

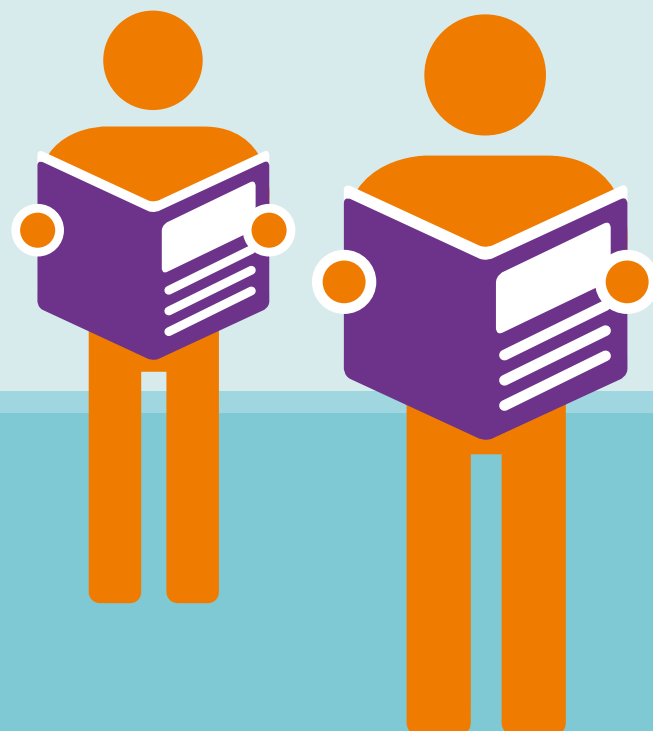
MITBESTIMMUNGSPRAXIS

Arbeitshilfen für Aufsichtsräte Nr. 18

INSOLVENZ DES UNTERNEHMENS

Welche Pflichten hat der Aufsichtsrat?

Anne Deike Riewe



AUTOREN

Dr. Anne Deike Riewe
Rechtsanwältin Köln



WEITERE TITEL UNTER

www.boeckler.de/52.htm



MITBESTIMMUNGSPORTAL

Der Böckler-Infoservice bietet Mitbestimmungsakteuren spezifisches Handlungs- und Orientierungswissen, u. a. Branchenmonitore, Themenradar, Wissen kompakt, Szenarien Mitbestimmung 2035. Jetzt kostenlos anmelden auf:

www.mitbestimmung.de



PRAXISWISSEN BETRIEBSVEREINBARUNGEN

Analysen und Gestaltungshilfen, Beispiele aus der Praxis.

[www.boeckler.de/
betriebsvereinbarungen](http://www.boeckler.de/betriebsvereinbarungen)

IMPRESSUM

Herausgeber

Hans-Böckler-Stiftung

Hans-Böckler-Straße 39, 40476 Düsseldorf
Telefon +49 (2 11) 77 78-0, Telefax +49 (2 11) 77 78-12 0

www.boeckler.de/52.htm
www.mitbestimmung.de

Kontakt: Dr. Lasse Pütz, +49 (2 11) 77 78-31 1
lasse-puetz@boeckler.de

Satz: Setzkasten GmbH, Düsseldorf

Redaktion

Dr. Lasse Pütz, Referat Wirtschaftsrecht
Hans-Böckler-Stiftung, Telefon: +49 (2 11) 77 78-31 1
lasse-puetz@boeckler.de

Ausgabe

Arbeitshilfe für Aufsichtsräte Nr. 18, Juli 2017, 1. Auflage

ISSN 2366-0449

Nachdruck und sonstige Verbreitung – auch Auszugsweise – nur mit Quellenangabe zulässig.

MITBESTIMMUNGSPRAXIS

Arbeitshilfen für Aufsichtsräte Nr. 18, Juli 2017

INSOLVENZ DES UNTERNEHMENS

Welche Pflichten hat der Aufsichtsrat?

Anne Deike Riewe

Vorbemerkung	5
I Einleitung	6
II Insolvenzantragspflicht aus Sicht des Aufsichtsrates	6
A. Zwingende Insolvenzgründe nach der Insolvenzordnung	6
B. Antragspflichtiger Personenkreis	9
C. Rechtsfolge einer Verletzung der Insolvenzantragspflicht	10
D. Stellung des Aufsichtsrates bei (möglicher) Antragspflicht des Vorstands	11
E. Fazit und praktische Folgerungen.	14
III Stellung des Aufsichtsrates im Regelinsolvenzverfahren	14
A. Ablauf des Regelinsolvenzverfahrens	14
B. Kompetenzen des Insolvenzverwalters und der Gläubigerorgane	18
C. (Rest-)Kompetenzen des AR.	21
D. Mitwirkungspflichten von Organträgern und Arbeitnehmern	23
E. Möglichkeit der Abberufung und Ernennung neuer AR-Mitglieder.	24
IV Insolvenzzrechtliche Sanierungsinstrumente und Beteiligung des AR	24
A. Erhaltung des Unternehmensträgers durch Insolvenzplan	24
B. Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren als Rahmen für einen Insolvenzplan	26
C. Entscheidung über eine Insolvenzantragstellung bei drohender Zahlungsunfähigkeit.	28
D. Rechtsstellung und Kompetenzen des Aufsichtsrates bei Anordnung von Eigenverwaltung	29
V Auswirkungen der Insolvenz auf Arbeitnehmer	31
A. Forderungen von Arbeitnehmern als Insolvenzforderungen	31
B. Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf Kündigungsschutz	33
C. Beteiligung der Arbeitnehmer im (vorläufigen) Gläubigerausschuss	33
D. Stellung des Betriebsrats im Insolvenzverfahren	34
E. Stellung der Arbeitnehmer im Insolvenzplan	34

VORBEMERKUNG

Wer Unternehmer ist, unternehmerische Entscheidungen trifft oder an unternehmerischen Entscheidungen beteiligt ist, der muss die Möglichkeit einer Insolvenz als Folge von Fehlentscheidungen einkalkulieren. Dabei ist aber nachvollziehbar, wenn sich die meisten Menschen mit der Möglichkeit einer Insolvenz bei sich selbst oder ihrem Unternehmen nicht auseinandersetzen möchten, weil man diesen Zustand ja gerade vermeiden möchte. Eine ebenfalls nachvollziehbare, aber sicher nicht kluge Entscheidung ist es dann, sich auch mit den Voraussetzungen und Folgen eines Insolvenzverfahrens gar nicht erst vertraut zu machen. Zum einen lassen sich auch unerwünschte Ereignisse leichter durchstehen, wenn man darauf vorbereitet ist, was einen erwartet, und weiß, was man selbst in welcher Situation noch tun kann, um die Lage zu verbessern. Zum anderen hat sich der Gesetzgeber in den vergangenen Jahren große Mühe gegeben, das Insolvenzrecht so zu gestalten, dass Sanierungschancen genutzt werden können, so dass die Einleitung des Insolvenzverfahrens für ein Unternehmen nicht das Ende, sondern auch einen Neustart bedeuten kann.

Natürlich ist und bleibt es Aufgabe der Aufsichtsräte, schon bei Entscheidungen und Entwicklungen im Vorfeld Einfluss zu nehmen und dabei mitzuwirken, dass Risiken, die den Bestand des Unternehmens gefährden können, gar nicht erst eingegangen werden (vgl. hierzu die Arbeitshilfe zum Risikomanagement).

Ziel dieser Arbeitshilfe ist es, das Geschehen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens transparenter zu machen. Dabei werden einerseits die für die Unternehmensführung in der Insolvenzsituation verbleibenden Entscheidungs- und Einflussnahmemöglichkeiten aufgezeigt. Andererseits werden die möglichen Ausgestaltungen der Verfahrensabwicklung vorgestellt, auch soweit sich diese einer Einflussnahme durch den Aufsichtsrat entziehen. Nicht selten wird die Insolvenz auch in Verhandlungen als Drohszenario verwendet werden, ob innerhalb des eigenen Unternehmens oder durch einen Vertragspartner, der bessere Bedingungen erreichen möchte. Dann kann es helfen zu wissen, was die Insolvenz tatsächlich bewirken kann. Dabei wird die Position der Arbeitnehmer im Verfahren besonders dargestellt, da insbesondere deren Schicksal ja auch im Blickfeld der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat steht.

I EINLEITUNG

Das deutsche Insolvenzrecht ist vorrangig in der Insolvenzordnung (InsO) geregelt, die als Nachfolge-Regelung der Konkursordnung und Vergleichsordnung sowie der für das Gebiet der neuen Bundesländer geltenden Gesamtvollstreckungsordnung am 1.1.1999 in Kraft getreten ist.

Nach der Insolvenzordnung gibt es ein einheitliches Verfahren, das durch den Insolvenzantrag eingeleitet wird. Ein Antragsteller hat daher keine Auswahl zwischen verschiedenen getrennten Verfahrensarten mit unterschiedlichem Verlauf und Rechtsfolgen. Allerdings gibt es innerhalb des Insolvenzverfahrens Gestaltungsvarianten wie insbesondere die Möglichkeit einer Eigenverwaltung sowie eines Insolvenzplans.

Bedeutende Änderungen für Unternehmensinsolvenzen sind zuletzt durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen („ESUG“) zum 1.3.2012 in Kraft getreten. Damit sollten sowohl die Gläubigerinteressen gestärkt als auch eine frühere Insolvenzantragstellung durch die Schuldnerunternehmen gefördert werden. Insgesamt zielt der Gesetzgeber auf eine Förderung der Sanierungskultur, d.h. das Unternehmen soll, wenn möglich, fortgeführt werden.

II INSOLVENZANTRAGSPFLICHT AUS SICHT DES AUFSICHTSRATES

A. Zwingende Insolvenzgründe nach der Insolvenzordnung

Die Insolvenzordnung sieht insgesamt drei Insolvenzgründe vor:

- Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO
- drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO
- Überschuldung, § 19 InsO

1. Zahlungsunfähigkeit

Der „klassische“ Grund für die Einleitung eines Insolvenzverfahrens ist die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsunfähigkeit bedeutet nach der knappen, in § 17 InsO¹ enthaltenen Definition, dass der Schuldner, also die jeweils betrachtete natürliche oder

juristische Person oder sonstige insolvenzfähige Einheit „nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen“.

Erforderlich für die Feststellung einer Zahlungsunfähigkeit ist zunächst eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Zahlungspflichten sowie der vorhandenen liquiden Mittel. Hierbei ergeben sich naturgemäß gewisse Abgrenzungsfragen, beispielsweise wann eine Forderung als fällig anzusehen ist, welche Vermögenswerte unter den liquiden Mitteln zu berücksichtigen sind oder ab welchem Umfang eine Deckungslücke relevant ist. Zahlreiche Fragestellungen hierzu sind von der Rechtsprechung entschieden:

- „ernsthaftes Einfordern“: Regelmäßig ist eine zivilrechtlich fällige Forderung auch i.S. von § 17 Abs. 2 InsO fällig, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt. Dies ist grundsätzlich schon bei Übersendung einer Rechnung zu bejahen. Nicht zu berücksichtigen ist eine Forderung jedoch nicht nur bei einer ausdrücklichen Stundungsvereinbarung, sondern schon wenn der Gläubiger sich dem Schuldner gegenüber mit einer nachrangigen Befriedigung unter – sei es auch zeitweiligem – Verzicht auf staatlichen Zwang einverstanden erklärt hat (BGH, NZI 2007, 579 Rn. 19). Das Merkmal des „ernsthaften Einforderns“ dient damit lediglich dem Zweck, solche Forderungen auszunehmen, die rein tatsächlich – also auch ohne rechtlichen Bindungswillen oder erkennbare Erklärung – gestundet sind (BGH, NZI 2009, 471).
- Eine Forderung ist stets zu berücksichtigen, wenn der Schuldner sie durch eine Kündigung fällig stellt und von sich aus gegenüber dem Gläubiger die alsbaldige Erfüllung zusagt (BGH, NZI 2009, 471).
- Setzt die Finanzbehörde die Vollziehung eines Steuerbescheids wegen ernstlicher Zweifel an dessen Rechtmäßigkeit aus, fordert sie den festgesetzten Betrag für die Dauer der Aussetzung nicht mehr ernsthaft ein (BGH, NZI 2014, 698).
- In die zur Prüfung der Voraussetzungen des § 17 InsO zu erstellende Liquiditätsbilanz sind nur die aktuell verfügbaren liquiden Mittel und die kurzfristig verwertbaren Vermögensbestandteile aufzunehmen (wie beispielsweise Bankguthaben, der Kassenbestand, aber auch ein Pkw und die monatlich zu erwartenden Zahlungen). Nicht kurzfristig verwertbare Vermögensbestandteile wie die Geschäftseinrichtung spielen hingegen hier keine Rolle. Die nach einer Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu erwartenden Ansprüche aus anfechtbaren Rechtshandlungen dürfen im Rahmen des § 17 InsO unter keinem denkbaren Gesichtspunkt berücksichtigt werden (vgl. BGH NJW 2006, 3553 = NZI 2006, 693, 694).
- Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10% oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähig-

¹ § 17 InsO: Zahlungsunfähigkeit
(1) Allgemeiner Eröffnungsgrund ist die Zahlungsunfähigkeit.
(2) Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.

keit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist (BGH, NJW 2005, 2062).

Abzugrenzen ist die Zahlungsunfähigkeit von einer bloßen **Zahlungsstockung**, die kurzfristig überwunden wird. Eine bloße Zahlungsstockung ist anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen. Dafür werden in der Rechtsprechung drei Wochen als erforderlich, aber auch ausreichend angesehen (BGH, NJW 2005, 3062).

Zahlungsunfähigkeit ist nach § 17 Abs. 2 S. 2 InsO „in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.“ Zahlungseinstellung ist dasjenige nach außen hervortretende Verhalten des Schuldners, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Die tatsächliche Nichtzahlung eines erheblichen Teils der fälligen Verbindlichkeiten reicht für eine Zahlungseinstellung aus (BGH, NJW-RR 2007, 1419 Rn. 29; NZI 2008, 231 Rn. 21, jew. m. w. Nachw.). Das gilt selbst dann, wenn tatsächlich noch geleistete Zahlungen beträchtlich sind, aber im Verhältnis zu den fälligen Gesamtschulden nicht den wesentlichen Teil ausmachen (BGH, NJW-RR 2007, 1419 Rn. 29; NZI 2010, 985 Rn. 42). Darauf, dass noch einzelne Zahlungen geleistet werden, kommt es also nicht an. Andererseits kann schon die Nichtzahlung einer einzigen Verbindlichkeit eine Zahlungseinstellung begründen, wenn die Forderung von insgesamt nicht unbeträchtlicher Höhe ist (BGH, NJW 2002, 515). Auf Grund der gesetzlichen Vermutung genügt für einen Gläubigerinsolvenzantrag, aber beispielsweise auch im Rahmen einer Haftungsklage wegen Insolvenzverschleppung zunächst der Nachweis, dass der Schuldner die Zahlungen eingestellt hatte. Der Schuldner oder die in Haftung genommene Person müssen dann nachweisen, dass eine Zahlungsunfähigkeit tatsächlich nicht gegeben war.

Indizien für eine Zahlungseinstellung sind insbesondere:

- Nichtbegleichung von Sozialversicherungsbeiträgen
- Nichtzahlung oder schleppende Zahlung von Steuern
- Abschluss von Ratenzahlungsvereinbarungen über erhebliche (Steuer-)Verbindlichkeiten
- mehrere Vollstreckungsverfahren
- Nichteinlösung eines Schecks mangels Deckung
- wiederholte Lastschriftrückgabe mangels Deckung

Die Zahlungsunfähigkeit kommt als Insolvenzgrund bei allen insolvenzfähigen Einheiten in Betracht. Unabhängig davon, ob das Schuldnerunternehmen

also als AG, GmbH oder auch Einzelkaufmännisches Unternehmen geführt wird, kann ein Insolvenzantrag mit Zahlungsunfähigkeit begründet werden.

2. Drohende Zahlungsunfähigkeit

Bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO² geht es ebenso wie bei der Zahlungsunfähigkeit um die Frage, ob der Schuldner in der Lage ist, seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit ermöglicht dabei die Stellung des Insolvenzantrages schon zu einem Zeitpunkt, in dem eine akute Zahlungsunfähigkeit (s. oben unter 1.) noch nicht eingetreten ist, aber absehbar erscheint, dass es in Zukunft zu einer Zahlungsunfähigkeit kommen wird.

Solange die Zahlungsunfähigkeit aber noch nicht eingetreten ist, also auch doch noch abgewendet werden kann, soll der Schuldner nicht in ein Insolvenzverfahren gezwungen werden. Einen Insolvenzantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit darf daher nur der Schuldner (bzw. die für ihn antragsberechtigten Personen) stellen, nicht aber ein Gläubiger. Auch für den Schuldner besteht bei erst drohender Zahlungsunfähigkeit jedenfalls keine Verpflichtung, den Insolvenzantrag zu stellen. Zu beachten ist allerdings, dass bei einer festgestellten drohenden Zahlungsunfähigkeit typischerweise auch eine insolvenzrechtliche Überschuldung bereits vorliegt (dazu sogleich).

3. Überschuldung

Bei der Feststellung der Überschuldung nach § 19 InsO³ geht es im Ausgangspunkt um einen Gesamt-

2 § 18 InsO: Drohende Zahlungsunfähigkeit

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

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

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

3 § 19 InsO: Überschuldung

(1) Bei einer juristischen Person ist auch die Überschuldung Eröffnungsgrund.

(2) Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.

(3) Ist bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend. Dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

vermögensvergleich. Sämtliche bestehenden Verbindlichkeiten sind dem Wert sämtlicher zum Vermögen des Schuldners gehörenden Gegenstände gegenüberzustellen. Bei der Prüfung der Überschuldung als Insolvenzgrund sind dabei verschiedene Besonderheiten zu berücksichtigen. Zunächst kann bei der rechnerischen Ermittlung einer Überschuldung nicht in vollem Umfang auf die bilanziellen Werte zurückgegriffen werden. Erforderlich ist vielmehr eine realitätsnahe Prognose, ob im Fall der Abwicklung sämtliche Gläubiger befriedigt werden könnten. Daher sind zu Gunsten des Schuldners beispielsweise sog. stille Reserven, also Differenzbeträge zwischen dem in der Bilanz angesetzten Werten und den Erlösen, die bei einer Veräußerung realisiert werden könnten, auf der Aktivseite einzubeziehen. Auf der Passivseite sind andererseits sämtliche gegenwärtig bestehenden Verbindlichkeiten zu berücksichtigen, die im Fall einer Verfahrenseröffnung Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) begründen können. Anders als bei der Zahlungsunfähigkeit sind auch noch nicht fällige oder gestundete Verbindlichkeiten in Ansatz zu bringen. Verbindlichkeiten aus Dauer-schuldverhältnissen wie Miet- oder Arbeitsverträgen sind in dem Umfang zu berücksichtigen, wie sie bei frühestmöglicher Kündigung noch zu erbringen sind. Eventualverbindlichkeiten, wie beispielsweise aus Bürgschaften oder Gewährleistungsverträgen sind insoweit einzustellen, als mit einer Inanspruchnahme gerechnet werden muss. Zu berücksichtigen sind auch Forderungen, die nicht auf Geld gerichtet, aber umrechenbar sind (vgl. § 45 InsO).

Nach geltendem Insolvenzrecht liegt aber nicht in jedem Fall, in dem die Liquidationsbetrachtung zu einem rechnerischen Überschuss der Verbindlichkeiten führt, auch eine insolvenzrechtliche Überschuldung vor. Das Gesetz lässt vielmehr den Einwand zu, dass eine Fortführung des Unternehmens „nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich“ ist.

Praktisch verlagert sich dadurch die Aufmerksamkeit bei der Feststellung des Insolvenzgrundes der Überschuldung auf die Prüfung der **Fortführungsprognose**. Da anerkannt ist, dass die Fortführungsprognose im Rahmen der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung im Wesentlichen auf eine Zahlungsfähigkeitsprognose hinausläuft, schließt sich hier der Kreis zur drohenden Zahlungsunfähigkeit.

Beispiel: Unternehmen U verfügt heute über ein Kontoguthaben von EUR 1 Mio. und sonstige Vermögenswerte von EUR 4 Mio. Gegenüber dem finanzierenden Bankenkonsortium bestehen langlaufende Darlehen in Höhe von EUR 8 Mio.

a) Wenn die Banken heute die Darlehensforderung berechtigterweise in voller Höhe fällig stellen und keine Anschlussfinanzierung in Sicht ist, ist U mit der Fälligkeitstellung sowohl im insolvenzrechtlichen Sinn überschuldet (EUR 5 Mio. Gesamtvermögen < EUR 8 Mio. Darlehen, keine positive Fortführungsprognose) als auch akut zahlungsunfähig (EUR 1 Mio. liquides Vermögen < EUR 8 Mio. fälliges Darlehen).

b) Wenn im laufenden Geschäftsbetrieb „Geld verbrannt“ wird und monatlich EUR 200.000 mehr Auszahlungen (Gehälter, Lieferantenforderungen, vereinbarte Zins- und Tilgungsleistungen, ...) erbracht werden müssen, als Einzahlungen erfolgen, und die neben dem Kontoguthaben vorhandenen Vermögenswerte nicht zu Geld gemacht werden können (z.B. weil es sich um das Betriebsgrundstück handelt) ist U drohend zahlungsunfähig, da nach fünf Monaten das Kontoguthaben aufgebraucht sein wird. Die rechnerische Überschuldung (EUR 5 Mio. Gesamtvermögen < EUR 8 Mio. Darlehensverbindlichkeiten) ist in diesem Fall auch insolvenzrechtlich relevant - und zwar auch heute schon! -, da es an der positiven Fortführungsprognose fehlt.

c) Wenn im laufenden Geschäftsbetrieb Überschüsse erzielt werden, die insbesondere für das laufende und das nächste Geschäftsjahr auch die vereinbarten Zins- und Tilgungsleistungen auf das Darlehen abdecken, ist U weder zahlungsunfähig noch

Tabelle 1

Feststellung der Insolvenzgründe im Überblick

Faktoren bei der Feststellung von	einerseits	andererseits	Prognoseelement?	Betrachtungszeitraum
Zahlungsunfähigkeit	Liquides Vermögen	Aktuell fällige Verbindlichkeiten	nein	nein
Drohender Zahlungsunfähigkeit	Liquides Vermögen zum zukünftigen Stichtag	Fällige Verbindlichkeiten zum zukünftigen Stichtag	Ja, durch zukünftigen Stichtag als Bezugspunkt	Str. – „für die Praxis handhabbarer Zeitraum“
Überschuldung	Gesamtvermögen	Gesamtverbindlichkeiten	Ja, Ausschluss bei positiver Fortführungsprognose = kein Eintritt von Zahlungsunfähigkeit	Laufendes und folgendes Geschäftsjahr

Quelle: eigene Darstellung

drohend zahlungsunfähig und auch nicht insolvenzrechtlich überschuldet (zwar EUR 5 Mio. Gesamtvermögen < EUR 8 Mio. Darlehen, aber positive Fortführungsprognose).

4. Insolvenzantragspflicht bei Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung

Wie bereits angesprochen besteht in bestimmten Fällen eine Verpflichtung zur Stellung eines Insolvenzantrages. Während die Antragspflicht früher bezogen auf einzelne Gesellschaftsformen in den jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Gesetzen geregelt war (z.B. § 64 GmbHG a.F.), gilt inzwischen § 15a InsO⁴ für **alle juristischen Personen sowie Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, in denen keine natürliche Person unbeschränkt haftet** (das meint insbesondere die GmbH & Co. KG). Die Insolvenzantragspflicht erfasst damit inzwischen insbesondere auch Gesellschaften ausländischer Rechtsformen (wie die englische Limited), die ihren Interessenmittelpunkt in Deutschland haben.

Ausgelöst wird die Insolvenzantragspflicht durch das Vorliegen von **Zahlungsunfähigkeit** im Sinne von § 17 InsO oder **Überschuldung** im Sinne von § 19 InsO. Man nennt diese beiden Insolvenzgründe daher auch „zwingende“ Insolvenzgründe.

Zu stellen ist der Insolvenzantrag **„unverzüglich“** nach Eintritt des Insolvenzgrundes. Unverzüglich bedeutet dabei nach dem allgemeinen zivilrechtlichen Verständnis „ohne schuldhaftes Zögern“. Als Höchstfrist wird zudem im Gesetz ein Zeitraum von drei Wochen genannt. Für den konkreten Fall der Insolvenzantragstellung wird man den Beteiligten insoweit einen gewissen Zeitraum für die Abstimmung mit einem rechtlichen Berater und die Zusammenstellung der für den Insolvenzantrag erforderlichen Informationen zugestehen müssen. Ebenfalls möglich sein muss die Information von Gesellschaftern und Aufsichtsrat, wobei aber bei der Art und Weise der Kommunikation die Eilbedürftigkeit berücksichtigt werden muss. Jedenfalls greift auch hier die Höchstfrist von drei Wochen. Als „nicht schuldhaft“ wird das Abwarten mit der Antragstellung innerhalb der drei Wochen auch bei laufenden Sanierungsbemühungen angesehen. Die Regelung räumt damit eine letzte Chance zur außergerichtlichen Sanierung ein. Wird allerdings der Insolvenzantrag mit Blick auf noch laufende Sanierungsbemühungen hinausgeschoben, so müssen entsprechende Anfragen und Gespräche tatsächlich laufen und auch Aussicht auf Erfolg versprechen. Vage Hoffnungen genügen keinesfalls.

Obwohl sich der Gesetzgeber durch die Antragspflicht auf der einen Seite und Anreize für eine frühzeitige Einleitung des Insolvenzverfahrens auf der anderen Seite immer wieder bemüht, ist in der Praxis nach wie vor festzustellen, dass eigentlich erforderliche Insolvenzanträge sehr verbreitet nicht oder zu spät gestellt werden. Entsprechende Erfahrungen im Geschäftsverkehr können aber keine Rechtfertigung für die Verletzung eigener Pflichten darstellen und sollten daher auch nicht zu einer zu optimistischen Herangehensweise verleiten. Die Antragspflicht greift eben nicht erst im hoffnungslosen Fall nach Scheitern aller Sanierungschancen, sondern schon bei einer akuten Deckungslücke, wenn deren Beseitigung nicht kurzfristig gesichert werden kann.

4 § 15a InsO: Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit

(1) Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Eröffnungsantrag zu stellen. 2Das Gleiche gilt für die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter oder die Abwickler bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist; dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

(2) Bei einer Gesellschaft im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 gilt Absatz 1 sinngemäß, wenn die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter ihrerseits Gesellschaften sind, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.

(3) Im Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist auch jeder Gesellschafter, im Fall der Führungslosigkeit einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft ist auch jedes Mitglied des Aufsichtsrats zur Stellung des Antrags verpflichtet, es sei denn, diese Person hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis.

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen Absatz 1 Satz 1, auch in Verbindung mit Satz 2 oder Absatz 2 oder Absatz 3, einen Eröffnungsantrag nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellt.

(5) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 4 fahrlässig, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

(6) Auf Vereine und Stiftungen, für die § 42 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt, sind die Absätze 1 bis 5 nicht anzuwenden.

B. Antragspflichtiger Personenkreis

1. Regelfall der Antragspflicht der Mitglieder des Vertretungsorgans

Als persönlich von der Antragspflicht betroffene Personen nennt § 15a Abs. 1 S. 1 InsO zunächst „die **Mitglieder des Vertretungsorgans** oder die Abwickler“. Im Fall der Aktiengesellschaft trifft die Insolvenzantragspflicht demnach die Vorstandsmitglieder, bei der GmbH die Geschäftsführer.

Die Pflicht trifft jedes Organmitglied einzeln und unabhängig von einer intern vorgenommenen Aufgabenverteilung.

Mitglieder des Aufsichtsrates – der ja gerade kein „Vertretungsorgan“ der Gesellschaft ist – sind

daher im Regelfall weder berechtigt (vgl. § 15 Abs. 1 InsO⁵) noch verpflichtet, einen Eigeninsolvenzantrag für die Gesellschaft zu stellen.

2. Sonderfall der Führungslosigkeit

Eine Sonderregelung trifft das Gesetz jedoch für den Fall, dass eine juristische Person „führungslos“ ist. In diesem Fall haben bei der Aktiengesellschaft anstelle der (dann ja gerade fehlenden) Vorstände die Mitglieder des Aufsichtsrates sowohl das Recht (§ 15 Abs. 1 S. 2 InsO) als auch die Pflicht zur Insolvenzantragstellung (§ 15a Abs. 3 InsO). Verhindert werden soll damit insbesondere, dass durch eine (rechtzeitige) Abberufung sämtlicher Vorstandsmitglieder eine Insolvenzantragspflicht faktisch umgangen werden kann.

Im Falle der Führungslosigkeit einer GmbH trifft die Insolvenzantragspflicht gem. § 15a Abs. 3. 1. Fall InsO dagegen die Gesellschafter. Dies gilt nach überwiegender Auffassung auch dann, wenn die GmbH über einen Aufsichtsrat verfügt und dieser – etwa gem. § 31 MitbestG – Personalkompetenz hat (vgl. Klöhn in Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, § 15a Rn. 87).

Um eine mögliche persönliche, auch strafrechtliche Haftung zu vermeiden, sollten die Aufsichtsratsmitglieder daher darauf achten, dass der Eintritt einer Führungslosigkeit vermieden wird. Auch und gerade in Krisensituationen sollte darauf geachtet werden, dass der Vorstand rechtlich wie tatsächlich besetzt und handlungsfähig ist.

C. Rechtsfolge einer Verletzung der Insolvenzantragspflicht

1. Strafrechtliche Haftung

Wird bei bestehender Antragspflicht der Insolvenzantrag durch die jeweils antragspflichtigen Personen nicht, nicht rechtzeitig oder nicht richtig gestellt, stellt dies nach § 15 Abs. 4 InsO eine strafbare Handlung dar (man spricht insoweit üblicherweise von Insolvenzverschleppung). Die Verletzung der Insolvenzantragspflicht kann dabei zu einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe führen.

In der Praxis werden sämtliche Insolvenzakten routinemäßig auch durch die Staatsanwaltschaft geprüft. Mit welcher Sorgfalt dabei mögliche Fälle von Insolvenzverschleppung verfolgt werden, wird dabei von den örtlich zuständigen Staatsanwaltschaften nicht einheitlich gehandhabt.

Neben der reinen Insolvenzverschleppung kommen verschiedene andere Straftatbestände in Betracht, die speziell für den Insolvenzfall gelten (Bankrottdelikte) oder auch nur typischerweise ebenfalls in der wirtschaftlichen Krise begangen werden (Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung, Betrug).

2. Zivilrechtliche Haftung

Zivilrechtlich wird die Insolvenzantragspflicht als Schutzgesetz zu Gunsten der Gläubiger verstanden. Daher kann gegen denjenigen, der seiner Insolvenzantragspflicht nicht nachkommt, auch ein deliktischer Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden.

Bei der Haftung wegen Insolvenzverschleppung ist nach der Rechtsprechung danach zu unterscheiden, ob Alt- oder Neugläubiger der Gesellschaft betroffen sind. Den Altgläubigern steht ein Ersatzanspruch im Hinblick auf die Verringerung der auf ihre Forderung entfallenden Insolvenzquote zu. Zu ersetzen ist also der durch die Verzögerung des Insolvenzverfahrens eintretende Wertverlust. Dieser Anspruch kann im laufenden Insolvenzverfahren nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden (§ 92 S. 1 InsO). Praktisch werden entsprechende Ansprüche kaum verfolgt, da der Nachweis der Quotenverringerung vom Insolvenzverwalter zu führen und meist schwer zu erbringen ist. Neugläubiger, die erst nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenzantragspflicht ein Geschäft mit der Schuldnergesellschaft eingegangen sind, können dagegen vollen Schadenersatz verlangen und diesen auch selbst unmittelbar gegenüber den Organmitgliedern geltend machen.

Beispiel: Geschäftsführer G von Unternehmen U hätte den Insolvenzantrag wegen Zahlungsunfähigkeit am 1. 4. stellen müssen. Tatsächlich wird das Insolvenzverfahren am 1.10. eingeleitet. Lieferant L1 erhält für seine am 1.3. erbrachte Lieferung im Wert von TEUR 100 daher nur noch eine Insolvenzquote von TEUR 5. Bei rechtzeitiger An-

5 § 15 InsO: Antragsrecht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit

(1) Zum Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer juristischen Person oder einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit ist außer den Gläubigern jedes Mitglied des Vertretungsorgans, bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien jeder persönlich haftende Gesellschafter, sowie jeder Abwickler berechtigt. Bei einer juristischen Person ist im Fall der Führungslosigkeit auch jeder Gesellschafter, bei einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft zudem auch jedes Mitglied des Aufsichtsrats zur Antragstellung berechtigt.

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

(3) Ist bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend für die organschaftlichen Vertreter und die Abwickler der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter. Entsprechendes gilt, wenn sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.

tragstellung hätte für seine Forderung ein Betrag von TEUR 20 zur Verfügung gestanden. Lieferant L2 hat noch am 1. 9. geliefert und erhält auf seine Rechnung über TEUR 100 ebenfalls die Quote von TEUR 5. Als Haftung des G wegen Insolvenzverschleppung ergibt sich in diesem Fall ein Betrag von TEUR 15 bezüglich des Altgläubigers L1 sowie ein Betrag von TEUR 95 bezüglich des Neugläubigers L2.

3. Haftungsvoraussetzungen und prozessuale Fragen

Sowohl die strafrechtliche als auch die zivilrechtliche Haftung setzen zunächst die objektive Insolvenzverschleppung, also den Umstand, dass der verpflichtende Insolvenzantrag nicht, nicht rechtzeitig oder nicht richtig gestellt wurde, voraus.

Das zusätzlich erforderliche persönliche Verschulden wird vermutet, wofür die bloße „Erkennbarkeit“ der Insolvenzreife ausreicht. Theoretisch sollte gerade bei der Aktiengesellschaft ein Insolvenzgrund stets frühzeitig erkennbar gemacht werden. Die durch das KonTraG eingeführte Ergänzung in § 91 Abs. 2 AktG sieht – klarstellend - vor, dass der Vorstand geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten hat, damit den Fortbestand gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Im Unternehmen muss also ein so genanntes Risikomanagement oder Frühwarnsystem eingerichtet werden (vgl. hierzu umfassend die Arbeitshilfe „Praktische Hinweise zum so genannten Risikomanagement“).

In einem Haftungsprozess trifft den Geschäftsführer oder Vorstand die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass er die objektiv bestehende Antragspflicht nicht schuldhaft verletzt hat. Ansatzpunkte der Verteidigung können dabei beispielsweise sein:

- fehlende Kenntnis von Verbindlichkeiten, beispielsweise weil Informationen über einen haftungsbegründenden Produktmangel im Unternehmen nicht weitergegeben wurden;
- unverschuldete Fehleinschätzung des Vermögensbestandes, beispielsweise Annahme der Werthaltigkeit einer Forderung, weil die eingetretene Insolvenz des Forderungschuldners nicht bekannt war, oder überhöhte Bewertung eines Vermögensgegenstandes durch einen Gutachter;
- Annahme einer positiven Fortführungsprognose auf Grund einer sorgfältig erstellten Planung, die sich praktisch erst später als unzutreffend erweist.

Dabei genügt es im Ergebnis, wenn der Geschäftsführer zeigen kann, dass er seiner ständigen Prüfungs- und Beobachtungspflicht nachgekommen ist, etwa unabhängigen, fachlich qualifizierten Rat eingeholt hat, auf den er sich verlassen durfte (BAG, NJW 2014, 2669 Rn. 28; BGH, NJW 2007, 2118 Rn. 14 ff.; hierzu auch Müller, NZG 2012, 981). Zudem verletzen Geschäftsführer ihre Antrags-

pflicht dann nicht, wenn sich „zumindest vertretbar“ eine positive Fortbestehensprognose darstellen lässt (BAG, NJW 1999, 2299 = NZA 1999, 653 [zu III 2]).

Wird der Aufsichtsrat wegen Verletzung der ihn bei Führungslosigkeit der Gesellschaft treffenden Antragspflicht in Anspruch genommen, müssen vom Anspruchsteller ebenfalls die objektiven Voraussetzungen sowohl der Führungslosigkeit als auch der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung nachgewiesen werden. Gelingt dies, besteht für die Aufsichtsratsmitglieder zumindest noch die Möglichkeit, sich darauf zu berufen, dass sie persönlich keine Kenntnis von entweder der Führungslosigkeit oder dem Insolvenzgrund hatten. Selbstverständlich sollte eine solche Situation nicht eintreten, gegebenenfalls mögen es aber gerade die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sein, denen Informationen darüber, dass die bisherigen Mitglieder des Geschäftsführungsorgans ihr Amt niedergelegt haben, oder über die konkrete wirtschaftliche Situation des Unternehmens vorenthalten werden. In einem solchen Fall nachweislich mangelnder Information lässt sich dann zumindest die persönliche Haftung abwenden.

D. Stellung des Aufsichtsrates bei (möglicher) Antragspflicht des Vorstands

Die Beratungs- und Überwachungspflicht des Aufsichtsrats bezieht sich nach der Rechtsprechung des BGH im Stadium der Insolvenzreife der Gesellschaft auch auf die in dieser Situation bestehenden besonderen Pflichten des Vorstands.

Die ausreichende Informationsversorgung des Aufsichtsrats ist gemeinsame Aufgabe von Vorstand und Aufsichtsrat. Der Aufsichtsrat hat dabei die Informations- und Berichtspflichten des Vorstandes in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht näher festzulegen. Dabei sollen die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat Vorschläge unterbreiten, über die im Aufsichtsrat beraten und beschlossen wird (vgl. Grundsätze ordnungsgemäßer Aufsichtsrats-tätigkeit unter D.22.).

Der Vorstand hat den Aufsichtsrat regelmäßig, zeitnah und umfassend über alle relevanten Fragen der Strategie, der Planung, der Geschäftsentwicklung, der Risikolage und des Risikomanagements und der Compliance zu informieren. Er muss dabei auf Abweichungen des Geschäftsverlaufs von den aufgestellten Plänen und Zielen unter Angabe von Gründen eingehen (vgl. Grundsätze ordnungsgemäßer Aufsichtsrats-tätigkeit unter D.23.).

1. Haftungsrisiko bei Verletzung von Beratungs- und Überwachungspflichten

Bei einer Verletzung dieser Beratungs- und Überwachungspflicht können sich Ersatzansprüche gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats ergeben. Mögliche Rechtsgrundlagen können dabei sein:

- Haftung wegen Verletzung allgemeiner Sorgfaltspflichten, § 93 i.V.m. § 116 S. 1 AktG
- Haftung wegen Insolvenzverschleppung, § 15a InsO i.V.m. § 823 Abs. 2, 830 Abs. 2 BGB
- Haftungen wegen Leistungen nach Eintritt der Insolvenzreife

Besonders einzugehen ist dabei hier auf die speziell für den Insolvenzfall greifenden Haftungsregelungen:

a) Haftung wegen Insolvenzverschleppung

Eine Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern wegen Insolvenzverschleppung wäre zunächst denkbar, wenn diese eine eigene Insolvenzantragspflicht trifft. Dieser Fall sollte praktisch dadurch vermieden werden, dass jederzeit ein (handlungsfähiger) Vorstand bestellt ist, den die Insolvenzantragspflicht vorrangig trifft.

Praktisch relevanter kann der Vorwurf einer Beihilfe zur Insolvenzverschleppung sein. Hat der Aufsichtsrat Kenntnis von der Insolvenzsituation, überzeugt den Vorstand aber davon, den Insolvenzantrag (noch) nicht zu stellen, kann dies als Anstiftung zur Insolvenzverschleppung angesehen werden. (Neu-)Gläubiger der Gesellschaft oder der Insolvenzverwalter können in diesem Fall neben den Vorstandsmitgliedern auch die Mitglieder des Aufsichtsrats zivilrechtlich auf Schadenersatz in Anspruch nehmen (zum Haftungsumfang s. oben).

b) Haftung wegen Leistungen nach Insolvenzreife

Beispielhaft für eine Ersatzpflicht des Aufsichtsrates wegen Leistungen nach Insolvenzreife kann ein Fall genannt werden, in dem eine (bei vorliegender Insolvenzreife erbrachte und daher) verbotswidrige Zahlung an ein Aufsichtsratsmitglied geleistet worden war (BGH, NJW 2009, 2454 = NZI 2009, 490 = ZIP 2009, 860 Rn. 14 f.).

Rechtlich betrachtet ergibt sich die Ersatzpflicht des Aufsichtsrates hier allerdings nicht schon aus der allgemeinen Schadensersatznorm des § 93 Abs. 2 i. V. mit § 116 S. 1 AktG. Denn durch den Verstoß des Vorstands gegen das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 1 AktG wie durch die Verletzung der entsprechenden Überwachungspflicht des Aufsichtsrats entsteht nach der Rechtsprechung im Regelfall kein Schaden der Gesellschaft i. S. des § 93 Abs. 2 AktG. Die verbotswidrigen Zahlungen dienen in der Regel der Erfüllung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft und führen bei dieser nur zur Verkürzung der Bilanzsumme, nicht aber zu einem Vermögensschaden i. S. der §§ 249 ff. BGB (Habersack/Schürnbrand, WM 2005, 957, 959; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 64 Rn. 4). Verringert wird nur die Insolvenzmasse in dem nachfolgenden Insolvenzverfahren, was zu einem Schaden allein der Insolvenzgläubiger führt. Einschlägig ist jedoch § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, auf den § 116 AktG ebenfalls verweist. Diese Regelung stellt den Drittschaden – geleitet von dem Ziel, die

Gesamtheit der Gläubiger der Aktiengesellschaft durch Wahrung von Neutralität bei der Bewirkung von Zahlungen in der Krise vor Schäden in Gestalt einer Verminderung ihrer Quote durch massenschmälernde Leistungen zu schützen – einem Schaden der Gesellschaft gleich (BGH, NZI 2010, 913 – „Doberlug“ Rn. 14 unter Verweis auf Mertens/Cahn, in: Kölner Komm. z. AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 134; Spindler, in: MünchKomm-AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 192 f.; Hüffer, AktG, 9. Aufl., § 93 Rn. 22).

Da § 116 S. 1 AktG auch auf § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG verweist, gilt die Gleichstellung des Schadens der Insolvenzgläubiger mit einem Schaden der Gesellschaft auch für den Aufsichtsrat, der seine Überwachungspflicht in Bezug auf die Einhaltung des Verbots des § 92 Abs. 2 S. 1 AktG durch den Vorstand verletzt (BGH, NZI 2010, 913 «Doberlug» Rn. 15 unter Verweis auf Semler, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl., § 116 Rn. 524). Auch der Aufsichtsrat ist damit, wenn er seine Überwachungspflicht schuldhaft verletzt hat, zum Ersatz der verbotswidrig geleisteten Zahlungen verpflichtet.

Handelt es sich bei der Gesellschaft um eine GmbH, ergibt sich die Haftung der Mitglieder eines fakultativ eingesetzten Aufsichtsrats aus der Verweisung des § 52 Abs. 1 GmbHG auf § 116 AktG. In dieser Verweisung fehlt aber ein Bezug auf § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG und damit die Gleichstellung des Insolvenzgläubigerschadens mit dem Gesellschaftsschaden. Die Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH haften daher bei einer Verletzung ihrer Pflicht zur Überwachung der Geschäftsführer auch im Hinblick auf das Zahlungsverbot des § 64 S. 1 GmbHG nur, wenn ausnahmsweise ein eigener Schaden der Gesellschaft entstanden ist (vgl. Strohn, NZG 2011, 1161, 1168). Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn die Geschäftsführer Sponsorengelder zahlen, auf die die Empfänger keinen Anspruch haben.

Bei einem obligatorischen Aufsichtsrat einer GmbH könnte das anders sein, da die entsprechenden Vorschriften des Mitbestimmungsrechts (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 3 Abs. 2 MontanMitbestG, § 3 Abs. 1 S. 2 MontanMitbestGErgG, § 6 Abs. 2 InfG) keine Einschränkung bei der Verweisung auf § 116 AktG vorsehen (so Strohn, NZG 2011, 1161, 1168). Überzeugender erscheint allerdings das Argument, dass der Schutzzweck der Arbeitnehmermitbestimmung nicht darin besteht, die Insolvenzgläubiger zu schützen (so Altmeppen, ZIP 2010, 1973, 1978).

2. Pflicht zur Einflussnahme auf die Vorstandsmitglieder bei erkannter Insolvenzreife

Erkennt der Aufsichtsrat oder muss er erkennen, dass die Gesellschaft insolvenzreife ist, und bestehen für ihn Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Vorstand entgegen dem Verbot des § 92 Abs. 2 S. 1 AktG Zahlungen leisten wird, hat der Aufsichtsrat darauf hinzuwirken, dass der Vorstand die verbotswidrigen Zahlungen unterlässt.

Ein solcher Anhaltspunkt eines Verstoßes gegen § 92 Abs. 2 S. 1 AktG besteht konkret etwa dann, wenn die Gesellschaft Arbeitnehmer beschäftigt und der Vorstand das Unternehmen nach Eintritt der Insolvenzreife fortführt. Dann liegt es nahe, dass der Vorstand zumindest die Zahlung der Löhne und Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung veranlassen und dadurch gegen § 92 Abs. 2 S. 1 AktG verstoßen wird (vgl. BGH, NJW 2009, 2599 = NZI 2009, 568 = ZIP 2009, 1468 Rdnr. 6).

Zu beachten ist dabei, dass das Zahlungsverbot bereits ab Eintritt der Insolvenzreife und nicht erst mit dem Ende der Insolvenzantragfrist greift (BGH, NZI 2009, 490 Leitsatz). Auch wenn also noch Gespräche mit dem Ziel geführt werden, die Insolvenz zu vermeiden und den Insolvenzgrund vor Ablauf der Antragsfrist zu beseitigen, müssen parallel schon sämtliche Zahlungen darauf hin überprüft werden, ob sie mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind.

3. Eigene Prüfungspflicht bei Krisenanzeichen?

Der Aufsichtsrat muss sich im Rahmen seiner Informations-, Beratungs- und Überwachungspflichten ein genaues Bild von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft verschaffen und insbesondere in einer Krisensituation alle ihm nach §§ 90 Abs. 3, 111 Abs. 2 AktG zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen (BGH, NJW 2009, 2454 = NZI 2009, 490 Rn. 15). Jedes Mitglied des Aufsichtsrats hat nicht nur sein Recht auf Kenntnisnahme der vom Vorstand dem Aufsichtsrat vorgelegten Unterlagen (Jahresabschluss und Lagebericht, Konzernabschluss und -lagebericht, Prüfungsbericht des Abschlussprüfers und Gewinnverwendungsvorschlag) wahrzunehmen, sondern auch auf deren rechtzeitiger Aushändigung zu bestehen, um seine Überwachungspflichten sorgfältig erfüllen zu können. Die Unterlagen einschließlich der zugehörigen Prüfungsberichte sind eingehend zu studieren und insbesondere auf Sachgerechtigkeit hin zu prüfen (Grundsätze ordnungsgemäßer Aufsichtsratsstätigkeit unter D.28.).

Ansatzpunkt für die Aufdeckung insolvenzrechtlich relevanter Umstände kann insbesondere die Durchführung der Abschlussprüfung sein. Da die Erteilung des Prüfungsauftrags an den Abschlussprüfer durch den Aufsichtsrat erfolgt, obliegt es auch dem Aufsichtsrat, einen veränderten Prüfungsumfang zu vereinbaren, soweit sich Anhaltspunkte für vertieften Prüfungsbedarf oder besondere Schwerpunktbildungen ergeben. Der Aufsichtsrat stellt durch Vereinbarung mit dem Abschlussprüfer sicher, dass ihm dieser über alle für die Aufgaben des Aufsichtsrats wesentlichen Feststellungen und Vorkommnisse unverzüglich berichtet, die sich bei der Durchführung der Abschlussprüfung ergeben (vgl. Grundsätze ordnungsgemäßer Aufsichtsratsstätigkeit unter D. 27.).

Der Aufsichtsrat hat den Abschlussprüfer zur bilanzfeststellenden Sitzung des Aufsichtsrats hinzuzuziehen (§ 171 Abs. 1 AktG). Der Abschlussprüfer

berichtet über die wesentlichen Ergebnisse seiner Prüfungen. Die Mitglieder des Aufsichtsrats sollten die Gelegenheit zu einer vertiefenden Diskussion der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens bzw. Konzerns unter Einbeziehung der Ergebnisse der Abschlussprüfung wahrnehmen. Die Aufsichtsratsmitglieder sollten gegebenenfalls dem Abschlussprüfer gegenüber Wünsche nach einer ausführlicheren bzw. klareren Berichterstattung äußern, die über die Grundsätze ordnungsmäßiger Berichterstattung hinausgehen (vgl. Grundsätze ordnungsgemäßer Aufsichtsratsstätigkeit unter D. 29.).

Weitergehende konkrete Informationen, die zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage erforderlich sind, muss der Aufsichtsrat auch in der Krisensituation nicht etwa selbst zusammentragen. Vielmehr hat er sich auch in diesem Fall an den Vorstand zu richten und eine entsprechende Berichterstattung zu verlangen. Zeigt sich eine kritische Lage und Entwicklung des Unternehmens, ist eine größere Kontrolldichte erforderlich, die der Aufsichtsrat insbesondere umsetzen kann durch

- eine erweiterte und kurzfristigere Berichterstattung der Geschäftsführung an den Aufsichtsrat,
- häufigere Aufsichtsratssitzungen
- neue zustimmungspflichtige Geschäfte.

Ergibt sich aus den so erlangten Informationen, dass die Gesellschaft insolvenzreif ist, hat der Aufsichtsrat darauf hinzuwirken, dass der Vorstand rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt und keine Zahlungen leistet, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht vereinbar sind. Erforderlichenfalls muss er ein ihm unzuverlässig erscheinendes Vorstandsmitglied abberufen (BGH, NJW 2009, 2454 = NZI 2009, 490 Rn. 15 unter Verweis auf Hopt/M. Roth, in: Großkomm. z. AktG, 4. Aufl., § 111 Rn. 313 ff.; Habersack, in: MünchKomm-AktG, 3. Aufl., § 111 Rn. 44 ff.).

Soweit weder Zahlungsunfähigkeit noch Überschuldung eingetreten sind, wird dagegen vom Vorstand ein Sanierungskonzept entwickelt werden müssen, dessen Inhalt und Umsetzung durch den Aufsichtsrat geprüft und kontrolliert werden müssen (vgl. insgesamt zur Rolle des Aufsichtsrats bei der Vermeidung und Überwindung von Unternehmenskrisen auch Scheffler, BB 2014, 2859).

4. D&O-Versicherung

Der Abschluss von sog. D&O-Versicherungen (Directors' and Officers' Liability Insurance), mit denen Haftungsrisiken von Organen einer Gesellschaft abgesichert werden, ist inzwischen auch in Deutschland üblich. Typischerweise wird der Versicherungsvertrag dabei durch die Gesellschaft abgeschlossen.

Als **Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung** umfasst der Versicherungsschutz einer D&O-Versicherung regelmäßig sowohl die gerichtliche und außergerichtliche Abwehr von Schadensersatzansprüchen (Rechtsschutzfunktion) als auch die

Freistellung von begründeten Schadensersatzverpflichtungen des Organs (Haftplichtfunktion) (vgl. Melot de Beauregard/Gleich, NJW 2013, 824).

Eine Besonderheit der D&O-Versicherung ist das sog. Claims-Made-Prinzip. Dies bedeutet, dass die Versicherung sich vom Ansatz her auf solche Schäden bezieht, die während der Laufzeit des Versicherungsverhältnisses geltend gemacht werden (unabhängig davon, ob im Zeitpunkt der schadensbegründenden Handlung Versicherungsschutz bestand). Gerade im Fall der Insolvenz der Gesellschaft muss daher von den versicherten Organträgern darauf geachtet werden, dass die abgeschlossene D&O-Versicherung nicht zu früh beendet wird. Allerdings sehen die Versicherungsverträge regelmäßig einen sog. Nachmeldezeitraum vor, innerhalb dessen auch nach Beendigung des Versicherungsvertrages erhobene Schadensersatzansprüche noch vom Versicherungsschutz erfasst werden, soweit diese sich auf während der Vertragslaufzeit begangene Pflichtverletzungen beziehen.

Die bestehende Versicherung schützt die versicherten Personen einerseits vor einer persönlichen Schadenersatzpflicht in Höhe der vereinbarten Deckungssumme. Zugleich erhalten die in Anspruch genommenen Organmitglieder auch schon in der Auseinandersetzung über den Schadensersatzanspruch Unterstützung durch Übernahme der Prozesskosten. Andererseits erhöht das Bestehen der Versicherung und die damit verbundene Aussicht auf einen zahlungskräftigen Schuldner gerade auch für den Insolvenzverwalter den Anreiz, Haftungsansprüche überhaupt und mit entsprechend hohen Beträgen geltend zu machen. Insoweit dürfte der in den letzten Jahren festzustellende Anstieg der Prozesse über die Haftung gerade auch von Aufsichtsräten mit der gewachsenen Verbreitung der D&O-Versicherung in ursächlichem Zusammenhang stehen.

E. Fazit und praktische Folgerungen

- Gerade in der Krise und Insolvenz der Gesellschaft ist der Bestand einer D&O-Versicherung von größter Bedeutung.
- Risikomanagement ist weder Selbstzweck noch Pflichtübung, sondern von allen Beteiligten auch im eigenen Interesse einer Haftungsvermeidung durchzuführen.
- Der Abschlussprüfer kann wichtige Hinweise geben und sollte auch und gerade bei etwaigen Hinweisen „am Rande“ ernst genommen werden.
- Ein Abschlussprüfer ist im Kern kein Insolvenzrechtsexperte, letzterer sollte sowohl für die Gesellschaft als auch ergänzend für die Organmitglieder herangezogen werden, wenn der Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung möglich erscheint.
- Je stärker sich eine Krise zuspitzt, desto größer ist der Begründungs- und Dokumentationsbe-

darf, wenn sich die Geschäftsleitung für eine Fortsetzung der Geschäftstätigkeit und insbesondere die Leistung weiterer Auszahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen entschließt.

- Besondere Vorsicht ist geboten, wenn erkannte existenzbedrohende Umstände durch vorgeschlagene Maßnahmen nicht beseitigt werden, sondern „auf Zeit gespielt“ wird – je früher ernsthafte Sanierungsmaßnahmen ergriffen werden, sei es in oder außerhalb eines Insolvenzverfahrens, desto größer ist die Chance, dass das Unternehmen in seiner bisherigen Form erhalten werden kann. Andererseits steigt das Risiko einer späteren Organhaftungsklage durch den Insolvenzverwalter, je länger die Krise andauert.
- Auch wenn die Möglichkeiten der Einflussnahme des Aufsichtsrats in einem Insolvenzverfahren tatsächlich sehr beschränkt sind, sollte jedes Aufsichtsratsmitglied eine Vorstellung davon haben, wie Entscheidungen in einem Insolvenzverfahren getroffen werden und welche Möglichkeiten und Varianten einer Rettung des Unternehmens bestehen. Dem widmen sich die nachfolgenden Kapitel.

III STELLUNG DES AUFSICHTSRATES IM REGELINSOLVENZVERFAHREN

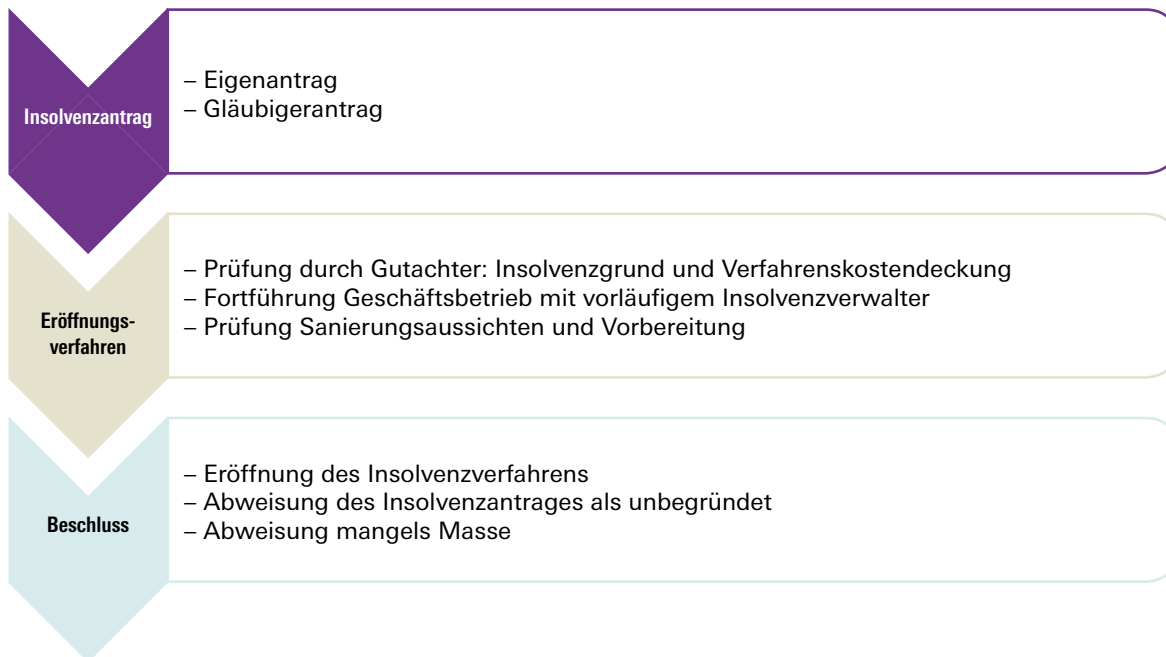
A. Ablauf des Regelinsolvenzverfahrens

Im Rahmen eines Insolvenzverfahrens sind allgemein zwei Aufgabenfelder zu erledigen. Zum einen sind die vorhandenen Forderungen gegen den Schuldner aufzunehmen und zu prüfen. Dabei ist auch zu prüfen, auf welche Forderungen lediglich die Insolvenzquote gezahlt wird („Insolvenzforderung“) und welche Forderungen voll zu erfüllen sind („Masseverbindlichkeit“) oder in welchen Fällen ein Gläubiger eine insolvenzfeste Sicherheit („Absonderungsrecht“) in Anspruch nehmen kann. Zum anderen ist das Vermögen des Schuldners zu verwerten. Ziel ist dabei, alle vorhandenen Vermögenswerte in Geld umzusetzen.

1. Insolvenzantragsverfahren

Eingeleitet wird das Regelinsolvenzverfahren durch den Insolvenzantrag.

Auf der Grundlage eines gestellten Insolvenzantrages wird das Insolvenzgericht allerdings nicht ohne weiteres das Insolvenzverfahren eröffnen. Erforderlich ist nämlich zunächst, dass geprüft wird, ob die gesetzlichen Voraussetzungen einer Verfahrenseröffnung auch tatsächlich vorliegen. Neben der Frage, ob ein Insolvenzgrund vorliegt, ist dabei zu klären, ob ausreichend Insolvenzmasse vorhanden ist, um die Kosten des Insolvenzverfahrens zu



decken. Da hierzu eine umfassende tatsächliche Ermittlung erforderlich ist, wird diese Prüfung nicht durch das Gericht, sondern durch einen vom Gericht beauftragten Gutachter durchgeführt.

Wann die Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens getroffen wird, hängt damit davon ab, wann dem Gericht das eingeholte Gutachten vorliegt. Neben den konkret die Begutachtung betreffenden Faktoren, wie schnell der Gutachter aus den Unterlagen des Unternehmens, den Auskünften der Geschäftsführung und anderen Quellen die notwendigen Informationen erlangen kann, und wie aufwendig deren Aufarbeitung ist, hängt der Ablauf des Insolvenzantragsverfahrens jedoch auch von weiteren Faktoren ab.

So führt der Umstand, dass Insolvenzgeld nach den Regelungen in §§ 165 ff. SGB II für einen Zeitraum von bis zu 3 Monaten vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gezahlt wird, dazu, dass bei laufendem Geschäftsbetrieb dieser Zeitraum regelmäßig ausgeschöpft wird. Sofern noch keine Vergütungsrückstände entstanden sind, können daher bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens rund 3 Monate vergehen.

In der Vergangenheit konnte es unter Umständen auch ein Anreiz sein, im Insolvenzantragsverfahren noch Umsatzgeschäfte vorzunehmen und den Fiskus im eröffneten Verfahren wegen der insoweit anfallenden Umsatzsteuer darauf zu verweisen, dass insoweit eine Insolvenzforderung vorliegt. Allerdings hat der Gesetzgeber auf diese Praxis mit der Einführung eines § 55 Abs. 4 InsO reagiert, durch welchen im Regelfall auch bei Beteiligung eines vorläufigen Insolvenzverwalters Steuerforderungen mit dem Rang einer (in voller Höhe zu gleichenden) Masseverbindlichkeit entstehen.

Der Zeitraum bis zur Entscheidung über den Insolvenzantrag wird parallel auch für Prüfungen und **Vorbereitungen für eine mögliche Sanierung** genutzt. So kann schon im Insolvenzantragsverfahren

ein Bieterverfahren durchgeführt werden, wenn das Insolvenzverfahren für eine sogenannte übertragende Sanierung genutzt werden soll. Dabei werden im Rahmen eines Asset Deals die zum Geschäftsbetrieb gehörenden Vermögensgegenstände verkauft, während die vorhandenen Verbindlichkeiten beim alten Rechtsträger bleiben, der im Rahmen des Insolvenzverfahrens abgewickelt wird. Auch Vorbereitungen für einen Insolvenzplan, der insbesondere auf die Fortführung der Schuldnergesellschaft gerichtet sein kann, können im Rahmen des Insolvenzantragsverfahrens getroffen werden (vgl. auch speziell zum Schutzschirmverfahren unten IV. B. 4.).

2. Eröffnungsbeschluss

Mit dem Eröffnungsbeschluss wird durch das Insolvenzgericht formal die Entscheidung getroffen, dass ein Insolvenzverfahren tatsächlich durchgeführt wird.

Voraussetzung dafür, dass ein Eröffnungsbeschluss gefasst wird, ist neben dem Insolvenzantrag, dass ein Insolvenzgrund vorliegt und dass die Kosten des Insolvenzverfahrens voraussichtlich gedeckt sind. Fehlt es am Insolvenzgrund, wird der Insolvenzantrag als unbegründet abgewiesen. Bei fehlender Verfahrenskostendeckung erfolgt die Abweisung mangels Masse (§ 26 InsO).

Der Eröffnungsbeschluss hat **Wirkungen** in verschiedener Hinsicht.

Gesellschaftsrechtlich stellt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen Auflösungsgrund für die Gesellschaft dar (§ 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG). Dabei bedeutet die Auflösung nicht das sofortige Erlöschen der Gesellschaft, sondern es wird zunächst einmal der Zweck der Gesellschaft umgestaltet. Die Abwicklung richtet sich bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht nach den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Liquidationsregelungen (§§ 264 ff. AktG), sondern nach den vorrangigen Regelungen der Insolvenzordnung (für die Aktiengesellschaft ausdrücklich festgeschrieben in § 264

Abs. 1 AktG). Auf die Struktur der betroffenen Gesellschaft hat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens keinen Einfluss (BGH, NZI 2007, 231 Rn. 21). Die Organe der Gesellschaft – einschließlich des Aufsichtsrates - bleiben in ihrem Bestand durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unangetastet. Die Aufgaben, Rechte und Pflichten der Organe werden jedoch durch den Zweck des Insolvenzverfahrens und die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters überlagert (für den Aufsichtsrat hierzu ausführlich unter III. C.).

Bedeutung hat der Eröffnungsbeschluss daneben beispielsweise noch als Anknüpfungspunkt für die Gewährung von **Insolvenzgeld**.

Der **Insolvenzverwalter** ist durch das Insolvenzgericht gleichzeitig mit dem Eröffnungsbeschluss einzusetzen. Auf den Insolvenzverwalter geht dann mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse über (§ 80 InsO). Daneben greifen ab diesem Zeitpunkt zahlreiche weitere insolvenzrechtliche Regelungen wie insbesondere das Insolvenzanfechtungsrecht (§§ 129 ff. InsO) und die Regelungen über die Abwicklung gegenseitiger Verträge (§§ 103 ff. InsO).

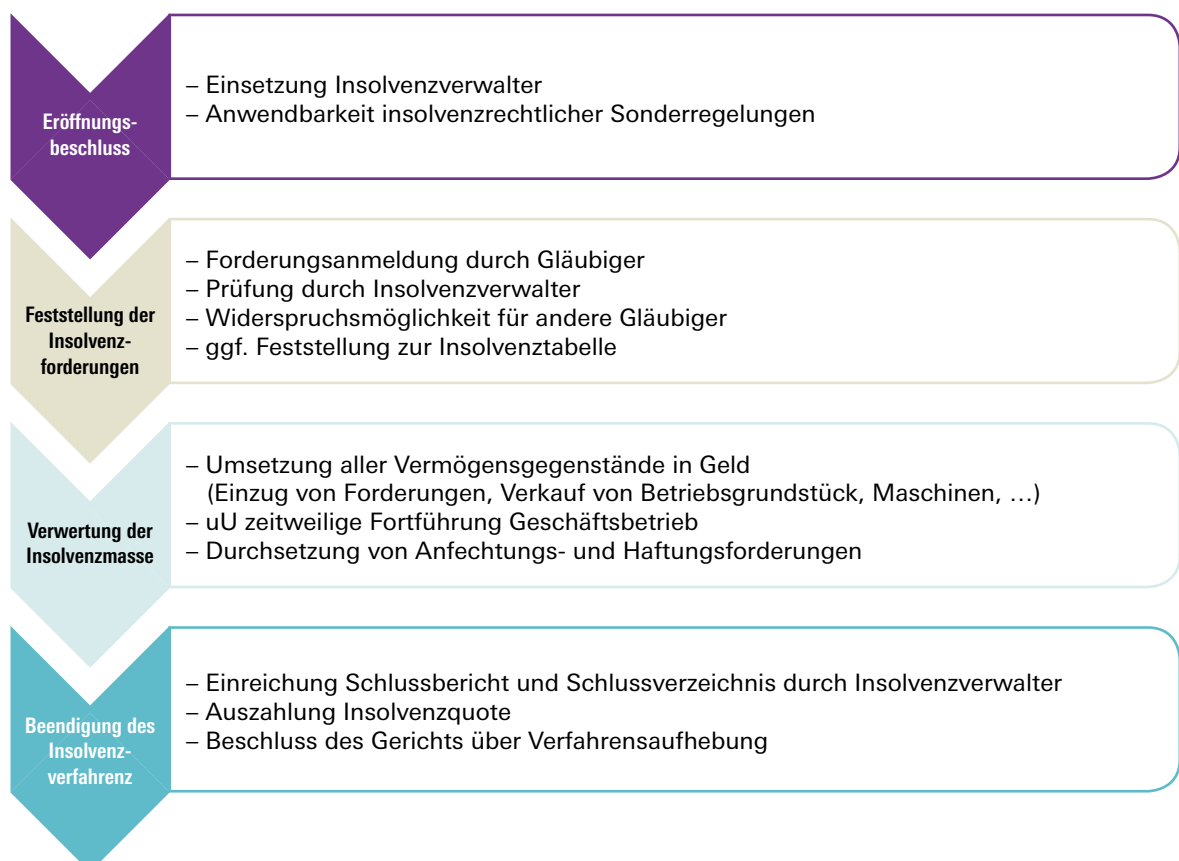
3. Eröffnetes Insolvenzverfahren

a) Feststellung der Insolvenzforderungen

Im Rahmen des eröffneten Insolvenzverfahrens besteht für Gläubiger, die eine im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bereits begründete Forderung gegen den Schuldner (Insolvenzforderung)

haben, die Möglichkeit, diese Forderung beim Insolvenzverwalter zur Aufnahme in die Tabelle anzumelden. Die **Forderungsanmeldung** ist dabei zugleich die einzige noch zulässige Möglichkeit der Forderungsdurchsetzung. Jede Einzelzwangsvollstreckung wegen einer Insolvenzforderung ist während des laufenden Insolvenzverfahrens unzulässig. Auch Prozesse über Insolvenzforderungen werden grundsätzlich nicht weitergeführt, sondern nur dann wieder aufgenommen oder neu angestoßen, wenn die Forderungsanmeldung auf Widerspruch von Seiten des Insolvenzverwalters oder anderer Insolvenzgläubiger stößt.

Für die Anmeldung der Insolvenzforderungen wird vom Insolvenzgericht im Eröffnungsbeschluss eine Frist gesetzt. Diese Frist stellt jedoch **keine Ausschlussfrist** dar. Es können also auch nach Fristablauf noch weitere Forderungen angemeldet werden. Für den anmeldenden Gläubiger hat die verspätete Anmeldung lediglich die Folge, dass ihm für den zusätzlich erforderlich werdenden gerichtlichen Termin zur Prüfung der Forderung eine Verwaltungsgebühr von derzeit 20 EUR in Rechnung gestellt wird. Erst wenn das Insolvenzverfahren sich dem Ende nähert und die endgültige Aufstellung derjenigen Gläubiger erstellt wird, an die eine Insolvenzquote auszuzahlen ist, (Schlussverzeichnis) werden spätere Forderungsanmeldungen nicht mehr berücksichtigt. Ist zu Beginn des Insolvenzverfahrens beispielsweise noch unklar, ob eine Insolvenzforderung besteht (beispielsweise, weil noch nicht feststeht, ob der Insolvenzverwalter einen bestimmten Vertrag erfüllt oder ob sich inso-



weit ein Schadenersatzanspruch ergibt), kann der Gläubiger daher zunächst die weitere Entwicklung abwarten, ohne sein Recht auf die Insolvenzquote zu verlieren. Im laufenden Insolvenzverfahren ergibt sich daraus allerdings ein andauernder Unsicherheitsfaktor, in welcher Höhe am Ende Forderungen zu berücksichtigen sein werden. Auch vor diesem Hintergrund besteht bei Prognosen über die Höhe der erzielbaren Insolvenzquote auch nach der Prüfung aller angemeldeten Forderungen weiterhin eine Unsicherheit.

Da die Insolvenzordnung keine privilegierten Forderungen kennt, gehören auch offene Forderungen von Arbeitnehmern und Organmitgliedern zu den Insolvenzforderungen. Soweit Aufsichtsratsmitgliedern noch offene Forderungen gegen die Gesellschaft zustehen, gilt demnach auch für diese das Anmeldeverfahren.

b) Verwertung der Insolvenzmasse

Die Gelder, aus denen am Ende des Verfahrens die Insolvenzquote gezahlt wird, stammen aus der **Verwertung des gesamten Vermögens der Schuldnergesellschaft**.

Bei einem Unternehmen mit laufendem Geschäftsbetrieb erfolgt die Vermögensverwertung vielfach im Rahmen einer sogenannten **übertragenden Sanierung**. Darunter versteht man die Veräußerung des Geschäftsbetriebes als Ganzem an einen Investor. Der Geschäftsbetrieb wird dann von der übernehmenden Gesellschaft weitergeführt, während die Insolvenzmasse einen Kaufpreis erhält und der bisherige Rechtsträger im Insolvenzverfahren abgewickelt wird. Für den Investor hat der Erwerb aus der Insolvenz den Vorteil, dass er keine Altverbindlichkeiten mit übernehmen muss, verschiedene gesetzliche Haftungstatbestände ihm gegenüber nicht eingreifen und bei der Übernahme von Vertragsverhältnissen leichter eine Auswahl getroffen werden kann, da der Insolvenzverwalter erleichterte Möglichkeiten hat, laufende Verträge zu beenden und die Vertragspartner auf die Insolvenzquote zu verweisen. Dabei ist realistisch anzuerkennen, dass auch die Mitbestimmung zu den Umständen gehört, welche Investoren vielfach im Rahmen der übertragenden Sanierung nicht mit übernehmen möchten.

Neben Vermögensgegenständen, die schon vorher zum Schuldnervermögen gehört haben, kann der Insolvenzverwalter **Ansprüche aus Insolvenzanfechtung und Haftungsansprüche** aus der Verletzung von Pflichten im Zusammenhang mit der Insolvenz geltend machen und damit für eine zusätzliche Anreicherung der Insolvenzmasse sorgen.

Insolvenzrechtlich anfechtbar sind insbesondere Zahlungen, die an Personen erbracht wurden, die im Zeitpunkt der Zahlung wussten, dass die Schuldnergesellschaft bereits zahlungsunfähig war, aber auch Leistungen ohne Gegenleistung. Die Anfechtungsfristen erfassen dabei Vorgänge, die bis zu 10 Jahre vor der Insolvenzantragstellung

gelegen haben können. Nachdem sich gerade hinsichtlich des Tatbestands der Vorsatzanfechtung, für den die längste Anfechtungsfrist gilt, die Rechtsprechung in den vergangenen Jahren zugunsten der Insolvenzverwalter entwickelt hat, hat der Gesetzgeber nach langer Diskussion mit Wirkung für Insolvenzverfahren, die ab dem 5. April 2017 eröffnet werden, einige Detailanpassungen im Anfechtungsrecht vorgenommen. Inwieweit sich dadurch echte Veränderungen in der rechtlichen Praxis der Insolvenzanfechtung ergeben, bleibt abzuwarten.

Als Haftungsansprüche kommen insbesondere solche gegen Organträger wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht (§§ 823 BGB, 15a InsO) oder des Zahlungsverbots bei Vorliegen eines zwingenden Insolvenzgrundes (für die AG: § 92 Abs. 2 S. 1 und 2, 93 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 Nr. 6 AktG) in Betracht. In der Praxis werden solche Ansprüche häufig erst in einem späteren Verfahrensstadium durch den Verwalter geltend gemacht, der zunächst noch auf Informationen und sonstige Mitwirkungshandlungen der beteiligten Personen angewiesen sein kann. Bis zum Abschluss des Verfahrens sollten sich insoweit auch die Aufsichtsräte des Risikos einer Inanspruchnahme bewusst bleiben und insbesondere jegliche Dokumente sammeln, die zur Verteidigung gegen solche Ansprüche geeignet sein können.

4. Beendigung des Insolvenzverfahrens

Wenn die Verwertung des Schuldnervermögens abgeschlossen ist, kann die Auszahlung der Insolvenzquote an die Gläubiger mit festgestellten Insolvenzforderungen im Rahmen der **Schlussverteilung** (§ 196 InsO) erfolgen. In aller Regel erhalten die Insolvenzgläubiger – einschließlich der Arbeitnehmer, soweit sie Insolvenzforderungen geltend gemacht haben - dann erst- und einmalig eine Zahlung. Von der gesetzlich bestehenden Möglichkeit von Abschlagsverteilungen im laufenden Verfahren (vgl. § 187 Abs. 2 InsO) wird nur selten Gebrauch gemacht.

Als Grundlage für die Schlussverteilung müssen dann auch alle noch bestehenden **Unsicherheiten bezüglich der anzuerkennenden Insolvenzforderungen** geklärt werden. So müssen beispielsweise Gläubiger, denen eine Sicherheit für ihre als Insolvenzforderung angemeldete Forderung gestellt worden war, nachweisen, ob und inwieweit die Verwertung der Sicherheit nicht ausgereicht hat, um die Forderung in voller Höhe zu befriedigen (der sog. „Ausfall“, § 190 InsO).

Zum Abschluss des Insolvenzverfahrens findet noch einmal eine Gläubigerversammlung statt, in der die Gläubiger die Möglichkeit haben, Einwendungen gegen einerseits die Schlussrechnung des Insolvenzverwalters und andererseits das Schlussverzeichnis als Grundlage der Schlussverteilung zu erheben (**Schlussstermin**, § 197 InsO).

Wenn die Schlussverteilung vorgenommen wurde, beschließt das Insolvenzgericht die Aufhebung des Insolvenzverfahrens (§ 200 InsO). Eine juristi-

sche Person wie die AG oder GmbH ist mit **Aufhebung des Insolvenzverfahrens** nicht automatisch erloschen, da allerdings regelmäßig kein Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden ist, kommt eine Löschung von Amts wegen auf Grund Vermögenslosigkeit in Betracht.

Abweichende Regelungen sowohl für die Zahlungen an die Insolvenzgläubiger als auch bezüglich der Folgen der Verfahrensaufhebung können aber durch einen Insolvenzplan getroffen werden (hierzu noch ausführlich unter IV.A.).

B. Kompetenzen des Insolvenzverwalters und der Gläubigerorgane

Hinsichtlich der Kompetenzverteilung im Insolvenzverfahren ist zunächst zu unterscheiden zwischen dem Insolvenzantragsverfahren und dem eröffneten Insolvenzverfahren. Betrachtet wird dabei hier zunächst weiterhin das Regelinsolvenzverfahren, zu den Besonderheiten bei der Eigenverwaltung s. unten IV.B.

1. Vorläufiger Insolvenzverwalter

Ob ein vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzt wird und welche Kompetenzen dieser erhält, liegt im **Ermessen des Insolvenzgerichts** (vgl. § 21 InsO⁶). Bei einem laufenden Geschäftsbetrieb erscheint es allerdings kaum zu rechtfertigen, auf die Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters gänzlich zu verzichten.

Das Insolvenzgericht hat die Möglichkeit, dem vorläufigen Insolvenzverwalter bereits die volle Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners zu geben. In diesem Fall haben die Mitglieder des Vertretungsorgans des Schuldners keine rechtliche Befugnis mehr, Verbindlichkeiten für den Schuldner einzugehen, Vermögensgegenstände des Schuldners zu übereignen oder in sonstiger Weise rechtlich auf die zukünftige Insolvenzmasse einzuwirken. Man spricht daher auch vom „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter. Im Beschluss über die Einsetzung des

vorläufigen Verwalters erkennt man diese Gestaltung daran, dass ein „**allgemeines Verfügungsverbot**“ angeordnet wird. Durch Handlungen des „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters werden bereits im Insolvenzantragsverfahren Forderungen begründet, die später als Masseverbindlichkeiten in voller Höhe aus der Insolvenzmasse erfüllt werden müssen (§ 55 Abs. 2 InsO). Folgewirkung des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter ist eine entsprechende Beschränkung der Aufsichts- und Kontrollfunktionen des Aufsichtsrats. Die Kompetenz des Aufsichtsrats erstreckt sich gerade nicht auf eine Überwachung der Tätigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, dieser unterliegt ausschließlich der Kontrolle durch Insolvenzgericht und Gläubiger.

In der Praxis weitaus häufiger als die „starke“ vorläufige Insolvenzverwaltung ist der Fall, dass das Insolvenzgericht anordnet, dass Verfügungen des Schuldners nur noch mit „Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam“ sind. Dieser **Zustimmungsvorbehalt** kennzeichnet die auch als „schwache“ vorläufige Insolvenzverwaltung bezeichnete Gestaltung. Jede Auszahlung oder sonstige Rechtshandlung, durch die ein zur Insolvenzmasse gehörender Vermögensgegenstand auf einen anderen übertragen oder belastet werden soll, erfordert dabei weiterhin eine entsprechende Willenserklärung durch das jeweilige Vertretungsorgan der Schuldnergesellschaft. Rechtliche Wirkung bekommt diese Erklärung jedoch nur, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter auch seine Zustimmung gibt. Im Ergebnis erfordert die Weiterführung des Geschäftsbetriebes in dieser Situation eine umfassende Abstimmung und Zusammenarbeit zwischen dem Geschäftsführungsorgan und dem vorläufigen Insolvenzverwalter. Regelmäßig wird daher auch der „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter bereits einen starken und aktiven Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen und nicht abwarten, welche Handlungsweisen ihm von der Geschäftsführung zur Zustimmung vorgeschlagen werden.

Unter Umständen kann es generell ausreichen und erwünscht sein, lediglich einen „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter einzusetzen, während für ein bestimmtes Geschäft aber dem Vertragspartner eine Absicherung dadurch gegeben werden soll, dass dessen Forderung eine Masseverbindlichkeit wird. Für diesen Fall ist von der Rechtsprechung anerkannt, dass das Insolvenzgericht dem „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter durch eine sogenannte Einzelermächtigung gestatten kann, in einem konkreten Fall oder einer Fallgruppe von Geschäften Masseverbindlichkeiten zu begründen (wobei dann teilweise von einem „halbstarken“ vorläufigen Insolvenzverwalter gesprochen wird).

Da der vorläufige Insolvenzverwalter für eine Fortführung des Geschäftsbetriebs auf eine Kooperation mit den Arbeitnehmern angewiesen ist, wird

6 § 21 InsO Anordnung vorläufiger Maßnahmen

(1) ¹Das Insolvenzgericht hat alle Maßnahmen zu treffen, die erforderlich erscheinen, um bis zur Entscheidung über den Antrag eine den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten. ²Gegen die Anordnung der Maßnahme steht dem Schuldner die sofortige Beschwerde zu.

(2) ¹Das Gericht kann insbesondere

– 1. einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen, für den § 8 Abs. 3 und die §§ 56, 56a, 58 bis 66 entsprechend gelten;
– 1a. einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, für den § 67 Absatz 2 und die §§ 69 bis 73 entsprechend gelten; zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses können auch Personen bestellt werden, die erst mit Eröffnung des Verfahrens Gläubiger werden;
– 2. dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegen oder anordnen, daß Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind; [...]

er auf den Betriebsrat zugehen. Eine rechtliche Möglichkeit der Einflussnahme auf den vorläufigen Insolvenzverwalter durch den Aufsichtsrat besteht nicht.

2. Insolvenzverwalter

Auf den Insolvenzverwalter geht mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis** über die Insolvenzmasse über (§ 80 InsO). Die Insolvenzmasse setzt sich zusammen aus dem gesamten Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt (§ 35 InsO). Der Ausschluss unpfändbarer Gegenstände (§ 36 InsO) spielt dabei in der Insolvenz juristischer Personen regelmäßig keine Rolle.

Eine Unterscheidung zwischen „starken“ und „schwachen“ Verwaltern gibt es im eröffneten Insolvenzverfahren nicht mehr. Geringere Kompetenzen gegenüber dem („endgültigen“) Insolvenzverwalter hat der bei Anordnung von Eigenverwaltung eingesetzte Sachwalter (ausführlich zur Eigenverwaltung noch unten).

Zur Verwaltung der Insolvenzmasse gehört insbesondere die Fortführung eines von der Schuldnergesellschaft betriebenen Unternehmens. Dem Insolvenzverwalter steht damit grundsätzlich die **Geschäftsführungsbefugnis** zu (vgl. Ströhm/ Längsfeld, NZI 2013, 271, 272), er verdrängt insoweit den Vorstand/die Geschäftsführer.

Auf den Insolvenzverwalter geht auch die Arbeitgeberfunktion über. Insbesondere Kündigungen können daher im eröffneten Insolvenzverfahren nur noch durch den Insolvenzverwalter ausgesprochen werden. Die betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechte bleiben dabei erhalten.

3. Gläubigerversammlung

Vor dem Hintergrund, dass es sich beim Insolvenzverfahren der Konzeption nach um ein Gesamtvollstreckungsverfahren handelt, spielen die Gläubigerinteressen eine bedeutsame Rolle. Dementsprechend ist nicht nur der Insolvenzverwalter verpflichtet, im Gesamtinteresse der Gläubiger zu handeln, sondern es werden den Gläubigern verschiedene maßgebliche eigene Entscheidungs- und Einflussnahmemöglichkeiten eingeräumt. Nachdem schon die Insolvenzordnung insoweit eine Weiterentwicklung der Gläubigerautonomie enthielt, wurde diese auch mit den jüngsten Änderungen durch das ESUG weiter gestärkt.

Sämtliche Gläubiger sind dabei in der Gläubigerversammlung repräsentiert. Die Gläubigerversammlung wird vom Insolvenzgericht einberufen. Gesetzlich vorgesehen sind Gläubigerversammlungen zu Beginn des Verfahrens als Berichtstermin (§ 156 InsO) und Prüfungstermin (§ 176 InsO) sowie zum Abschluss des Verfahrens hin zur Entgegennahme der Rechnungslegung des Insolvenzverwalters, Entscheidung über das Schlussverzeichnis sowie etwaige nicht verwertbare Gegenstände der

Insolvenzmasse (§§ 197, 66 InsO). Darüber hinaus ist die Einberufung einer Gläubigerversammlung vorgesehen, wenn über besonders bedeutsame Rechtshandlungen (wie eine Veräußerung des gesamten Unternehmens oder Warenlagers) zu entscheiden ist und kein Gläubigerausschuss eingesetzt ist (§ 160 InsO) oder wenn über einen Insolvenzplan zu beschließen ist (§§ 235, 241 InsO). Daneben besteht die Möglichkeit für den Insolvenzverwalter, den Gläubigerausschuss sowie ein Quorum der Gläubiger, die Einberufung einer zusätzlichen Gläubigerversammlung zu beantragen, mit der Folge, dass das Insolvenzgericht zur Einberufung verpflichtet ist. Schließlich kann das Insolvenzgericht auch nach eigenem Ermessen weitere Gläubigerversammlungen einberufen. Dagegen findet eine Gläubigerversammlung nicht statt, wenn das Insolvenzverfahren im schriftlichen Verfahren geführt wird – was allerdings nur bei überschaubaren Vermögensverhältnissen und einer geringen Zahl der Gläubiger oder Höhe der Forderungen möglich ist (vgl. § 5 InsO) und daher bei einer Unternehmensinsolvenz mit laufendem Geschäftsbetrieb nicht aktuell wird.

Zu den wichtigsten Entscheidungskompetenzen der Gläubigerversammlung gehört die Entscheidung über die Person des Insolvenzverwalters. Allerdings besteht für die Abwahl des eingesetzten Verwalters eine hohe Hürde, da zugleich eine konkrete Person als neuer Insolvenzverwalter bestimmt werden muss und sowohl eine Mehrheit nach Forderungshöhe als auch nach Köpfen der abstimmenden Insolvenzgläubiger für den neuen Insolvenzverwalter erreicht werden muss (vgl. § 57 InsO). Die Möglichkeit der Verwalterneuwahl besteht nur in der ersten Gläubigerversammlung. Allerdings ist auch dies ein relativ später Zeitpunkt, da zwischen Insolvenzantrag und erster Gläubigerversammlung regelmäßig mehrere Wochen bis zu sechs Monaten vergehen. Gerade wenn es um die Fortführung eines laufenden Geschäftsbetriebes geht, müssen die maßgeblichen Entscheidungen in diesem Zeitraum praktisch schon getroffen sein. Die Wahl eines anderen Insolvenzverwalters durch die Gläubigerversammlung stellt daher einen seltenen Ausnahmefall dar. Umso mehr wurde in der Vergangenheit die Forderung erhoben, den Gläubigern bereits bei der Auswahl des zunächst vorläufigen Insolvenzverwalters eine Einflussnahme zu ermöglichen. Dies wurde durch das ESUG mit einer entsprechenden Regelung zu Gunsten des vorläufigen Gläubigerausschusses umgesetzt (hierzu sogleich unter 4.).

Weitere Kompetenzen der Gläubigerversammlung betreffen die Entscheidung über wesentliche Weichenstellungen im Verfahren. So liegt (jedenfalls formal) die Entscheidung darüber, ob der Geschäftsbetrieb im Insolvenzverfahren fortgeführt oder stillgelegt werden soll, bei der Gläubigerversammlung (§ 157 InsO). Zu bestimmten Rechtsgeschäften bedarf der Insolvenzverwalter der **Zustim-**

mung der Gläubigerversammlung jedenfalls dann, wenn kein Gläubigerausschuss eingesetzt ist (§ 160 InsO). Dies gilt insbesondere für die Veräußerung des Geschäftsbetriebs oder Teilen davon oder für die Aufnahme wesentlicher Darlehen. Allein die Gläubigerversammlung ist zustimmungsberechtigt, wenn es um die Veräußerung des Geschäftsbetriebes an eine sog. nahestehende Person geht (§ 161 InsO) oder wenn geltend gemacht wird, dass es sich bei der angestrebten Verwertung nicht um die wirtschaftlich günstigste Lösung handelt, also eine Veräußerung unter Wert vorgenommen werden soll (§ 163 InsO).

Teilnahmeberechtigt an der Gläubigerversammlung sind grundsätzlich nur Verfahrensbeteiligte, die Versammlung ist also nicht öffentlich. Ausdrücklich zugelassen sind alle absonderungsberechtigten Gläubiger, alle Insolvenzgläubiger, der Insolvenzverwalter, die Mitglieder des Gläubigerausschusses und der Schuldner (§ 74 Abs. 1 S. 2 InsO). An die Stelle des Schuldners treten bei juristischen Personen die Mitglieder des Vertretungsorgans, die sich auch durch Bevollmächtigte vertreten lassen können. Anerkannt ist, dass das Insolvenzgericht nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Personen zulassen kann. Mitgliedern des Aufsichtsrates der Schuldnergesellschaft sollte daher regelmäßig eine Teilnahme gestattet werden, insbesondere dann, wenn eine Sanierung durch einen Insolvenzplan nicht ausgeschlossen erscheint. Stimmrecht in der Gläubigerversammlung haben dagegen nur Personen, die eine Insolvenzforderung angemeldet haben.

4. (Vorläufiger) Gläubigerausschuss

Wie sich schon aus der mehrfachen Erwähnung im vorhergehenden Abschnitt entnehmen lässt, stellt insbesondere der Gläubigerausschuss einen wichtigen Faktor im Insolvenzverfahren und die praktisch meist spürbarste **Möglichkeit der Einflussnahme der Gläubiger auf die Gestaltung des Insolvenzverfahrens dar**.

Während nach dem ursprünglichen Wortlaut der Insolvenzordnung die Einsetzung eines Gläubigerausschusses durch die erste Gläubigerversammlung vorgesehen war, zeigte sich in der Praxis der Bedarf, schon für den Zeitraum bis zur ersten Gläubigerversammlung ein Gläubigerorgan zu schaffen, das in wichtige Entscheidungen einbezogen werden kann. Anerkannt war daher die Möglichkeit des Gerichts, einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen, der dann durch die Gläubigerversammlung bestätigt, aufgehoben oder personell umbesetzt werden konnte. Mit dem ESUG ist der Gesetzgeber nun noch ein Stück weiter gegangen und sieht die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses unter bestimmten Umständen als die erste Maßnahme des Insolvenzgerichts nach Stellung eines Insolvenzantrages vor (vgl. §§ 21 Abs. 2 Nr. 1a, 22a InsO).

Wesentliche Aufgabe des Gläubigerausschusses, der vor diesem Hintergrund vielfach in seiner Rolle mit der des Aufsichtsrates verglichen wird (beispielsweise Seagon in Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 4. Aufl. 2014, § 24 Rn. 50), ist die **Kontrolle des Insolvenzverwalters**.

In seiner personellen Besetzung soll der Gläubigerausschuss die verschiedenen Interessengruppen unter den Insolvenzgläubigern widerspiegeln. Dabei hat jedes einzelne Mitglied des Gläubigerausschusses bei seinen Entscheidungen in diesem Gremium nicht seine persönlichen Einzelinteressen, sondern das **Gesamtinteresse der Gläubiger** in den Vordergrund zu stellen. Ist ein Gläubigerausschussmitglied von einer bestimmten Entscheidung besonders betroffen, beispielsweise wenn es um die Frage geht, ob gegen diesen Gläubiger eine Anfechtungs- oder Haftungsklage erhoben werden soll, besteht ein Stimmverbot. Die Gläubigerausschussmitglieder sind auch zur Vertraulichkeit verpflichtet, dürfen die von ihnen erlangten Informationen also nicht ohne weiteres außerhalb des Gremiums zu eigenen Zwecken verwenden.

Dem Gläubigerausschuss soll in jedem Fall ein **Vertreter der Arbeitnehmer** angehören (§ 67 Abs. 2 S. 2 InsO). Die frühere Beschränkung auf diejenigen Fälle, in denen die Arbeitnehmer nicht unerhebliche Ansprüche auf rückständiges Arbeitsentgelt haben, ist durch das ESUG gestrichen worden. Eine Regelung darüber, welche Person als Arbeitnehmervertreter in den Gläubigerausschuss zu entsenden ist, gibt es nicht. Insbesondere hat der Betriebsratsvorsitzende oder ein anderes Betriebsratsmitglied kein gesondertes Recht auf Teilnahme am Gläubigerausschuss (ein entsprechender Vorschlag der SPD-Fraktion wurde nicht übernommen). Es findet damit auch hier eine Ermessensentscheidung des Insolvenzgerichts ohne Bindung an Vorschläge statt.

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haften den übrigen Verfahrensbeteiligten für die ordnungsgemäße Erfüllung ihrer Pflichten. Dies gilt beispielsweise für die Überwachung der Kasseneröffnung durch den Insolvenzverwalter. So kann es zu einer (Mit-)Haftung der **Gläubigerausschussmitglieder** kommen, wenn der Insolvenzverwalter Gelder veruntreut und der Gläubigerausschuss nicht einschreitet, obwohl ihm dies hätte auffallen müssen (vgl. BGH, NZI 2015, 799). Absolut üblich ist vor dem Hintergrund der persönlichen Haftung der Abschluss einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung zu Gunsten der Gläubigerausschussmitglieder, deren Kosten als Auslagen für den Gläubigerausschuss aus der Insolvenzmasse bezahlt werden (jedenfalls in größeren Verfahren mit Unternehmensfortführung und besonderen Haftungsrisiken). Das einzelne Gläubigerausschussmitglied ist auch berechtigt, seine Ausschussmitgliedschaft vom Bestehen einer solchen Haftpflichtversicherung abhängig zu machen (BGH, ZIP 2012, 876 = ZInsO 2012, 826).

Neu mit dem ESUG eingeführt wurde die grundsätzliche Verpflichtung des Insolvenzgerichts, dem vorläufigen Gläubigerausschuss vor der Bestellung des Insolvenzverwalters Gelegenheit zu geben, sich zu den Anforderungen, die an den Verwalter zu stellen sind, und zur **Person des Verwalters** zu äußern (§ 56a Abs. 1 InsO). Können sich die Mitglieder des Gläubigerausschusses auf einen einstimmigen Vorschlag hinsichtlich der Person des Insolvenzverwalters verständigen, darf das Gericht von diesem Vorschlag sogar nur dann abweichen, wenn die vorgeschlagene Person ungeeignet ist (§ 56a Abs. 2 InsO).

Ob ein vorläufiger Gläubigerausschuss eingesetzt wird, hängt zunächst davon ab, ob die Größenkriterien für die **verpflichtende Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses** erfüllt sind. Nach § 22a Abs. 1 InsO - ist dies der Fall bei Erfüllung von zwei von drei der nachfolgenden Kriterien:

- Bilanzsumme mindestens 4,84 Mio. EUR,
- Umsatzerlöse im letzten Jahresabschluss mindestens 9,68 Mio. EUR,
- mindestens 50 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt.

Das Insolvenzgericht ist in diesem Fall bei einem noch laufenden Geschäftsbetrieb zur Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses verpflichtet. Hinsichtlich der in Betracht kommenden Personen kann das Gericht vom Schuldner (oder, falls ein solcher bereits eingesetzt wurde, dann auch vom vorläufigen Insolvenzverwalter) Vorschläge anfordern (§ 22a Abs. 4 InsO).

Auch wenn die Größenkriterien nicht erreicht werden, „soll“ das Gericht einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, wenn es vom Schuldner, dem vorläufigen Insolvenzverwalter oder einem Gläubiger beantragt wird und der Antragsteller insoweit „Vorarbeit“ geleistet hat, dass er bereits konkrete Personen im Hinblick auf ihre Bereitschaft zur Mitwirkung im vorläufigen Gläubigerausschuss angesprochen hat und entsprechende Einverständniserklärungen vorlegen kann (§ 22a Abs. 2 InsO).

C. (Rest-)Kompetenzen des AR

Im Hinblick auf die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen den insolvenzrechtlichen Akteuren und den Gesellschaftsorganen werden üblicherweise zwei oder drei Bereiche unterschieden (grundsätzlich Weber, KTS 1970, 73).

Der sog. **Verdrängungsbereich** umfasst dabei diejenigen Aufgabenfelder, die vollständig auf die insolvenzrechtlichen Akteure übergehen. Dies betrifft die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse (zu welcher regelmäßig das gesamte Gesellschaftsvermögen gehört). Die-

se geht in vollem Umfang auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 InsO). Der Insolvenzverwalter wird seinerseits bei seiner Tätigkeit durch das Insolvenzgericht und die Gläubiger überwacht, nicht aber durch die gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Überwachungsorgane.

Daneben spricht man vom sog. **Schuldnerbereich**, der zunächst die in der Insolvenzordnung vorgesehenen eigenen Rechte und Verpflichtungen des Schuldners umfasst. Zum Schuldnerbereich gehören daneben die Verwaltung und Verwertung eines etwaigen insolvenzfremden Vermögens, welches sich in der Insolvenz einer juristischen Person regelmäßig nur im Fall einer Freigabe ergibt, sowie die Vornahme von Geschäften ohne Auswirkung auf die Insolvenzmasse („insolvenzneutrale“ Geschäfte). Genannt werden hierfür insbesondere:

- Satzungsänderungen
- Umwandlungsmaßnahmen
- Umfirmierung
- Kapitalmaßnahmen
- Sitzverlegung
- Anmeldungen zum Handelsregister

Unterschiedlich beurteilt wird die Frage, ob es zudem einen Überschneidungsbereich gibt, in dem sowohl der Insolvenzverwalter als auch die Gesellschaftsorgane handlungsbefugt, aber zur Kooperation verpflichtet sind.

Ausgehend von diesem theoretischen Ansatz stellt sich für die Praxis die Frage, welche konkreten Aufgaben tatsächlich für den Aufsichtsrat verbleiben.

1. Abberufung und Neubestellung von Vorstandsmitgliedern

Auch im Fall der Insolvenz obliegt die **Abberufung und Neubestellung** von Vorstandsmitgliedern dem Aufsichtsrat. Dabei gelten die allgemeinen aktienrechtlichen Vorgaben. Insbesondere ist die Jahresfrist für Aufsichtsratsbeschlüsse über die Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern nach § 84 Abs. 1 S. 3 AktG zu beachten (AG Duisburg, NZI 2008, 621).

Auch in denjenigen Bereichen, in denen Kompetenzen der Gesellschaftsorgane bestehen bleiben, ist anerkannt, dass diese auf die Interessen der Gläubiger Rücksicht zu nehmen haben. Dies ergibt sich aus der Zweckänderung der Gesellschaft in Folge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (vgl. Klöhn, NZG 2013, 81, 83 m.w.N.; OLG Hamm, NZG 2002, 178, 180).

Die Personalkompetenz des Aufsichtsrates erstreckt sich allerdings nicht auf die Befugnis zum Abschluss eines Anstellungsvertrages mit den Vorstandsmitgliedern, da dieser die Insolvenzmasse betrifft. Der **Abschluss des Anstellungsvertrages** fällt daher in den Kompetenzbereich des Insolvenzverwalters. Wirksam sein kann ein vom Aufsichts-

rat abgeschlossener Anstellungsvertrag allein zu Lasten eines etwaig vorhandenen insolvenzfreien Vermögens. Schon aus diesem Grund wird regelmäßig eine Verständigung auch mit dem Insolvenzverwalter im Vorfeld erforderlich sein, wenn Vorstände während des laufenden Insolvenzverfahrens erneut oder neu zu bestellen sind.

Für den Fall, dass kein wirksam bestelltes Vorstandsmitglied mehr vorhanden ist, ist auf Antrag bis zur wirksamen Neubestellung ein **Verfahrenspfleger** gerichtlich einzusetzen. Der Verwalter kann über die Organstellung nicht verfügen (vgl. BGH, NJW 1981, 1097). Der Verfahrenspfleger übernimmt bis zu einer wirksamen Neubestellung eines Vorstands die Erfüllung der dem Vorstand verbleibenden Aufgaben im insolvenzfreien Bereich, die Vertretung des Schuldners gegenüber dem Insolvenzverwalter sowie die Erfüllung des Auskunfts- und Mitwirkungspflichten. Dies gilt sowohl für den Fall, dass die AG schon bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohne gesetzlichen Vertreter ist (BayObLG, ZIP 1988, 1119, 1120 f.) als auch bei einem späteren Wegfall des letzten Vorstandsmitglieds (vgl. AG Duisburg, NZI 2008, 621).

2. Überwachung der Geschäftsführung?

Eine Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat findet im Insolvenzverfahren **typischerweise nicht mehr** statt. Die Geschäftsführung der Schuldnergesellschaft wird durch den Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter gerade den Gesellschaftsorganen entzogen, dies ist der Kern des sog. Verdrängungsbereiches.

Lediglich insoweit, wie im Einzelfall Aufgaben der Geschäftsführung nach wie vor beim Vorstand liegen, kommt ausnahmsweise weiterhin eine Kontrollfunktion des Aufsichtsrates in Betracht. Praktisch erscheint dies allerdings nur dann denkbar, wenn der Insolvenzverwalter Gegenstände aus der Insolvenzmasse freigibt. Anlass für eine solche Freigabe an den Schuldner kann insbesondere eine Unverwertbarkeit sein, wie sie beispielsweise bei einem kontaminierten Betriebsgrundstück vorliegen kann.

3. Vergütung des Aufsichtsrats in der Insolvenz

Anders als für die Vorstandsvergütung (§ 97 Abs. 3 AktG beschränkt den Schadenersatzanspruch des Vorstandsmitglieds, dessen Anstellungsvertrag durch den Insolvenzverwalter gekündigt wird, auf zwei Jahresgehälter) besteht für die Vergütung des Aufsichtsrates **keine ausdrückliche Regelung** für den Insolvenzfall.

Zu beachten ist dabei zunächst der grundsätzliche Unterschied zwischen der Ausgestaltung der Vorstandsstellung durch Bestellung und Anstellungsvertrag gegenüber der einheitlich durch die Bestellung gestalteten Stellung des Aufsichtsratsmitglieds. Die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder ergibt sich dabei regelmäßig aus der Satzung, der Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat oder

aber aus einem Beschluss der Hauptversammlung. Daraus folgt, dass eine Kündigung der Vergütungsvereinbarung nicht in Betracht kommt.

Gleichwohl wird weitgehend davon ausgegangen, dass die Aufsichtsratsmitglieder für ihre Tätigkeit nach Eröffnung des Verfahrens aus der Insolvenzmasse **keine Vergütung** beanspruchen können (vgl. KG, ZIP 2005, 1553). Begründet wird dies mit einem Umkehrschluss aus § 97 Abs. 3 AktG bzw. dem Fehlen einer positiven Regelung zu Gunsten der Aufsichtsratsmitglieder. Verwiesen wird zudem auf die Regelung in § 113 Abs. 1 S. 3 AktG, wonach die Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds in einem angemessenen Verhältnis zu seinen Aufgaben und zur Lage der Gesellschaft stehen soll. Da dem Aufsichtsrat aber in der Insolvenz keine laufenden Aufgaben von Gewicht mehr zufallen, während sich die Vermögenslage der Gesellschaft stark verschlechtert hat, müssten die Vergütungsansprüche der Aufsichtsratsmitglieder untergehen, und zwar auch unabhängig davon, ob der Mandatsträger vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens haupt- oder nebenberuflich tätig war (vgl. Oechsler, AG 2006, 606, 607 f. m.w.N.). Im Ergebnis wird man hier nach den Umständen im jeweiligen Verfahren differenzieren müssen. Während im Fall der Abwicklung der Gesellschaft dem Aufsichtsrat tatsächlich keine weitergehenden Aufgaben zukommen dürften, die einen Anspruch auf fortdauernde Vergütung rechtfertigen könnten, wird man dies jedenfalls bei einer angestrebten Fortsetzung der Gesellschaft auf der Grundlage eines Insolvenzplans anders sehen müssen. Angesichts der jedenfalls verbleibenden Unsicherheit sollte die Thematik der Vergütung aus der Masse in diesen Fällen ausdrücklich angesprochen und mit den insolvenzrechtlich handlungsbefugten Personen abgestimmt werden.

In Betracht kommt daneben ein **Vergütungsanspruch gegen das insolvenzfreie Vermögen**. Da das insolvenzfreie Vermögen einer Handelsgesellschaft nur aus unpfändbaren oder vom Insolvenzverwalter freigegebenen Gegenständen bestehen kann, wird dies praktisch im Regelfall keine wirtschaftliche Bedeutung haben. Ist im Einzelfall aber ausnahmsweise werthaltiges insolvenzfreies Vermögen vorhanden, auf welches sich dann ja auch die Aufsichtspflicht des Aufsichtsrates erstreckt, kann unter Berücksichtigung der Wertungen des § 113 Abs. 1 S. 3 AktG hieraus auch eine Vergütungszahlung gerechtfertigt sein (vgl. Oechsler, AG 2006, 606, 608).

Rückständige Bezüge der Aufsichtsratsmitglieder, die sich auf die Zeit vor Insolvenzeröffnung beziehen, stellen einfache Insolvenzforderungen dar. Entsprechende Forderungen müssen daher gegebenenfalls zur Insolvenztabelle angemeldet werden.

Sind zwischen einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern und der Gesellschaft **zusätzliche Dienst-, Werk- oder Geschäftsbesorgungsverträge** geschlossen worden, gelten die allgemeinen insol-

venzrechtlichen Bestimmungen über Vertragsverhältnisse (§§ 103 ff InsO). Es liegt danach vorrangig in der Entscheidungsmacht des Insolvenzverwalters, ob solche Verträge fortgeführt werden. Ist dies nicht der Fall, kann ein Ausfallschaden wiederum nur als Insolvenzforderung geltend gemacht werden.

Bezüglich des Anspruchs auf **Auslagenersatz** für Aufsichtsratsmitglieder gilt zunächst der allgemeine Grundsatz, dass Ansprüche für die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens einfache Insolvenzforderungen darstellen. Für Auslagen, die für Tätigkeiten nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehen, wird ein Erstattungsanspruch gegen die Insolvenzmasse teilweise abgelehnt, da der Aufsichtsrat weder für den Insolvenzverwalter noch im Interesse der Masse tätig werde und auch dem Schuldner für seine Mitwirkung im Verfahren regelmäßig kein Aufwändungsersatz zustehe (vgl. Oechsler, AG 2006, 606, 609). Teilweise wird jedoch auch ein Auslagenersatzanspruch als Masseverbindlichkeit jedenfalls in dem Umfang befürwortet, wie die Auslagen für die Erbringung der im Insolvenzverfahren beim Aufsichtsrat verbliebenen Aufgaben tatsächlich erforderlich sind. Soweit eine Tätigkeit des Aufsichtsrats bezüglich bestimmter Maßnahmen auch vom Insolvenzverwalter gewünscht wird, sollte mit diesem im Voraus abgestimmt werden, dass die entstehenden Auslagen übernommen werden.

D. Mitwirkungspflichten von Organträgern und Arbeitnehmern

1. Auskunftspflicht und Mitwirkungspflicht der Vorstandsmitglieder

Nach der Insolvenzordnung besteht für den Schuldner im eröffneten Insolvenzverfahren, aber auch schon im Insolvenzeröffnungsverfahren (vgl. die Verweise in §§ 20 Abs. 1 Satz 2, 22 Abs. 3 InsO) eine allgemeine und umfassende Auskunftspflicht (§§ 97 ff. InsO).

Im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Kapitalgesellschaft ist jedes **Mitglied des Vertretungsorgans** (Geschäftsführer der GmbH, Vorstand der Aktiengesellschaft, Vorstand eines Vereins) **oder des Aufsichtsorgans** (Aufsichtsrat) zur Auskunft verpflichtet (§ 101 Abs. 1 Satz 1 InsO).

Zur Auskunft (nicht zur darüber hinausgehenden Mitwirkung!) verpflichtet sind diese Personen zudem auch dann noch, wenn sie innerhalb der letzten zwei Jahre vor dem Insolvenzantrag aus diesem Amt ausgeschieden sind (§ 101 Abs. 1 Satz 2 InsO). Damit soll eine missbräuchliche Amtsniederlegung, die in der Praxis insbesondere bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu beobachten ist, zumindest eingegrenzt werden, indem der Insolvenzverwalter auf die betroffene Person jedenfalls als Informationsquelle weiterhin zugreifen kann.

Die Auskunftspflicht trifft schließlich auch den sogenannten **faktischen Geschäftsführer** der GmbH oder faktischen Vorstand der Aktiengesellschaft. Damit sind Personen gemeint, die ohne Bestellung als Organ der Gesellschaft tatsächlich entsprechende Funktionen wahrnehmen.

Die Auskunftspflicht besteht gegenüber dem Insolvenzgericht, dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter und dem Gläubigerausschuss. Gegenüber der Gläubigerversammlung ist der Schuldner nur auf Anordnung des Gerichts zur Auskunft verpflichtet. Einzelne Insolvenzgläubiger haben keinen direkten Anspruch auf Auskunftserteilung.

Eine **Vergütung** kann für die Erfüllung der verfahrensrechtlichen Auskunftspflicht und Mitwirkungspflichten nicht verlangt werden. Streitig ist, ob zumindest ein Aufwändungsersatzanspruch besteht.

Zur Herbeiführung wahrheitsgemäßer Aussagen kann das Insolvenzgericht eine **Versicherung an Eides Statt** (§ 98 Abs. 1 S. 1 InsO) verlangen. Möglich ist es zudem, den organschaftlichen Vertreter eines Schuldnerunternehmens gem. § 98 Abs. 2 InsO zwangsweise vorführen oder in **Haft** nehmen zu lassen, wenn die Auskunft, eidesstattliche Versicherung oder die Mitwirkung verweigert wird oder wenn der Schuldnervertreter sich der Erfüllung seiner Auskunftspflicht und Mitwirkungspflichten entziehen will, insbesondere Anstalten zur Flucht trifft.

Sowohl für das Eröffnungsverfahren als auch für das eröffnete Insolvenzverfahren gilt, dass organschaftliche Vertreter eines Schuldnerunternehmens auch Tatsachen zu offenbaren haben, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen (§§ 20 S. 2, 22 Abs. 3 S. 3, 101 Abs. 1 S. 1 und 2, 97 Abs. 1 S. 2 InsO). Jedoch darf eine Auskunft gemäß dieser Auskunftspflicht in einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten gegen den Auskunftspflichtigen oder einen seiner in § 52 Abs. 1 StPO bezeichneten Angehörigen nur mit dessen Zustimmung verwendet werden (§ 97 Abs. 1 S. 3 InsO). **Das Verwendungsverbot** bedeutet dabei, dass die erteilte Auskunft auch nicht als Grundlage für weitere Ermittlungen mit dem Ziel der Schaffung selbstständiger Beweismittel eingesetzt werden darf. Es geht damit über ein bloßes Verwendungsverbot hinaus, nach welchem im Strafprozess eine vom Schuldner oder einem organschaftlichen Vertreter des Schuldnerunternehmens erteilte Auskunft selbst nicht verwertet werden darf (vgl. LG Potsdam, Beschluss vom 24.04.2007 - 27 Ns 23/06; zu den verschiedenen Auffassungen bezüglich der Wirkungen im Einzelnen Bader, NZI 2009, 416).

Nicht vom Beweisverwertungs- und -verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 InsO umfasst sind unabhängig von der Auskunftspflicht erstellte Geschäftsunterlagen (vgl. LG Ulm, NJW 2007, 2056). Dies gilt insbesondere, soweit zu deren Führung eine gesetzliche Verpflichtung besteht, wie bei Handelsbüchern und Bilanzen (vgl. LG Stuttgart, NZI 2001, 498).

2. Auskunftspflicht der Arbeitnehmer

Eine **Auskunftspflicht** sieht die InsO für die Arbeitnehmer der Schuldnergesellschaft vor (§ 101 Abs. 2 i.V.m. § 97 Abs. 1 S. 1 InsO). Auch hier gilt dies nicht nur für noch aktive Arbeitnehmer, sondern erfasst auch diejenigen Personen, die bis zu zwei Jahre vor Insolvenzantragstellung ausgeschieden sind.

Weitergehende insolvenzrechtliche **Mitwirkungspflichten** bestehen für (ehemalige) Arbeitnehmer dagegen nicht. Insoweit ist der Insolvenzverwalter auf die ihm in der Rolle als Arbeitgeber zustehenden **Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag** verwiesen.

E. Möglichkeit der Abberufung und Ernennung neuer AR-Mitglieder

Wie bereits angesprochen führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gesellschaftsrechtlich zwar zur Auflösung der AG oder GmbH, die Gesellschaftsorgane und insbesondere der Aufsichtsrat bestehen jedoch weiter. Auch der Insolvenzverwalter hat keine Möglichkeit, den Aufsichtsrat aufzulösen (KG, ZIP 2005, 1553, 1555). Ob und ggf. wann die Stellung als Aufsichtsratsmitglied endet, ist daher für jedes Aufsichtsratsmitglied gesondert und ausgehend von den allgemeinen Regeln für die Dauer ihrer Bestellung zu beurteilen.

1. Beendigung der Aufsichtsratsstellung

Aufsichtsratsmitglieder können nicht für längere Zeit als bis zur Beendigung der Hauptversammlung bestellt werden, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach dem Beginn der Amtszeit beschließt (§ 102 Abs. 1 AktG). Auch wenn in der Insolvenz der Gesellschaft keine Hauptversammlung stattfindet, führt dies nicht etwa zu einer automatischen Verlängerung der Amtszeit. Vielmehr endet die Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat durch **Zeitablauf** spätestens in dem Zeitpunkt, in dem die Hauptversammlung über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr seit seinem Amtsantritt hätte beschließen müssen.

Vor Ablauf der in § 102 AktG, § 6 II MitbestG bezeichneten – in der Regel fünfjährigen – Amtszeit kann die Amtsstellung durch Abberufung enden. Das Abberufungsrecht steht dabei auch in der Insolvenz nicht dem Insolvenzverwalter zu. Vielmehr verbleibt das Recht zur Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner bei der Hauptversammlung (§ 103 I Abs. 1 AktG). In Bezug auf entsandte Aufsichtsratsmitglieder bleibt der Entsendeberechtigte abberufungsbefugt (§ 103 Abs. 2 S. 1 AktG). Das Recht zur Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer richtet sich nach § 23 MitbestG.

Auch das Aufsichtsratsmitglied selbst kann vor Ablauf der Amtszeit sein Amt in der Insolvenz der Gesellschaft vorzeitig durch Niederlegung beenden. Der Angabe eines wichtigen Grundes bedarf es hierfür nicht.

2. Neubestellung von Aufsichtsratsmitgliedern

Für die Zuständigkeit und das Verfahren der Neubestellung von Aufsichtsratsmitgliedern gelten auch in der Insolvenz der Gesellschaft die üblichen Regeln.

Die **Kosten** für die Bestellung eines Nachfolgers durch das zuständige Bestellungsorgan sind nicht aus der Insolvenzmasse aufzubringen. Dies gilt auch für die Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat. Die Kostentragung durch den „Unternehmer“ nach § 20 Abs. 3 S. 1 MitbestG wird dabei von manchen so verstanden, dass die AG selbst und nicht die Masse für die Kosten aufzukommen habe, andere halten die Norm in der Insolvenz nicht für anwendbar (vgl. Oechsler, AG 2006, 606, 611 m.w.N.).

Soweit die erforderliche Anzahl von Aufsichtsratsmitgliedern während des Insolvenzverfahrens nicht aufrechterhalten werden kann, ist eine gerichtlichen **Ersatzbestellung** nach § 104 AktG durchzuführen (vgl. KG, ZIP 2005, 1553). Das Antragsrecht besteht dabei zunächst für den Vorstand, die Aufsichtsratsmitglieder, die Aktionäre und bei einer mitbestimmten Gesellschaft für die in § 104 Abs. 1 S. 3 Nr. 1–7 AktG genannten Personen. Auch dem Insolvenzverwalter kommt ein Antragsrecht zu.

IV INSOLVENZRECHTLICHE SANIERUNGSTRUMENTE UND BETEILIGUNG DES AR

A. Erhaltung des Unternehmensträgers durch Insolvenzplan

1. Insolvenzplan als Gesamtvergleich

Durch einen Insolvenzplan kann, wie es in § 1 InsO heißt, eine von der im Regelverfahren vorzunehmenden vollständigen Verwertung des Schuldnervermögens und Erlösverteilung „**abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens**“ getroffen werden.

Regelmäßig wird ein Insolvenzplan ebenfalls eine **Quotenzahlung** an die Insolvenzgläubiger vorsehen. Wenn nicht alle Vermögensgegenstände der Schuldnergesellschaft verwertet werden, sondern diese zumindest teilweise für eine Fortführung des Geschäftsbetriebes genutzt werden, muss die Quotenzahlung auf andere Weise gewährleistet werden. Gelder können dabei aus einer Verwertung nicht betriebsnotwendiger Gegenstände, der Durchsetzung von (insbesondere insolvenzspezifischen Haftungs- oder Anfechtungs-)Ansprüchen oder der Betriebsfortführung im Insolvenz(antrags)verfahren stammen. Regelmäßig wird daneben eine Bereitstellung von Geldern zur Verteilung an

die Insolvenzgläubiger durch einen Investor erfolgen. Alternativ kann den Gläubigern auch eine spätere Zahlung aus den nach Abschluss des Insolvenzverfahrens erzielten Gewinnen zugesagt werden.

Anders als im Regelinsolvenzverfahren ist es jedoch möglich, **unterschiedliche Quoten** für verschiedene Gruppen von Insolvenzgläubigern vorzusehen. So können beispielsweise Vertragspartner vorrangig an einer Fortsetzung der Geschäftsbeziehung interessiert sein und sich daher mit einer geringeren Quotenzahlung auf ihre Altforderungen zufrieden geben. Auf der anderen Seite können beispielsweise Kleinforderungen auch vollständig befriedigt werden, um sich weitere Auseinandersetzungen mit den insoweit betroffenen Gläubigern zu ersparen, was durchaus zugleich im Interesse von Großgläubigern und Investoren liegen kann.

Entscheidend ist, dass eine **sachgerechte Abgrenzung der Gläubigergruppen** erfolgt.

Im Unterschied zum Abschluss eines Vergleichs mit den Gläubigern außerhalb eines Insolvenzverfahrens müssen dem Insolvenzplan nicht notwendigerweise alle betroffenen Gläubiger zustimmen. Statt dessen genügt bei der Abstimmung die Mehrheit innerhalb der jeweiligen Gläubigergruppe und die Zustimmung von Gläubigergruppen kann durch das Insolvenzgericht ersetzt werden, wenn die Mehrheit der Gruppen dem Plan zugestimmt hat und die widersprechenden Gläubiger durch den Plan voraussichtlich nicht schlechter gestellt werden als im Regelinsolvenzverfahren.

2. Der Ablauf des Insolvenzplanverfahrens im Überblick

Regelmäßig wird die Überlegung, einen Insolvenzplan zu erstellen, parallel zu den Prüfungen stattfinden, ob ein Insolvenzgrund vorliegt. Soweit hinreichend Vorbereitungszeit besteht, kann es sinnvoll sein, den Insolvenzplan dann auch schon **vor Antragstellung** vorzubereiten und zeitgleich mit dem Insolvenzantrag einzureichen. Insbesondere in diesem Fall, wenn ein Insolvenzplan durch den Schuldner vorgelegt wird, sind entsprechende Entwürfe ebenso wie Sanierungspläne, die auf eine Vermeidung der Insolvenz gerichtet sind, auch im Aufsichtsrat vorzustellen und zu diskutieren.

In vielen Fällen wird es allerdings nicht gelingen, einen (aussichtsreichen) Insolvenzplan schon in diesem Stadium vorzulegen. Da die Entscheidung über den Insolvenzplan bei den Gläubigern liegt, müssen deren Bereitschaft, an einem Plan mitzuwirken, und die zustimmungsfähigen Regelungen im Einzelnen mit den Gläubigern besprochen werden. Hierfür kann in der kritischen Phase, wenn Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung bereits eingetreten sind oder deren Eintritt sehr kurzfristig absehbar ist, schlicht die Zeit fehlen. Vielfach wird man sich aber auch davor scheuen, Gläubiger schon im Vorfeld auf die notwendige Insolvenzantragstellung hinzuweisen, da dies negative Reaktionen wie die Kündigung von Krediten oder

einen Lieferstopp zur Folge haben kann, wodurch sich die Chancen für eine Betriebsfortführung und nachfolgende Sanierung noch einmal erheblich verschlechtern können. In der Praxis werden daher meist nur bedeutende Gläubiger und auch diese nur sehr kurzfristig vor einer Insolvenzantragstellung bereits informiert.

Nach Stellung des Insolvenzantrages kann dagegen offen mit allen Beteiligten über die Möglichkeit eines Insolvenzplans gesprochen werden. Soweit im Vorfeld der Insolvenz ein Sanierungsplan zur Vermeidung einer Insolvenz diskutiert worden ist, kann möglicherweise teilweise hierauf zurückgegriffen werden. Streben der Schuldner bzw. dessen Gesellschafter einen Insolvenzplan an, werden diese entsprechend insolvenzrechtlich erfahrene Berater einsetzen, die dann auch schwerpunktmäßig die Erarbeitung des Insolvenzplans vornehmen.

Der ausgearbeitete Insolvenzplan ist beim **Insolvenzgericht** einzureichen. Das Gericht nimmt eine Vorprüfung vor, ob der Insolvenzplan bestimmte rechtliche Kriterien erfüllt und seine Bestätigung durch die Gläubiger nicht offensichtlich aussichtslos erscheint. Wird der Insolvenzplan nicht aus einem dieser Gründe zurückgewiesen, bekommen weitere Verfahrensbeteiligte die Gelegenheit, zu dem Insolvenzplan Stellung zu nehmen.

Die Befassung der Gläubiger mit dem Insolvenzplan erfolgt im Rahmen einer **Gläubigerversammlung**. Vor der Abstimmung wird dabei der Insolvenzplan noch einmal dargestellt und diskutiert (Erörterungstermin). Es ist allerdings möglich und regelmäßige Praxis, den Erörterungs- und den Abstimmungstermin zu verbinden.

Nach der Abstimmung durch die Gläubiger wird der Plan bei einem positiven Ergebnis durch das Gericht bestätigt.

Die **Aufhebung des Insolvenzverfahrens** kann im Anschluss erfolgen, wenn die Fristen für eine Beschwerde gegen die Bestätigung des Insolvenzplans abgelaufen sind.

3. Typische Argumente in der Abwägung für und gegen einen Insolvenzplan

Der wesentlichen Unterschied zwischen einer Sanierung durch Insolvenzplan und einer übertragenden Sanierung besteht in dem Erhalt des bestehenden Rechtsträgers im Fall des Insolvenzplans.

Dies kann den Insolvenzplan zunächst aus Sicht der **bisherigen Gesellschafter** interessant erscheinen lassen, da diese im Regelinsolvenzverfahren in aller Regel ihren Gesellschaftsanteil ohne Ausschüttung verlieren, während ihnen nach der Sanierung mittels eines Insolvenzplans die Aussicht auf eine Beteiligung an zukünftigen Gewinnen bleibt. Allerdings werden die Gläubiger der Gesellschaft ein solches „Wieder-Werthaltigmachen“ der Gesellschaftsanteile nur dann akzeptieren, wenn seitens der Alt-Gesellschafter ein Beitrag zur Sanierung geleistet wird. Sehr häufig ist daher auch

der Insolvenzplan mit einer Änderung der Zusammensetzung der Gesellschafter verbunden, indem Gläubiger oder externe Investoren Geschäftsanteile übernehmen und die Alt-Gesellschafter ihre Anteile ganz oder teilweise verlieren.

Objektiv mit Blick auf die Unternehmensfortführung kann der Erhalt des Unternehmensträgers sinnvoll sein, wenn dieser Inhaber von Rechtspositionen ist, die nicht ohne weiteres von einer Auffanggesellschaft übernommen oder neu erworben werden können. Zu denken ist dabei beispielsweise an Konzessionen oder lang laufende Mietverträge.

Subjektiv besteht im Fall eines schon vor Insolvenzantragstellung vorbereiteten Insolvenzplans für die in dieser Phase handelnden Personen die größte Möglichkeit, sich zumindest im Rahmen von Verhandlungen mit den Gläubigern und möglichen Investoren weiterhin verhältnismäßig stark einzubringen. Dies gilt insbesondere dann auch bis in das Insolvenzverfahren hinein, wenn zugleich eine Eigenverwaltung beantragt wird (hierzu unter IV. B).

4. Rolle des Aufsichtsrates im Insolvenzplanverfahren

Werden in der Unternehmenskrise schon vor Stellung eines Insolvenzantrages durch den Vorstand Überlegungen zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens und Vorbereitung eines Insolvenzplans angestellt, ist der Aufsichtsrat hierüber zu informieren. Für den Aufsichtsrat ist dann insbesondere zu überprüfen, ob noch Möglichkeiten bestehen, die Insolvenz abzuwenden, oder ob möglicherweise eine Insolvenzantragspflicht bereits eingetreten ist. Soweit aktuell keine Verpflichtung zur Stellung eines Insolvenzantrages eingetreten ist, stellt sich andererseits die Frage, ob und mit welchem Inhalt in dieser Phase Gespräche mit Geschäftspartnern und Dritten dem Wohl der Gesellschaft dienen oder möglicherweise Reaktionen der Gesprächspartner oder ein Bekanntwerden der Krisensituation die Krise noch weiter verschärfen können.

Soll ein Insolvenzplan im laufenden Insolvenzverfahren durch die Schuldnergesellschaft vorgelegt werden, wird man auch hier den Aufsichtsrat in die Vorbereitung einzubeziehen haben. Dies gilt andererseits nicht für den Fall der Vorlage eines Insolvenzplans durch den Insolvenzverwalter.

B. Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren als Rahmen für einen Insolvenzplan

1. Grundkonzeption der Eigenverwaltung

Das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung unterscheidet sich vom Regelinsolvenzverfahren dadurch, dass **kein Insolvenzverwalter** eingesetzt

wird (vgl. § 270 Abs. 1 InsO⁷). Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis geht dementsprechend nicht auf eine außenstehende, vom Insolvenzgericht eingesetzte Person über, sondern bleibt beim Schuldner, in der Insolvenz einer juristischen Person bei dessen Geschäftsführungsorgan.

Hinsichtlich der **materiellen Regelungen**, welche Folgen die Insolvenz hat und wie das Insolvenzverfahren abzuwickeln ist, bestehen dagegen keine grundsätzlichen Abweichungen (vgl. § 270 Abs. 1 S. 2 InsO). Auch im Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung ist grundsätzlich einerseits das Vermögen des Insolvenzschuldners zu verwerten und sind andererseits die Forderungen der Insolvenzgläubiger zu ermitteln, um im Ergebnis die Insolvenzquote auszahlen zu können. Auch hier greifen die insolvenzrechtlichen Möglichkeiten zur Beendigung von Vertragsverhältnissen ebenso wie Haftungsnormen und die Regelungen der Insolvenzanfechtung. Auch vom eigenverwaltenden Schuldner sind insolvenzspezifische Verpflichtungen wie Berichtspflichten gegenüber Gläubigern und Gericht zu erfüllen und der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Schließlich sind beispielsweise im steuerlichen Bereich die durch das eingeleitete Verfahren auftretenden Besonderheiten zu beachten.

Das Gesetz sieht vor, dass zur ordnungsgemäßen Abwicklung des Eigenverwaltungsverfahrens ein sog. **Sachwalter** bestellt wird. Dieser hat vorrangig eine Überwachungsfunktion, nimmt jedoch auch bestimmte Aufgaben des Insolvenzverwalters wahr. So steht das Recht zur Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegen Gesellschafter sowie von Insolvenzanfechtungsansprüchen dem Sachwalter zu (§ 280 InsO). In anderen Bereichen kann der eigenverwaltende Schuldner kraft Gesetzes oder auf Grund einer entsprechenden Anordnung des Insolvenzgerichts nur mit Zustimmung des Sachwalters handeln (vgl. §§ 275, 277 InsO).

7 § 270 InsO Voraussetzungen

(1) 1Der Schuldner ist berechtigt, unter der Aufsicht eines Sachwalters die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie zu verfügen, wenn das Insolvenzgericht in dem Beschluß über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Eigenverwaltung anordnet. 2Für das Verfahren gelten die allgemeinen Vorschriften, soweit in diesem Teil nichts anderes bestimmt ist. 3Die Vorschriften dieses Teils sind auf Verbraucherinsolvenzverfahren nach § 304 nicht anzuwenden.

(2) Die Anordnung setzt voraus,

– daß sie vom Schuldner beantragt worden ist und
– dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird.

(3) 1Vor der Entscheidung über den Antrag ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zur Äußerung zu geben, wenn dies nicht offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners führt. 2Wird der Antrag von einem einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses unterstützt, so gilt die Anordnung nicht als nachteilig für die Gläubiger.

(4) Wird der Antrag abgelehnt, so ist die Ablehnung schriftlich zu begründen; § 27 Absatz 2 Nummer 4 gilt entsprechend.

Auf Grund der vielfältigen Sonderregelungen, die während des Insolvenzverfahrens zu beachten sind und vielfach auch zusätzliche Haftungsrisiken mit sich bringen, ist die ursprüngliche Geschäftsführung des Unternehmens in aller Regel nicht in der Lage, ein Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung abzuwickeln. Praktisch wird daher üblicherweise eine insolvenzrechtlich erfahrene Person, häufig eine Person, die sonst auch selbst als Insolvenzverwalter bestellt wird, **als ergänzendes Mitglied des Geschäftsführungsorgans oder als Generalbevollmächtigter** für die Schuldnergesellschaft bestellt. Fehlt es dagegen auf Seiten des die Eigenverwaltung beantragenden Schuldners an insolvenzrechtlicher Kompetenz, kann dies zu den Umständen gehören, die zu der Erwartung führen, dass die Anordnung der Eigenverwaltung für die Gläubiger nachteilig wäre, und damit einen Grund für die Ablehnung des Antrags auf Eigenverwaltung darstellen (vgl. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO).

2. Gründe für eine Eigenverwaltung

Durch die Möglichkeit der Eigenverwaltung sollen einerseits dem Schuldner bzw. den auf dessen Seite handelnden Personen die Bedenken vor einem mit der Insolvenz eintretenden vollständigen Kontrollverlust genommen werden. Andererseits sollen auch im Gesamtinteresse der Gläubiger die Kompetenzen der bestehenden Geschäftsführung genutzt werden.

Während das Interesse der geschäftsführenden Personen an der Durchführung einer Eigenverwaltung also ein durchaus egoistisches am Erhalt der eigenen Stellung sein kann, wird aus Sicht der übrigen Verfahrensbeteiligten zu bewerten sein, ob eine Einflussnahme der im Unternehmen eingesetzten Personen weiterhin gewünscht wird. Relevant kann dabei zunächst die Bewertung der Ursachen für die Insolvenz sein. Waren hier Managementfehler entscheidend, würde in der Insolvenz mit der Eigenverwaltung tatsächlich der „Bock zum Gärtner“ gemacht. Sind dagegen externe Faktoren verantwortlich oder möglicherweise schon neue Personen in die Geschäftsführung berufen, die nur nicht mehr in der Lage waren, die Insolvenz abzuwenden, kann deren weiteres Tätigwerden durchaus wünschenswert sein.

Aus der Perspektive der Gesellschafter, aber auch des Aufsichtsrates kann die Insolvenz in Eigenverwaltung die Möglichkeit sein, die mit der Durchführung des Verfahrens befassten Personen möglichst weitgehend selbst auszuwählen. So kann jedenfalls „der Eigenverwalter“, also die in die Geschäftsführung einzubindende insolvenzrechtlich erfahrene Person, frei ausgewählt werden. Daneben kann auch die Person des Sachwalters „mitgebracht“ werden, wenn ein Schutzschirmverfahren durchgeführt wird (hierzu nachfolgend 4.), oder es kann zumindest über einen vorläufigen Gläubigerausschuss auch insoweit Einfluss genommen werden.

Regelmäßig nicht zutreffend dürfte die Hoffnung sein, dass sich ein Insolvenzverfahren in Eigenver-

waltung kostengünstiger durchführen lässt als ein Regelinsolvenzverfahren. Zwar liegt die gesetzlich festgelegte Vergütung des Sachwalters unter derjenigen eines Insolvenzverwalters. Allerdings sind die zusätzlichen **Kosten** der insolvenzrechtlichen Unterstützung für die Geschäftsführung zu berücksichtigen. Hier sind in der Praxis unterschiedliche Vergütungsmodelle von der Honorierung nach Stundensätzen bis zu einer Orientierung an der Verwaltervergütung oder Erfolgshonoraren anzutreffen.

Die Eigenverwaltung und das Insolvenzplanverfahren sind nach dem Gesetz voneinander unabhängig. Allerdings wird gerade dann, wenn eine Sanierung durch einen Insolvenzplan realistisch erscheint, auch das Interesse bestehen, die bisherige oder für die Sanierung neu besetzte operative Geschäftsführung auch während des laufenden Insolvenzverfahrens handlungsfähig zu halten und auch in der Außendarstellung gegenüber Kunden, Lieferanten und der Öffentlichkeit entsprechend auftreten zu können. Praktisch werden Eigenverwaltung und Insolvenzplan daher regelmäßig verknüpft.

3. Vorläufige Eigenverwaltung

In der Vergangenheit scheiterte eine angestrebte Eigenverwaltung öfter auch daran, dass trotz des mit dem Insolvenzantrag gestellten Antrags auf Eigenverwaltung vom Insolvenzgericht zunächst einmal ein vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzt und zu dessen Gunsten ein Zustimmungsvorbehalt angeordnet wurde. Durch die damit notwendige Mitwirkung des vorläufigen Insolvenzverwalters und seine hieraus resultierende zumindest faktische Machtposition war regelmäßig einer der Vorteile der Eigenverwaltung, die Kontinuität der handelnden Personen und die Darstellung einer eigenen Handlungsfähigkeit der Geschäftsführung, bereits verloren.

Mit dem ESUG hat der Gesetzgeber an diesem Punkt reagiert und angeordnet, dass nun bei einem nicht offensichtlich aussichtslosen Antrag auf Eigenverwaltung **keine Verfügungsbeschränkungen im Insolvenzantragsverfahren** mehr angeordnet werden dürfen. Das Gericht hat vielmehr einen vorläufigen Sachwalter zu bestellen, der lediglich gewisse Aufsichtsfunktionen ausübt. Ebenso wie der vorläufige Insolvenzverwalter wird auch der vorläufige Sachverwalter üblicherweise diejenige Person sein, welche das Gutachten über das Vorliegen eines Insolvenzgrundes und einer verfahrenskostendeckenden Masse erstellt.

4. Schutzschirmverfahren

Bei dem sog. Schutzschirmverfahren handelt es sich um das Überbleibsel der vor dem ESUG intensiver geführten Diskussion über die Schaffung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens. Insbesondere mit Blick auf Sanierungsfälle, in denen eine finanzielle Restrukturierung gegenüber operativen Umgestaltungen im Vordergrund steht, wurde

auf Möglichkeiten ausländischer Rechtsordnungen verwiesen, eine Planlösung außerhalb eines formellen Insolvenzverfahrens durchsetzen zu können. Erhofft wurde dabei von den Verfechtern einer solchen Regelung die Möglichkeit, den Widerstand einzelner wesentlicher Gläubiger oder auch des Schuldners zu überwinden, ohne die Publizität und Breitenwirkung des normalen Insolvenzverfahrens in Kauf nehmen zu müssen.

Das statt dessen eingeführte Schutzschirmverfahren folgt allerdings einer anderen Konzeption. Im Kern handelt es sich auch beim Schutzschirmverfahren (im Gesetz unter der Überschrift „Vorbereitung einer Sanierung“, § 270b InsO) um ein **Insolvenzantragsverfahren** in Gestalt einer vorläufigen Eigenverwaltung. Gegenüber dem „normalen“ Verfahren der vorläufigen Eigenverwaltung hat der Schuldner den Vorteil, dass er selbst die Person des vorläufigen Sachwalters vorschlagen kann und das Gericht hiervon nur bei offensichtlich fehlender Eignung der vorgeschlagenen Person abweichen kann. Eine weitere Besonderheit besteht darin, dass dem Schuldner eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans von bis zu drei Monaten gesetzt wird. Für diese Phase kann das Insolvenzgericht Sicherungsmaßnahmen wie insbesondere die Einstellung von Zwangsvollstreckungen oder die Befugnis zur weiteren Nutzung von mit Drittrechten belasteten Gegenständen anordnen, worauf mit dem Begriff des „Schutzschirm“ verwiesen wird. Die Vorteile des Schutzschirmverfahrens sind allerdings nicht ohne weiteres zu erlangen, vorausgesetzt wird vielmehr, dass vom Schuldner eine **Bescheinigung** einer qualifizierten Person vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, dass der Schuldner nur drohend zahlungsunfähig und/oder überschuldet, aber noch nicht akut zahlungsunfähig und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.

Schon vor dem Hintergrund des zusätzlichen Aufwands und der damit verbundenen Kosten für die Erstellung der Bescheinigung, aber auch auf Grund der Unsicherheiten bezüglich des Eintritts einer Zahlungsunfähigkeit halten verschiedene insolvenzrechtliche Berater die „normale“ Eigenverwaltung für den vorzugswürdigen Weg gegenüber dem Schutzschirmverfahren. Der gewünschte Einfluss auf die Person des vorläufigen Sachwalters lässt sich dabei zumindest dann über den vorläufigen Gläubigerausschuss ebenfalls nehmen, wenn insoweit ein Einvernehmen mit den maßgeblichen Gläubigern erzielt werden kann. Da aber auch eine erfolgreiche Sanierung jedenfalls im Regelfall eine gewisse Verständigung mit den Hauptgläubigern voraussetzt, wird in den Fällen, in denen die Bescheinigung für den Schutzschirm erlangt werden könnte, auch eine Abstimmung mit den designierten Mitgliedern des vorläufigen Gläubigerausschusses über die Person des vorläufigen Sachwalters möglich sein.

Im Hinblick auf die **Wirkung in der Öffentlichkeit** scheint es bislang mit dem Schutzschirmver-

fahren tatsächlich gelungen zu sein, das „Stigma der Insolvenz“ ein Stück weit zu vermeiden – wobei allerdings in der Presse dann manchmal überrascht auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens reagiert wird. Letztere ist allerdings als normaler Schritt auch für das Schutzschirmverfahren vorgesehen (§ 270b Abs. 4 S. 3 InsO), denn die Umsetzung des ausgearbeiteten Insolvenzplans erfolgt nach allgemeinen Regeln und setzt daher die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens voraus.

C. Entscheidung über eine Insolvenzantragstellung bei drohender Zahlungsunfähigkeit

1. Ausgangspunkt:

Fehlende Insolvenzantragspflicht

Wie oben dargestellt, besteht im Fall des Vorliegens eines zwingenden Insolvenzgrundes, also Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, für die Geschäftsführung nur noch ein äußerst **eingeschränkter Handlungsspielraum**. Während der für die Antragstellung eingeräumten Höchstfrist von drei Wochen können noch aussichtsreiche Bemühungen zur Beseitigung des Insolvenzgrundes verfolgt werden. Fehlen solche Aussichten oder ist die Frist abgelaufen, muss zur Haftungsvermeidung der Insolvenzantrag gestellt werden.

Die vorrangig zu klärende Frage in der wirtschaftlichen Krise ist daher stets, ob bereits ein **zwingender Insolvenzgrund** eingetreten ist. Nur wenn dies nicht der Fall ist, kann überlegt werden, ob eine Insolvenz trotzdem (schon) eingeleitet werden sollte und ob dies rechtlich möglich ist.

Da die Durchführung eines Insolvenzverfahrens in die Rechte der Gläubiger eingreift, steht die Verfahrenseinleitung nicht im Belieben des Schuldners, sondern ist an das Vorliegen eines Insolvenzgrundes gebunden. Eine freiwillige Einleitung eines Insolvenzverfahrens kommt daher nur in Betracht, wenn eine drohende Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 18 InsO gegeben ist.

Wie im Rahmen der Darstellung der Insolvenzgründe schon ausgeführt, ist bei einer festgestellten drohenden Zahlungsunfähigkeit regelmäßig zugleich auch der Tatbestand der Überschuldung erfüllt. (s. oben II. A. 3.)

Trotzdem sind Situationen denkbar, in denen aus Sicht des Schuldners ein Handlungsspielraum besteht.

2. Abwägungsentscheidung

Besteht nach der rein insolvenzrechtlichen Betrachtung ein Handlungsspielraum der antragsberechtigten Personen, sind deren sonstige Bindungen zu beachten. Der Vorstand der AG und die Geschäftsführer der GmbH haben sich daher in einer solchen Situation am Gesellschaftsinteresse zu orientieren. Insbesondere kann auch eine verfrühte Insolvenz-

antragstellung gegenüber der Gesellschaft pflichtwidrig sein und eine Schadenersatzpflicht auslösen.

Zudem hat der Vorstand gerade in einer solchen Situation die eingetretene Krise und ihre Ursachen gegenüber dem Aufsichtsrat darzustellen und denkbare Strategien zur Überwindung der Krise vorzustellen und auszuarbeiten. Der Aufsichtsrat hat seinerseits ein erstelltes Sanierungskonzept zu prüfen, zu verabschieden und anschließend dessen Umsetzung zu prüfen (vgl. hierzu Scheffler, BB 2014, 2859). In diesem Zusammenhang ist von allen Beteiligten auch die Einleitung eines Insolvenzverfahrens mit seinen Gestaltungsvarianten als Handlungsoption in Betracht zu ziehen.

D. Rechtsstellung und Kompetenzen des Aufsichtsrates bei Anordnung von Eigenverwaltung

Während der Aufsichtsrat in der Regelinsolvenz auf Grund des vollständigen Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das gesamte Vermögen der Schuldnergesellschaft auf den Insolvenzverwalter naheliegenderweise eine äußerst schwache Stellung einnimmt, ist dies für den Fall der Anordnung einer Eigenverwaltung weniger klar. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bleibt in diesem Fall gerade bei dem Schuldner (§ 270 Abs. 1 S. 1 InsO). Legt man allein diesen Grundsatz zu Grunde, könnte das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung beinahe ohne Einfluss auf die Kompetenzverteilung zwischen den Gesellschaftsorganen sein. Andererseits ergibt sich aus dem Gesamtbild der Regelungen der Insolvenzordnung, dass auch der Schuldner in der Eigenverwaltung insolvenzrechtliche Aufgaben zu erfüllen hat und in seinem Handeln insolvenzrechtliche Vorgaben und Wertungen zu beachten hat. Auch bei Anordnung der Eigenverwaltung wird ja ein Insolvenzverfahren durchgeführt, welches zur Auflösung der Gesellschaft kraft Gesetzes (für die AG: § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG) führt. Der Verbandszweck wird durch den Insolvenzverfahren verdrängt (vgl. Klöhn, NZG 2013, 81 m.w.N.). Da sich insoweit eine Kollision mit den im Aufsichtsrat, aber auch in der Hauptversammlung repräsentierten Interessen und Zielsetzungen ergeben kann, wurde schon länger diskutiert, inwieweit die Überwachungskompetenz des Aufsichtsrates hinsichtlich der Geschäftsführung zu Gunsten der insolvenzrechtlichen Überwachung durch den gerichtlich eingesetzten Sachwalter suspendiert ist (Ausgangspunkt der Diskussion waren insoweit die Eigenverwaltungsverfahren bei der KirchMedia GmbH & Co. KG und der Babcock Borsig AG, vgl. Prütting/Huhn, ZIP 2002, 777, Ringstmeier/Homann, NZI 2002, 406; Noack, ZIP 2002, 1873).

Mit dem ESUG wurde hierzu nun erstmals eine ausdrückliche gesetzliche Regelung geschaffen. § 276a InsO bestimmt zur „Mitwirkung der Überwachungsorgane“:

„Ist der Schuldner eine juristische Person oder eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, so haben der Aufsichtsrat, die Gesellschafterversammlung oder entsprechende Organe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung des Schuldners. Die Abberufung und Neubestellung von Mitgliedern der Geschäftsleitung ist nur wirksam, wenn der Sachwalter zustimmt. Die Zustimmung ist zu erteilen, wenn die Maßnahme nicht zu Nachteilen für die Gläubiger führt.“

Grundgedanke der Regelung ist der **Gleichstellungsgrundsatz** (vgl. Klöhn, DB 2013, 41, 43). Konkret wird in der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 17/5712, S. 42) ausgeführt,

„dass die Überwachungsorgane bei Eigenverwaltung im Wesentlichen keine weiter gehenden Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung haben sollen als in dem Fall, dass ein Insolvenzverwalter bestellt ist. Die Führung der Geschäfte ist in dieser Situation an den Interessen der Gläubiger auszurichten; Sachwalter, Gläubigerausschuss und Gläubigerversammlung überwachen die wirtschaftlichen Entscheidungen der Geschäftsleitung. Eine zusätzliche Überwachung durch die Organe des Schuldners erscheint nicht erforderlich. Zusätzliche Einwirkungsmöglichkeiten von Aufsichtsrat oder Gesellschafterversammlung auf die Geschäftsführung können in dieser Situation wenig nützen, wohl aber hemmend und blockierend wirken.“

Allerdings hielt man es für

„nicht angebracht, den Gesellschaftsorganen auch die Befugnis zur Abberufung und zum Austausch von Vorstandsmitgliedern bzw. Geschäftsführern gänzlich zu nehmen. Wechsel in der Geschäftsleitung können auch während eines Insolvenzverfahrens aus den verschiedensten Gründen erforderlich sein; weder das Gericht noch der überwachende Sachwalter scheinen geeignet zu sein, hier an die Stelle der Gesellschaftsorgane zu treten. Die Eigenverwaltung wird bei einer Gesellschaft nicht für eine bestimmte natürliche Person als Geschäftsleiter angeordnet, sondern sie betrifft die (jeweilige) Geschäftsleitung der insolventen Gesellschaft. Um einen missbräuchlichen Austausch der Geschäftsleitung zu verhindern und die Unabhängigkeit der Geschäftsleitung von den übrigen Gesellschaftsorganen zu stärken, sieht Satz 2 vor, dass für Abberufung und Neubestellung von Mitgliedern der Geschäftsleitung die Zustimmung des Sachwalters Wirksamkeitsvoraussetzung ist. Diese darf allerdings nur dann verweigert werden, wenn die Maßnahme zu Nachteilen für die Gläubiger führen würde.“

Hintergrund der Regelung ist der bereits angesprochene Interessenkonflikt. Da die Gesellschafter in

der Insolvenz grundsätzlich nicht mehr mit einer Auszahlung aus der Verwertung des Gesellschaftsvermögens rechnen können, besteht für sie ein höherer Anreiz, risikoreiche Geschäfte einzugehen, die aber die Chance in sich tragen, eine Auskehr an die Gesellschafter zu ermöglichen. Die Gläubiger werden demgegenüber mit Blick auf ihre Insolvenzquote weniger Risiken eingehen (vgl. hierzu den vereinfachten Beispielsfall bei Klöhn, NZG 2013, 81, 83).

1. Fortbestand des Aufsichtsratsmandates und Möglichkeiten der Abberufung und Neubestellung von Aufsichtsratsmitgliedern

Die bestehenden Aufsichtsratsmandate werden durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beseitigt, sondern bestehen fort.

An den Zuständigkeiten für die **Bestellung neuer Aufsichtsratsmitglieder** (§ 101 AktG) ändert sich auch im Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung nichts. Insbesondere ist bei Veränderungen in der Aufsichtsratsbesetzung auch keine Zustimmung des Sachwalters erforderlich, da sich § 276a S. 2 InsO nur auf Mitglieder der Geschäftsleitung, bei der Aktiengesellschaft also auf den Vorstand bezieht.

2. Kompetenzen des Aufsichtsrates im eröffneten Verfahren in Eigenverwaltung

Da Grundgedanke der Kompetenzbeschränkung für den Aufsichtsrat in der Eigenverwaltung ist, dass diesem keine weitergehenden Einflussnahmemöglichkeiten eingeräumt werden sollen als bei Bestellung eines Insolvenzverwalters, bleiben umgekehrt trotz § 276a InsO jedenfalls solche Kompetenzen bestehen, die auch im Regelinsolvenzverfahren gegeben sind. Die zum Schuldnerbereich zu rechnenden Rechte und Pflichten sind daher auch im Fall der Eigenverwaltung den Gesellschaftsorganen nicht entzogen (vgl. Klöhn, NZG 2013, 81, 84; Ströhm/Längsfeld, NZI 2013, 271, 275).

Genannt werden hier:

- Ausübung der Rechte und Erfüllung der Pflichten, die nach der Insolvenzordnung gerade dem Schuldner als solchem zugewiesen sind (insbesondere Auskunfts- und Mitwirkungspflichten)
- Verwaltung von insolvenzfremem Vermögen (soweit vorhanden)
- Wahrnehmung insolvenzneutraler gesellschaftsrechtlicher Zuständigkeiten (beispielsweise Anmeldungen zum Handelsregister, soweit diese nicht im Zusammenhang mit der Verwaltung der Masse stehen, Änderungen der Satzung, Erfüllung der Mitteilungspflichten nach WpHG)

Eine ausdrückliche Regelung enthält § 276a InsO dabei wiederum für die Abberufung und Neubestellung von Mitgliedern der Geschäftsleitung.

Ausgeschlossen ist eine Einflussnahme „auf die Geschäftsführung“. Der Begriff der **Geschäftsführung** ist dabei wie im sonstigen Aktienrecht zu

verstehen. Man wird darunter daher jede rechtsgeschäftliche oder natürliche Tätigkeit in Verfolgung des Gesellschaftszwecks zu fassen haben.

Ein **unzulässiger Einfluss** läge jedenfalls bei direkten Beeinflussungen wie im Fall von Allein- oder Mitentscheidungs-, Weisungs-, Widerspruchs-, Veto- und vergleichbaren Rechten vor (Klöhn, NZG 2013, 81, 85 f.). Keine Anwendung findet auch im Fall der Eigenverwaltung daher insbesondere der Zustimmungsvorbehalt zu Gunsten des Aufsichtsrates bei bestimmten Arten von Geschäften nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG.

Für die GmbH argumentieren Ströhm/Längsfeld (NZI 2013, 271, 275), dass aus der Möglichkeit der Abberufung von Geschäftsführern durch die Gesellschafter, welcher der Sachwalter nur bei Nachteilen für die Gläubiger seine Zustimmung verweigern kann, auch folge, dass **Weisungen** als weniger drastische Eingriffe in die Geschäftsführung ebenfalls zulässig sind, soweit durch ihre Befolgung keine konkreten Nachteile für die Gläubiger eintreten werden. Verfahrensrechtlich soll es in Bezug auf Weisungen ebenfalls einer Zustimmung des Sachwalters bedürfen, zu welcher dieser jedoch nach § 276a S. 3 InsO bei fehlendem Nachteil verpflichtet sei. Diese Überlegungen dürften sich jedoch mangels einer Weisungsbefugnis nicht auf das Verhältnis zwischen Aufsichtsrat und Vorstand der AG übertragen lassen.

Derzeit noch in der Diskussion ist die Frage, inwieweit durch § 276a S. 1 InsO auch eine **indirekte Einflussnahme** ausgeschlossen ist, wie sie durch Einberufungs-, Auskunfts-, Einsichts-, Informations- und vergleichbare Rechte ermöglicht wird. Dabei wird man entsprechende Rechte jedenfalls insoweit anerkennen müssen, wie sich diese auf Fragen im Schuldnerbereich beziehen oder allein die internen Verhältnisse innerhalb des Organs betreffen. Andererseits mögen teilweise die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen eines bestimmten Rechts fehlen. So fehlt es beispielsweise an der Grundlage, die Einberufung einer Hauptversammlung nach § 122 Abs. 1 AktG zu verlangen, wenn dies im Hinblick auf einen Umstand geschehen soll, der nach § 276a InsO der Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung entzogen ist (vgl. AG Montabaur, Beschluss vom 19.06.2012, ZIP 2012, 1307, 1308 = BeckRS 2012, 14971. Vor diesem Hintergrund zweifelt Klöhn (NZG 2013, 81, 86) bereits, ob überhaupt ein relevanter Bereich mittelbarer Einflussnahme existiert. Unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung will Klöhn für diesen Bereich jedoch die indirekte Einflussnahme ausschließen. Gestützt wird dies vorrangig auf die Gesetzesbegründung, nach der insbesondere eine „zusätzliche Überwachung durch die Organe des Schuldners [...] nicht erforderlich“ sei.

Folgt man dieser Ansicht, hat der Aufsichtsrat seine Überwachungsaufgabe im Fall der Insolvenz in Eigenverwaltung weitgehend einzustellen. Ihm stehen danach bei all denjenigen Vorgängen

aus dem Bereich der Geschäftsführung, die im Regelinsolvenzverfahren vom Insolvenzverwalter übernommen würden, nicht nur keine Zustimmungsbefugnisse, sondern auch keine Informations- (wie nach § 90 AktG sonst gegeben) oder sonstigen Kontrollrechte zu. Nur bei Aufgaben, die in den Schuldnerbereich fallen und auch im Regelinsolvenzverfahren vom Vorstand zu übernehmen wären, kann auch der Aufsichtsrat seine Überwachungsfunktion ausüben.

Fraglich ist allerdings, ob diese annähernd vollständige Ausschaltung des Aufsichtsrates auch in den Fällen haltbar ist, in welchen das Verfahren in Eigenverwaltung gerade mit dem Zweck durchgeführt wird, den Rechtsträger zu erhalten und durch einen Insolvenzplan zu sanieren. In diesem Fall hat der Aufsichtsrat mit Beendigung des Insolvenzverfahrens seine Aufgaben und Befugnisse unmittelbar wieder in vollem Umfang aufzunehmen. Es erscheint daher angebracht, dem Aufsichtsrat ein durchgehendes Informationsrecht zumindest insoweit zuzubilligen, als es um Umstände geht, die mit dem Fortbestand der Gesellschaft über das Insolvenzverfahren hinaus in Zusammenhang stehen.

3. Kompetenzen des Aufsichtsrates im Insolvenzantragsverfahren bei beantragter Eigenverwaltung

Die gesetzliche Regelung des § 276a InsO greift erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens, auch eine analoge Anwendung auf das Insolvenzantragsverfahren/die vorläufige Eigenverwaltung ist abzulehnen (vgl. Klöhn, NZG 2013, 81, 84; Zipperer, ZIP 2012, 1492, 1494 f.; a. A. Ströhm/Längsfeld, NZI 2013, 271, 274). Bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Aufsichtsrat seine Kompetenzen daher weiter ausüben. Dies erscheint auch wegen der zwar praktisch kaum genutzten, aber rechtlich jederzeit bis zur Eröffnung des Verfahrens bestehenden Möglichkeit einer Rücknahme des Insolvenzantrags geboten. Insbesondere auch vor einer solchen Antragsrücknahme müsste der Aufsichtsrat einbezogen werden.

V AUSWIRKUNGEN DER INSOLVENZ AUF ARBEITNEHMER

A. Forderungen von Arbeitnehmern als Insolvenzforderungen

1. Keine insolvenzrechtliche Sonderbehandlung der Forderungen von Arbeitnehmer

Nach der Insolvenzordnung sind Forderungen von Arbeitnehmern im Insolvenzverfahren ebenso als „einfache“ Insolvenzforderungen einzuordnen wie beispielsweise Forderungen von Lieferanten oder des Fiskus.

Einen gewissen besonderen Schutz genießen Arbeitnehmer allerdings durch die Gewährung von **Insolvenzgeld** für einen Zeitraum von drei Monaten vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

Im laufenden Insolvenzverfahren stellen Lohnforderungen (ebenso wie andere Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen) **Masseverbindlichkeiten** dar. Grundsätzlich hat der Insolvenzverwalter daher mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Lohnzahlungen wieder aufzunehmen. Die Arbeitnehmer erhalten vollständige Zahlung damit zumindest bis zum Ablauf der insolvenzrechtlich verkürzten Kündigungsfrist (zu den Kündigungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalter s. V. B.).

Allerdings ist zu beachten, dass im Fall einer **Masseunzulänglichkeit** die Forderungen der Arbeitnehmer aus dem laufenden Insolvenzverfahren ebenfalls nur mit einer Quote bedient werden. Masseunzulänglichkeit liegt vor, wenn die Insolvenzmasse insgesamt schon nicht ausreicht, um neben den Kosten des Insolvenzverfahrens alle sonstigen Masseverbindlichkeiten bei Fälligkeit in voller Höhe zu begleichen. Nach dem Prinzip einer „Insolvenz in der Insolvenz“ findet bei einer vom Insolvenzverwalter angezeigten Masseunzulänglichkeit wieder eine unterschiedliche Behandlung von Forderungen nach einem Stichtagsprinzip statt. Dabei sind die bis zur Anzeige bereits entstandenen Forderungen als Altmasseverbindlichkeiten nur quotale, die Neumasseeverbindlichkeiten dagegen voll zu erfüllen. Diese Regelung, die dem Insolvenzverwalter die weitere Verfahrensabwicklung und Eingehung neuer Verträge beispielsweise mit Dienstleistern ermöglichen soll, wirkt hier zum Nachteil derjenigen Gläubiger, deren Forderungen aus zuvor geschlossenen Verträgen resultieren. Dies trifft für alle bereits vorhandenen Arbeitnehmer zu.

2. Abgrenzung von Insolvenz- und Masseforderungen

Abgesehen von dem Sonderfall der Masseunzulänglichkeit stellt es für Arbeitnehmer daher einen bedeutenden Vorteil dar, wenn eine geltend gemachte Forderung als Masseverbindlichkeit und nicht als In-

solvenzforderung eingeordnet wird. Vor diesem Hintergrund gibt es zahlreiche Gerichtsentscheidungen, die sich mit den hierbei entstehenden Abgrenzungsfragen beschäftigen. Danach ist insbesondere von folgenden Einordnungen auszugehen:

- Nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO sind Masseverbindlichkeiten Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung für die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss. Darunter fallen alle **Lohn- und Gehaltsansprüche**, die aus der Beschäftigung von Arbeitnehmern nach der Verfahrenseröffnung durch den Insolvenzverwalter erwachsen, und zwar in der Höhe, die sich aus dem jeweiligen Arbeitsvertrag ergibt, sowie alle sonstigen Ansprüche, die sich aus dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ergeben (BAGE 117, 1 = NZI 2007, 58 [zu II 1c]; BAG, NZA 2005, 527).
- Ansprüche auf **variable Sonderzahlungen**, die Entgelt für geleistete Arbeit sind, entstehen, auch wenn sie erst nach dem Ende des Bezugsjahres fällig werden, regelmäßig zeitanteilig im Bezugsjahr. Für Zeiten vor Insolvenzeröffnung sind die betreffenden Ansprüche Insolvenzforderungen nach § 108 Abs. 3 InsO, für Zeiten nach Insolvenzeröffnung Masseforderungen (BAG, NZA 2013, 327).
- Alle arbeitsrechtlichen Sonderzahlungen, dh. nicht nur solche mit reinem Entgeltcharakter, sondern auch solche zur reinen Belohnung von Betriebstreue oder mit „Mischcharakter“, unterliegen bei angezeigter Masseunzulänglichkeit § 209 InsO (BAG Urt. v. 23.3.2017 – 6 AZR 264/16).
- Wird das Arbeitsverhältnis nach Insolvenzeröffnung beendet, so ist der **Urlaubsabgeltungsanspruch** Masseverbindlichkeit (BAG, NZA 2004, 43).
- Führt der Unternehmer eine geplante Betriebsänderung durch, ohne über sie einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht zu haben, so sind die daraus folgenden Ansprüche entlassener Arbeitnehmer auf **Nachteilsausgleich** im nach Zugang der Kündigungen eröffneten Insolvenzverfahren auch dann einfache Insolvenzforderungen, wenn die Kündigungen in Absprache mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter und mit dessen Zustimmung erfolgten (BAG, NZA 2003, 665).
- **Abfindungen** sind in der Regel kein Entgelt für nach Insolvenzeröffnung erbrachte Leistungen, sondern stellen einen Ausgleich für durch den Verlust des Arbeitsplatzes entstehende Nachteile und/oder eine Honorierung der Zustimmung des Arbeitnehmers zur vorzeitigen Vertragsauflösung dar. Der Anspruch auf eine solche Abfindung, welcher vor Insolvenzeröffnung vereinbart wurde, ist auch dann nur einfache Insolvenzforderung im Sinne von § 38 InsO und keine Masseschuld, wenn er erst nach

Insolvenzeröffnung mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses entsteht (BAG, NZA 2009, 89).

3. Betriebsrentenansprüche

Im Hinblick auf Betriebsrentenansprüche ist bei den Auswirkungen einer Insolvenz des Arbeitgebers nach dem Grad der bereits eingetretenen rechtlichen Sicherung für die Arbeitnehmer zu differenzieren.

Der Gewährung von Betriebsrentenansprüchen liegt regelmäßig eine entsprechende **Betriebsvereinbarung** zu Grunde. Parallel zu den Regelungen für Individualverträge lässt die InsO auch in Bezug auf Betriebsvereinbarungen eine Kündigung durch den Insolvenzverwalter mit einer Frist von drei Monaten zu. Dies betrifft solche Betriebsvereinbarungen, in denen Leistungen vorgesehen sind, die im Rahmen des Insolvenzverfahrens aus der Masse erbracht werden müssten (vgl. § 120 InsO). Von der Kündigungsmöglichkeit erfasst sind dabei auch Betriebsvereinbarungen hinsichtlich einer betrieblichen Altersversorgung (BAG, NZA 2000, 322). Die Kündigung hat zur Folge, dass nach Ablauf der Kündigungsfrist keine neuen Rentenansprüche erworben werden.

Für bereits erworbene **unverfallbare Rentenansprüche** besteht demgegenüber für den Insolvenzfall eine Absicherung gem. § 7 BetrAVG durch den Pensions-Sicherungs-Verein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (PSVaG). Der PSVaG hat die gesicherten Ansprüche in voller Höhe aus dem dafür von ihm verwalteten Vermögen, welches im Wege der Umlage von den Unternehmen zur Verfügung zu stellen ist, zu erfüllen.

Bei der Eintrittspflicht des PSVaG bleibt es für die bis zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verdienten Ansprüche auch dann, wenn im Rahmen des Insolvenzverfahrens ein Investor gefunden wird und ein **Betriebsübergang** (§ 613a BGB) stattfindet. Wegen des Zeitraums zwischen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs kann der Insolvenzverwalter die Arbeitnehmer zudem ohne deren Zustimmung hinsichtlich des in dieser Zeit verdienten Anteils der Versorgungsansprüche abfinden (§ 3 Abs. 4 BetrAVG). Den Erwerber treffen in diesem Fall keinerlei Verpflichtungen aus betrieblicher Altersversorgung mehr.

Im Gegenzug für den Eintritt des PSVaG in die Ansprüche gegen den insolventen Arbeitgeber erwirbt dieser die Insolvenzforderungen der geschützten Arbeitnehmer (§ 9 Abs. 2 BetrAVG). Besteht eine betriebliche Altersversorgung führt dies daher häufig dazu, dass der PSVaG einer der bedeutendsten Gläubiger ist.

Nicht von der gesetzlichen Insolvenzsicherung erfasst sind dabei

- gesetzlich noch nicht unverfallbare Versorgungsansprüche (vgl. hierzu die Regelungen des § 1b BetrAVG),

- der das Dreifache der Beitragsbemessungsgrenze nach § 18 SGB IV übersteigende Anteil von Versorgungsanwartschaften und -ansprüchen sowie
- Versorgungsanwartschaften und -ansprüche von (Mit-)Unternehmern.

Diese nicht gesicherten Anwartschaften und -ansprüche verbleiben bei den betreffenden Arbeitnehmern oder sonstigen Berechtigten und können von diesen lediglich als Insolvenzforderungen zur Tabelle angemeldet werden.

B. Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf Kündigungsschutz

Dem Grunde nach ist der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz auch im Insolvenzverfahren weiterhin zu beachten. Das Insolvenzrecht enthält allerdings modifizierende Regelungen, die Kündigungen durch den Insolvenzverwalter erleichtern.

So gilt zunächst für alle Arbeits- und sonstigen Dienstverträge, die von der Schuldnergesellschaft als Arbeit- oder Dienstgeber abgeschlossen wurden, eine **Kündigungsfrist** von höchstens drei Monaten zum Monatsende (§ 113, S. 2 InsO). Längere Kündigungsfristen finden demnach in der Insolvenz keine Anwendung, die Betroffenen können lediglich wegen der Verkürzung einen Schadenersatzanspruch als Insolvenzforderung geltend machen. Daneben greift die insolvenzrechtliche Kündigungsfrist auch bei ansonsten unkündbaren Verträgen.

Im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes bedarf auch die Kündigung durch den Insolvenzverwalter einer **sozialen Rechtfertigung**. Bedeutung gewinnen kann in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage, ob eine Kündigung tatsächlich durch eine Betriebseinstellung gerechtfertigt ist, wenn in engem Zusammenhang mit dem Ausspruch der Kündigung ein Investor gefunden wird, der den Betrieb wieder aufnimmt. Liegen hier die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs vor, ist der Investor zur Übernahme sämtlicher Arbeitnehmer verpflichtet, was er regelmäßig gerade vermeiden möchte.

Zu beachten ist allerdings, dass der Betriebsübernehmer auch bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Betriebsübergangs den übergehenden Arbeitnehmern gegenüber nicht für **Altverbindlichkeiten** aus der Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens haftet (ständige Rechtsprechung, vgl. BAG, NJW 2010, 2154 auch für Betriebsratskosten). Den Arbeitnehmern bleibt also auch in diesem Fall im Hinblick auf etwaige noch offene Forderungen nur ihr Anspruch auf die Insolvenzquote.

Wird der Geschäftsbetrieb nicht vollständig eingestellt, sondern nur verkleinert, kommt ein **Interessenausgleich mit Namensliste** in Betracht. Für diesen Fall greift zu Gunsten des Insolvenzverwalters die Vermutung, dass die Kündigung der benannten Arbeitnehmer durch dringende betrieb-

liche Erfordernisse bedingt ist. Zudem erfolgt eine gerichtliche Überprüfung der vorgenommenen Sozialauswahl nur im Hinblick auf die Kriterien Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter sowie Unterhaltspflichten und der Prüfungsmaßstab ist auf grobe Fehlerhaftigkeit beschränkt (§ 125 InsO).

Kommt ein Interessenausgleich mit Namensliste nicht zu Stande, weil kein Betriebsrat besteht oder die Verhandlungen mit diesem nicht erfolgreich abgeschlossen wurden, hat der Insolvenzverwalter auch die Möglichkeit einer **gerichtlichen Feststellung der sozialen Rechtfertigung** der Kündigung bestimmter, namentlich benannter Arbeitnehmer (§ 126 InsO). Die in diesem Verfahren getroffene Entscheidung ist dann für alle namentlich benannten Arbeitnehmer bindend in einem etwaig eingeleiteten Kündigungsschutzprozess (§ 127 InsO).

Auch in der Insolvenz kann grundsätzlich ein **Sozialplan** vereinbart werden. Die Ansprüche aus einem solchen Sozialplan haben dann den Rang von Masseverbindlichkeiten und sind dementsprechend in voller Höhe vor der Ausschüttung der Quote an die Insolvenzgläubiger zu erfüllen. Allerdings besteht eine doppelte Beschränkung der Höhe der Ansprüche, die durch einen solchen Sozialplan in der Insolvenz begründet werden können. So können den Arbeitnehmern Ansprüche nur bis zu einer Höhe von zweieinhalb Monatsverdiensten zugesprochen werden (§ 123 Abs. 1 InsO). Eine weitere Begrenzung greift abhängig vom Umfang der vorhandenen Insolvenzmasse: Für den Sozialplan darf lediglich bis zu einem Drittel der Summe verwendet werden, die ohne den Sozialplan zur Verteilung an die Insolvenzgläubiger zur Verfügung stehen würde (§ 123 Abs. 2 S. 2 InsO). Bestehen daher schon andere Masseverbindlichkeiten in einem Umfang, der die gesamte vorhandene Insolvenzmasse ausschöpft, kann ein Sozialplan nicht finanziert werden.

C. Beteiligung der Arbeitnehmer im (vorläufigen) Gläubigerausschuss

Zu den Interessen der Insolvenzgläubiger, die durch den Gläubigerausschuss repräsentiert werden sollen, gehören selbstverständlich auch die Interessen der Arbeitnehmer **als Inhaber von Insolvenzforderungen**. Auch ein Arbeitnehmer kommt daher schon nach allgemeinen Grundsätzen als Mitglied im Gläubigerausschuss ohne weiteres in Betracht.

Zudem wird im Gesetz allerdings auch ausdrücklich angeordnet, dass dem Gläubigerausschuss ein **„Vertreter der Arbeitnehmer“** angehören soll (§ 67 Abs. 2 S. 2 InsO). Die früher vorhandene Einschränkung auf den Fall, dass die Arbeitnehmer mit wesentlichen Forderungen am Verfahren beteiligt sein mussten, ist zwischenzeitlich entfallen. Hieraus lässt sich das Verständnis entnehmen, dass auch im Gläubigerausschuss die Interessen und Kenntnisse der Arbeitnehmer als solche Berücksichti-

gung finden sollen, unabhängig von ihrer Stellung als Insolvenzgläubiger. Die Regelung lässt sich daher als eine Ausgestaltung der Mitbestimmung für die Sondersituation der Insolvenz verstehen.

Noch in Diskussion ist derzeit die Frage, inwieweit der „Vertreter der Arbeitnehmer“ auch ein nicht zur Belegschaft gehörender Gewerkschaftsvertreter oder Rechtsanwalt sein kann (vgl. Kolbe, NZI 2015, 400). Einordnungsschwierigkeiten ergeben sich dabei vor allem für den vorläufigen Gläubigerausschuss, in welchen nach dem Wortlaut des Gesetzes im Gegensatz zum „endgültigen“ Gläubigerausschuss keine Personen aufgenommen werden dürfen, die nicht selbst Insolvenzgläubiger im Verfahren sind (vgl. § 67 Abs. 3 InsO, auf welchen für den vorläufigen Gläubigerausschuss durch § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a InsO gerade nicht verwiesen wird).

D. Stellung des Betriebsrats im Insolvenzverfahren

Bestand und Aufgaben eines eingesetzten Betriebsrates bleiben von der Insolvenz des Arbeitgebers im Kern unberührt. Allerdings werden auch hinsichtlich der Mitwirkungsrechte des Betriebsrates gewisse insolvenzrechtliche Abschwächungen vorgenommen.

Ebenso wie für die meisten Individualverträge besteht für den Insolvenzverwalter auch in Bezug auf Betriebsvereinbarungen eine Beendigungsmöglichkeit, wenn sich aus diesen Verpflichtungen ergeben, die die Insolvenzmasse wirtschaftlich belasten. Vor einer Kündigung einer die Insolvenzmasse belastenden **Betriebsvereinbarung** soll der Insolvenzverwalter zunächst mit dem Betriebsrat über eine einvernehmliche Herabsetzung der Leistungen beraten (§ 120 S. 1 InsO).

Für den Fall einer **Betriebsänderung** wird im Interesse einer Verfahrensbeschleunigung das fakultative Vermittlungsverfahren nach § 112 Abs. 2 BetrVG nur durchgeführt, wenn dies sowohl vom Insolvenzverwalter als auch vom Betriebsrat gewünscht ist (§ 121 InsO). Beide Seiten können daher unmittelbar nach Scheitern von Verhandlungen die Einigungsstelle anrufen. Macht der Insolvenzverwalter eine besondere Dringlichkeit geltend, kann er hierauf gestützt drei Wochen nach Verhandlungsbeginn die gerichtliche Zustimmung zur Durchführung der Betriebsänderung beantragen (§ 122 InsO).

E. Stellung der Arbeitnehmer im Insolvenzplan

1. Keine insolvenzrechtliche Sonderbehandlung der Forderungen von Arbeitnehmer

Mit ihren Insolvenzforderungen sind die Arbeitnehmer auch im Rahmen eines Insolvenzplans ebenso wie die übrigen Insolvenzgläubiger zu berücksichtigen.

Ob für die Arbeitnehmer eine **eigene Gruppe** im Plan gebildet wird, hängt von den tatsächlichen Umständen im konkreten Verfahren und auch der Beurteilung durch den jeweiligen Planersteller ab. Das Gesetz sieht vor, dass eine besondere Gruppe dann gebildet werden soll, wenn die Arbeitnehmer als Insolvenzgläubiger mit nicht unerheblichen Forderungen beteiligt sind (§ 222 Abs. 3 InsO). Dabei wird man im Hinblick auf die Erheblichkeit einen gewissen Einschätzungsspielraum annehmen müssen.

Praktisch wird für die Arbeitnehmer bei einer Sanierung durch Insolvenzplan die **Erhaltung ihrer Arbeitsplätze** im Rahmen des Unternehmenserhalts eine größere Rolle spielen als die auf offene Forderungen entfallende Quote.

2. Auf Bundesagentur für Arbeit und PSVaG übergegangene Arbeitnehmerforderungen

Keinen Einfluss haben die Arbeitnehmer auf das Abstimmungsverhalten der **Bundesagentur für Arbeit** im Hinblick auf die Lohnforderungen, die mit der Zahlung von Insolvenzgeld auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangen sind.

Ebenfalls eigenständig zu entscheiden hat der **PSVaG** im Fall einer durch die insolvente Gesellschaft gewährten betrieblichen Altersversorgung. Materiell genießt der PSVaG im Rahmen eines Insolvenzplans eine Sonderstellung auf Grund der sog. Besserungsregel in § 7 Abs. 4 S. 5 BetrAVG. Danach soll in einem Insolvenzplan vorgesehen werden, dass bei einer nachhaltigen Besserung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers die vom PSVaG zu erbringenden Leistungen ganz oder zum Teil vom Arbeitgeber oder sonstigen Träger der Versorgung wieder übernommen werden (vgl. hierzu Rieger, NZI 2013, 671). Als weitere Besonderheit sieht § 9 Abs. 4 S. 1 BetrAVG fakultativ die Bildung einer eigenen Gruppe für den PSVaG vor, wenn der betreffende Insolvenzplan die Fortführung des Unternehmens oder eines Betriebs vorsieht.

WWW.BOECKLER.DE