ 200 InsO) oder durch Einstellung (§§ 207 ff. InsO) beendet.⁴²⁵ Streitig ist dennoch, auf welchen Stichtag die Schlussbilanz bei Liquidation des Unternehmens und einer damit einhergehenden Niederlegung der Unternehmenstätigkeit zu erstellen ist. In der Literatur werden mehrere mögliche Zeitpunkte genannt. Es wird z.B. vorgeschlagen, den Zeitpunkt direkt vor Durchführung der Schlussverteilung zu wählen.⁴²⁶ Es bleibt unklar, welchen zusätzlichen Zweck ein solcher Abschluss erfüllen könnte. Die zu diesem Zeitpunkt zu erstellende interne Rechnungslegungskomponente – das Verteilungsverzeichnis nach § 188 InsO – erweist sich als die bessere Informationsgrundlage, denn dieses wird den Beteiligten auch zur Einsicht in der Geschäftsstelle zur Verfügung gestellt.⁴²⁷ Die Wahl dieses Stichtags ist daher als verfrüht zu bezeichnen. Auch wird der Tag der Aufhebung bzw. der Einstellung des Insolvenzverfahrens in Erwägung gezogen.⁴²⁸ Dabei wird gegen den Tag der Aufhebung bzw. Einstellung angeführt, dass das Amt des Verwalters mit diesem Tag endet, und er damit nicht mehr dazu verpflichtet sein kann, einen Abschluss auf diesen Stichtag zu erstellen.⁴²⁹ Dennoch kann es nicht sachgerecht sein, dem Schuldner die Pflichten aufzuerlegen, da „dieser oder seine Organe vielfach nicht mehr ‚greifbar‘ sind.“⁴³⁰ Daher erscheint dieser Stichtag als zu spät, da weder Verwalter noch Schuldner die Aufstellungspflicht erfüllen können.

Eine weitere Überlegung geht dahin, den Zeitpunkt des Vollzugs der Schlussverteilung (§ 200 InsO) und der Verteilung der Masse (§ 209 InsO) – zeitlich vor Aufhebung des Verfahrens, der Insolvenzverwalter ist somit noch im Amt – als maßgeblich

425 Vgl. INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung (2011), Tz. 26.

426 Vgl. FÖRSCHLE/WEISANG, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2008), Rz. 85.

427 Vgl. für dieselbe Ansicht KLEIN, Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2004), S. 177.

428 Vgl. MAUS, Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung (2010), Rn. 20, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung (2011), Tz. 28.

429 Vgl., auch im Folgenden, WINNEFELD, Rechnungslegung in Sonderbilanzen (2006), Rn. 1176, FÖRSCHLE/WEISANG, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2008), Rz. 85, KÜBLER, Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung (2013), Rn. 52.

430 KÜBLER, Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung (2013), Rn. 50.

anzusehen.⁴³¹ Dieser Ansicht ist zuzustimmen, da somit kein Problem der Kompetenzzuweisung entsteht, der Verwalter mithin auf jeden Fall zur Rechnungslegung angehalten ist. Falls nach Befriedigung aller Gläubiger durch die Schlussverteilung noch Vermögen vorhanden sein sollte, wird dieses dem Schuldner zustehende Vermögen einerseits abgebildet, und es ist das vom Verwalter final erreichte Ergebnis zu erkennen. Andererseits dürften bei Aufhebung des Verfahrens nach Schlussverteilung auch keine wesentlichen Ereignisse mehr zu erwarten sein. Die Schlussbilanz könnte dann gleichsam mit der internen Schlussrechnung im Schlusstermin vorgelegt werden. Zugleich ist es dann möglich, die Erstellung beider Rechenwerke zu verbinden. Wird das Unternehmen nach Aufhebung des Verfahrens hingegen fortgeführt, sollte die Schlussbilanz auf den Tag der Aufhebung erstellt werden.⁴³² In diesem Fall kommt es ebenfalls nicht zur oben erläuterten Problematik der Kompetenzzuweisungen, denn mit Aufhebung des Verfahrens erhält der Schuldner seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zurück.

Gewöhnlich kommt es bei Aufstellung der Schlussbilanz zu einem Rumpfgeschäftsjahr für den Zeitraum zwischen dem letzten in das Insolvenzverfahren fallenden Jahresabschluss und dem Zeitpunkt der Beendigung des Insolvenzverfahrens.⁴³³ Es ist ein regulärer Jahresabschluss zu erstellen, denn Ziel der Schlussbilanz ist es, neben den Gläubigern auch der interessierten Öffentlichkeit das durch den Insolvenzverwalter erreichte Ergebnis darzustellen.

Die Schlussbilanz weist auf der Aktivseite nur noch die nicht verwertbaren Vermögensgegenstände und die vorhandenen liquiden Mittel aus; die Passivseite weist häufig noch zu entrichtende Steuer- und Gebührenverpflichtungen aus.⁴³⁴ Der Anhang stellt die Unterschiede zwischen den regulären und den in der Insolvenz erstellten Jahresabschlüssen dar, während der nun zwangsweise nicht mehr zukunftsbezogene Lagebericht den Geschäftsgang zwischen dem letzten regulären Jahresabschluss und der Schlussbilanz erläutert.

431 Vgl., auch im Folgenden, HAAS, Buchführung (2013), Rn. 16, KÜBLER, Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung (2013), Rn. 50.

432 Vgl., auch im Folgenden, DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzordnung (1992), S. 172, KLEIN, Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2004), S. 177, FÖRSCHLE/WEISANG, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2008), Rz. 85. Ebenso verlangt das IDW bei Fortführung des Unternehmens nach Beendigung des Verfahrens die Erstellung der Schlussbilanz durch den Schuldner. Vgl. dazu INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung (2011), Tz. 29.

433 Vgl., auch im Folgenden, WINNEFELD, Rechnungslegung in Sonderbilanzen (2006), Rn. 1180, FÜCHSL/WEISHÄUPL/JAFFÉ, Handelsrechtliche Rechnungslegung (2013), Rn. 24.

434 Vgl., auch im Folgenden, PINK, Insolvenzrechnungslegung (1995), S. 132, WINNEFELD, Rechnungslegung in Sonderbilanzen (2006), Rn. 1176.

Die Schlussbilanz ist bei Erstellung eines Insolvenzplans ebenfalls auf den Zeitpunkt der Aufhebung des Verfahrens, welcher durch die Rechtskraft des bestätigten Plans bestimmt wird, zu erstellen.⁴³⁵ Sobald der Plan rechtskräftig ist, endet das Insolvenzverfahren durch Aufhebung nach § 258 InsO.⁴³⁶ Mit Aufhebung enden nach § 259 InsO gleichzeitig die Ämter des Insolvenzverwalters und der Gläubigerversammlung, der Schuldner kann wieder frei über sein Vermögen verfügen.⁴³⁷ Ab diesem Zeitpunkt beginnt ein neues Geschäftsjahr, sodass entsprechend dem Insolvenzeintritt eine Schlussbilanz zu erstellen ist, mit der der Insolvenzverwalter Rechenschaft über das von ihm in der Insolvenz erreichte Ergebnis ablegen kann.⁴³⁸ Neben der Bilanz sind auch eine GuV und bei Kapitalgesellschaften Anhang und Lagebericht zu erstellen.

435 Vgl., auch im Folgenden, WINNEFELD, Rechnungslegung in Sonderbilanzen (2006), Rn. 1177 ff., FÖRSCHLE/WEISANG, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2008), Rz. 85 f.

436 Es wird angenommen, dass der Insolvenzplan die Aufhebung des Verfahrens vorsieht und keine anderen Bestimmungen nach § 258 InsO enthält.

437 Selbst wenn der Plan vorsieht, dass der Verwalter die Erfüllung des Insolvenzplans zu überwachen hat – er mithin nach § 261 InsO sein Amt behält –, geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Schuldner über. Daher ist auch dann kein Verzicht auf die Schlussbilanz angebracht. Vgl. dazu WINNEFELD, Rechnungslegung in Sonderbilanzen (2006), Rn. 1178 f.

438 Vgl., auch im Folgenden, WINNEFELD, Rechnungslegung in Sonderbilanzen (2006), Rn. 1177 ff., FÖRSCHLE/WEISANG, Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2008), Rz. 85 f.

Zum Grundsatz der Unternehmensfortführung in der
Insolvenz

Eickes, S.

2014, XVII, 253 S. 13 Abb., Softcover

ISBN: 978-3-658-06691-8