

Das Leitbild des sanierten Unternehmens im Schutzschirmverfahren – Rechtliche Umsetzung –¹

Michael Bremen, RA, vBP, Düsseldorf

I. Umsetzung im Eröffnungsverfahren

1. Leitbild: materielle Insolvenz

Der Schuldner kann das Schutzschirmverfahren nach § 270 b InsO unter den dortigen Voraussetzungen dem Ziel seiner Sanierung beantragen. Es soll (§ 281 Abs. 1 S. 1 InsO) münden in der Vorlage eines vom Schuldner erstellten Insolvenzplanes, der die Sanierung des Schuldners regelt. Mit den Schutzschirmverfahren stellt der Gesetzgeber dem Schuldner ein selbstkontrolliertes Verfahren zur eigenen Restrukturierung unter Aufsicht eines Sachwalters und des Insolvenzgerichts zur Verfügung.

Das Schutzschirmverfahren ist daher in seiner grundsätzlichen Anlage stark angelehnt an das Chapter-11-Verfahren des amerikanischen Rechts, das der Schuldner ebenfalls auf eigenen Antrag mit dem Ziel der Vorlage eines Reorganisationsplanes in der Regel innerhalb von 120 Tagen einleiten kann. Der Reorganisationsplan regelt die Reorganisation des Schuldners. Er ermöglicht die Bildung von Gläubigergruppen und endet mit der Abstimmung über den Plan (innerhalb von 180 Tagen) sowie der konstitutiven² gerichtlichen Bestätigung des Planes durch das Gericht – wie das Insolvenzplanverfahren.

Damit stellt sich die Frage, ob aus diesem Rechtsvergleich zwischen Schutzschirm- und Chapter-11-Verfahren etwas für das Leitbild des aus dem Schutzschirmverfahren nach §§ 270b ff. InsO sanierten Unternehmens gewonnen werden kann. Der reorganisationswillige Schuldner kann nach amerikanischem Recht das Verfahren zum Zwecke seiner Reorganisation einleiten, ohne dass ein in Anlehnung an §§ 17 - 19 InsO vergleichbarer Insolvenzgrund vorliegt. Voraussetzung für die Einleitung eines Schutzschirmverfahrens auf Antrag des Schuldners ist jedoch das Vorliegen mindestens drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, also eines Grundes jedenfalls seit dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 01.01.1999 materieller Insolvenz³.

Auch nach deutschem Recht wird der Schutzschirmantrag ohne das Vorliegen der Eröffnungsgründe der drohenden Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vereinzelt für zulässig gehalten.⁴ Aus

¹ Vortrag anlässlich der Eröffnungsveranstaltung des Instituts für Insolvenz- und Sanierungsrecht der Juristischen Fakultät der Heinrich Heine Universität Düsseldorf und der Düsseldorfer Vereinigung für Insolvenz- und Sanierungsrecht e. V. am 22.11.2013 im Haus der Universität

² Auch die Wirkungen des Insolvenzplanes treten erst mit der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses ein (§ 254 Abs. 1 InsO).

³ Auch die Einleitung des Vergleichsverfahrens nach der bis zum 31.12.1998 geltenden VglO setzte das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung voraus (§ 2 Abs. 1 Satz 3 VglO).

⁴ *Hirte/ZInsO* 2011, 401, 402, kritisch auch *Eidenmüller, ZHR* 2011, 11, 35, 36.

Sanierersicht⁵ wird der Beginn umfassender Sanierungsmaßnahmen ab Eintritt der Krise gefordert, die regelmäßig vor dem Vorliegen von Eröffnungsgründen liegt, mit einer strategischen Krise beginnt und sich in einer Ergebnis- und Liquiditätskrise bis zur Insolvenzreife vertieft.

Dem Schuldner steht es gut beraten, Sanierungsmaßnahmen zur Überwindung seiner wirtschaftlichen Krise unverzüglich nach deren Eintritt einzuleiten, um die Krise nicht in eine Insolvenz münden zu lassen.⁶ Der Gesetzgeber der Bundesrepublik Deutschland hat allerdings trotz gelegentlich erhobener (auch noch nach dem Inkrafttreten des ESUG) Forderungen keinen gesonderten rechtlichen Rahmen für ein förmliches außergerichtliches Sanierungsverfahren geschaffen. Das deutsche Insolvenzrecht setzt das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes (materielle Insolvenz) voraus, der alleine den Eingriff in Gläubigerechte durch die Regelungen der InsO- auch verfassungsrechtlich - rechtfertigt. Dem Bedürfnis nach frühzeitiger Verfahrenseinleitung kann in praxi Rechnung getragen durch einen nutzbaren Beurteilungsspielraum flexibler Planannahmen, die der Liquiditätsplanung zum Nachweis drohender Zahlungsunfähigkeit oder der Fortbestehensprognose zum Nachweis der Überschuldung zugrunde gelegt werden.

Bei durchaus vergleichbarer Ausgestaltung und dem Bedürfnis nach frühzeitiger Einleitung einer auch strategische Maßnahmen umfassenden Sanierung ist die Ausgangslage von Schutzschirm- und Chapter-11-Verfahren grundverschieden. Charakteristisch für das Leitbild eines aus dem Schutzschirmverfahren sanierten Unternehmens ist daher, dass die Sanierung unter Beantragung des Schutzschirmes nur und erst nach Eintritt materieller Insolvenz heraus erfolgen kann.

2. Leitbild: bestmögliche und gleichmäßige Gläubigerbefriedigung

Damit ist die Frage aufgeworfen, an welchen rechtlichen Vorgaben sich die Sanierung des Unternehmens im Schutzschirmverfahren zu orientieren hat und ob insbesondere das allgemeine Primat des Insolvenzverfahrens der gleichmäßigen und bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger nach wie vor neingeschränkt gilt.

Der Grundsatz der gleichmäßigen und bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger ist kein Selbstzweck und schon gar keine Monstranz, die Insolvenzrechtler vor sich hertragen, sondern Folge des Unvermögens des Schuldners, alle Gläubiger vollumfänglich befriedigen zu können. Das Insolvenzrecht beendet die Einzelzwangsvollstreckung der Gläubiger und ist auf die gleichmäßige und bestmögliche Haftungsverwirklichung im Interesse aller Gläubiger angelegt.⁷ Andererseits hat der Gesetzgeber gerade mit den Änderungen der Vorschriften über die Eigenverwaltung unter Einschluss der Schaffung des Schutzschirmverfahrens durch das ESUG den Sanierungsansatz in der InsO gestärkt. Hieraus wird teilweise gefolgert, die Sanierung sei als weiteres Ziel des Insolvenzverfahrens neben die gleichmäßige und bestmögliche Befriedigung der Gläubiger getreten. Sanierung sei damit ein weiteres „gleichberechtigtes“ Ziel oder wenigstens Nebenziel des Insolvenzverfahrens⁸.

⁵ RolandBerger StrategyConsultants, Handelsblatt-Tagung 14.03.2013 in Berlin.

⁶ *Undritz*, Kölner Schriften zu InsO, Kap. 29.

⁷ S. im einzelnen ausführlich *MünchKomm/Ganter/Lohmann*, 3. Aufl., § 1 Rn. 20 ff.

⁸ *HambKomm-InsO/Schmidt*, 4. Aufl., § 1 Rn. 26 „gleichberechtigtes“.

Diese Auffassung findet jedoch in § 1 InsO, der durch die Vorschriften des ESUG nicht geändert wurde, keinen hinreichenden Niederschlag. Sanierung und Erhalt eines Unternehmens sind alles andere als in der Mehrzahl aller Insolvenzfälle überhaupt nur möglich. Die Sanierung des Unternehmens des Schuldners – regelmäßig unter Erhalt des Rechtsträgers und damit durch Insolvenzplan, in welchen das Schutzschirmverfahren münden soll, – als eigenständiges Verfahrensziel würde in der überwiegenden Anzahl der Fälle wegen anfänglicher Unmöglichkeit gänzlich verfehlt und ist daher als allgemeines gesetzgeberisches Ziel eines Insolvenzverfahrens untauglich. Dabei hat der Gesetzgeber die Sanierung allerdings nicht in den Orkus der Beliebigkeit der Verfahrensabwicklung versenkt; sie steht vielmehr gleichwertig und gleichrangig neben den anderen Formen der Verwertung (übertragende Sanierung, Liquidation) den Akteuren des Verfahrens zur Verfügung und muss (!) zum Zuge kommen, wenn sie sich im Einzelfall als die für die Gläubiger vorteilhafteste Form der Verwertung herausstellt.

Der Gesetzgeber hat damit bewusst davon abgesehen, das bisherige Primat der gleichmäßigen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung des Insolvenzverfahrens durch ein weiteres – gleich- oder auch nur nachrangiges – Ziel *Sanierung des Schuldners* zu ergänzen. Wird in einem der sog. ESUG-Verfahren der Eigenverwaltung oder des besonderen Schutzschirmverfahrens nach § 270 b InsO ein Sanierungsansatz verfolgt, ist dieser ebenso an dem Primat der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung zu messen.⁹

3. Leitbild: (auch in Gang gesetzter) laufender Geschäftsbetrieb

Unverändert gilt daher allgemein, aber auch im Schutzschirmverfahren, dass jede Sanierung oberhalb der Zerschlagungswerte der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung dient.¹⁰ Alleine eine Verwertung oberhalb der Zerschlagungswerte bietet dem Gläubiger eine bessere Quote und damit Befriedigung.

Unter diesem Blickwinkel setzt die Verfolgung eines Sanierungsansatzes aber nicht einen laufenden Geschäftsbetrieb bei Einleitung des Verfahrens voraus.¹¹ Mindestens so ambitioniert und auch Teil einer Sanierung des Schuldners ist die Wiederingangsetzung seines aufgrund der wirtschaftlichen Krise bereits zum Erliegen gekommenen (z. B. durch Einstellung der Belieferung) oder eines bewusst – sei es auch nur aus Hoffnungslosigkeit - eingestellten Geschäftsbetriebes. Die Realisierung von Zerschlagungswerten zulasten der Gläubiger ist mit Wiederaufnahme und andauernder Fortführung des Geschäftsbetriebes in der Regel abgewendet, wenngleich die Sanierung damit nicht beendet ist.

4. Leitbild: Schutzschirmantrag

Diese Antragsvoraussetzungen sind von dem Insolvenzgericht eigenständig zu prüfen, wobei im Focus der Prüfung steht, ob keine Umstände bekannt sind, die Nachteile für die Gläubiger aufgrund der Anordnung der Eigenverwaltung erwarten lassen.

⁹ Regierungsbegründung zum ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 17 re. Sp.

¹⁰ Braun/Heinrich, NZI 2011, 505, 506.

¹¹ So aber Frind/Köchling, ZInsO 2013, 1666, 1667 li. Sp.

Der Antrag¹² auf Einleitung des Schutzschirmverfahrens, der einen Eigenantrag und einen Antrag auf Eigenverwaltung nach allgemeinen Vorschriften (§§ 13 - 15a, 270, 270a InsO¹³) voraussetzt¹⁴, ist dadurch gekennzeichnet, dass der Schuldner

- die Festsetzung einer Frist durch das Gericht zur Vorlage eines Insolvenzplanes beantragt (§ 270 b Abs. 1 S. 1 InsO,
- die sog. Bescheinigung nach § 270 b Abs. 1 S. 2 InsO vorlegt,
- einen Antrag auf Anordnung von Sicherungsmaßnahmen (Schutzschirm) nach § 270 b Abs. 2 S. 3 InsO stellt (fakultativ).

Der Schuldner verliert weder mit der Bestellung eines vorläufigen Sachwalters (§ 270 b Abs. 2 S. 1 InsO), noch mit der Eröffnung des Verfahrens die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen. Er unterliegt allerdings mit der amtswegigen Anordnung von Sicherungsmaßnahmen im Eröffnungsverfahren (§§ 270b Abs. 2 S. 3, 21 Abs. 1, 2 Nr. 1a, 3 - 5 InsO) oder auf Antrag (§§ 270 b Abs. 2 S. 3, 21 Abs. 1, 2 Nr. 3 InsO) Beschränkungen seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, die nicht nur im Innenverhältnis zum vorläufigen Sachwalter wirken, sondern Verfügungen absolut unwirksam sein lassen. Sie erfolgen verbotswidrig oder ohne Zustimmung.¹⁵

5. Leitbild: Sanierungsfähigkeit

Zentraler Prüfungsgegenstand des Gerichts ist, ob die Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos¹⁶ ist, § 270 b Abs. 1 S. 1 InsO. Diese Formulierung in § 270 b Abs. 1 S. 1 und S. 3 a. E. InsO wirft die Frage auf, ob der Antrag selbst ein Sanierungskonzept enthalten muss oder ob es ausreicht, wenn das Sanierungskonzept Bestandteil der Bescheinigung selbst ist. Unter Praktikabilitätsgesichtspunkten ist beides als zulässig zu erachten.¹⁷

Auch die Prüfungsdichte des Gerichts ist streitig (Plausibilitätsprüfung vs. Amtsermittlungsgrundsatz).¹⁸ Da das Verfahren nach h. M.¹⁹ nicht zu veröffentlichen ist, sei es einer strengen Machbarkeitsprüfung des Gerichts zu unterziehen, um die Sanierungsaktivitäten ohne Bekanntgabe an die Gläubiger zu rechtfertigen. Die Gesetzesbegründung²⁰ und der Effekt der Entlastung des Gerichts von einer aufwendigen Prüfung gerade durch die Vorlage der Bescheinigung selbst sprechen jedoch

¹² Wird der Antrag einer GmbH nur auf drohende Zahlungsunfähigkeit gestützt, bedarf er im Innenverhältnis der Gesellschafter zur Vermeidung einer Schadenersatzpflicht des zustimmenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung, OLG München, ZIP 2013, 1121, n. rkr. Nichtzulassungsbeschwerde BGH II ZR 152/13.

¹³ instruktiv hierzu aus dem amerikanischen Recht: K. Schmidt/*Undritz*, vor §§ 270 ff., Rn. 19.

¹⁴ Dazu gehört auch, ob das Verfahren später überhaupt als eigenverwaltetes Verfahren eröffnet werden kann.

¹⁵ MünchKomm, 3. Aufl., § 21 Rn 133.

¹⁶ Signifikant: Wahrscheinlichkeit > 50 %.

¹⁷ K. Schmidt/*Undritz*, InsO, 18. Aufl., § 270b, Rn. 1.

¹⁸ zum Meinungsstand: K. Schmidt/*Undritz*, § 279 Rn. 8, *Vallender*, GmbHR 2012, 450, 452, 453, *Smid*, ZInsO 2013, 209, 215, *Braun/Riggert*, InsO, § 270b Rn. 7, *Frind*, ZInsO 2011, 656, 660, ZInsO 2012, 540.

¹⁹ HambKomm/*Schröder*, InsO, § 23 Rn. 3, *Horstkotte*, ZInsO 2012, 1161, *Hirte*, ZInsO 2011, 401, 404; a. A.: *Richter/Pluta*, BB 2012, 1591, 1594, *Frind*, ZInsO 2012, 1099, 1106, *Braun/Riggert*, InsO, § 270a Rn. 7, 8, *Kübler/Koch*, HRI, § 7 Rn. 9.

²⁰ nach der Gesetzesbegründung zu Abs. 2 S. 3 scheidet die Einsetzung eines Sachverständigen zur Prüfung der Richtigkeit der Bescheinigung aus, BR-drucks. 127/11.

eher für eine Beschränkung der Prüfung auf die Qualifikation des Bescheinigers und die Schlüssigkeit der Begründung.²¹

Mit der Schlüssigkeit der Begründung ist der erforderliche Inhalt der Bescheinigung nach § 270 b Abs. 1 S. 3 InsO angesprochen.

Die Bemühungen des Fachausschusses Sanierung und Insolvenz (FAS) des IDW zur Konkretisierung des Inhaltes der Bescheinigung nach § 270 Abs. 1 S. 3 InsO haben sich in dem Entwurf IDW ES 9 niedergeschlagen.²² Zur Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit wird darin auf IDWPS 800 (Stand 06.03.2009) Bezug genommen, zur Feststellung der Überschuldung auf IDW St/FAR 1/1996. Indes sind nach dem Willen des Gesetzgebers weder ein Sanierungsgutachten, noch eine Überschuldungsprüfung (zumal nach dem IDW-Standard) zu fertigen.²³ Eine derart dezidierte Planung würde wesentliche Inhalte des endgültigen Insolvenzplanes (und deren Prüfung) bereits in das Antragsverfahren verlagern. Es ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber dies gewollt hat, würden die Eingangsvoraussetzungen hierdurch nachhaltig erhöht und eine frühzeitige Antragsstellung konterkariert.

Konkreter und zielführender ist der Leitfaden „Struktur eines Grobkonzeptes im Rahmen der Bescheinigung nach § 270 b InsO“ des Bundesverbandes Deutscher Unternehmensberater BDU e. V.²⁴, wonach auf die aktuelle Krisensituation, bereits eingeleitete und vorgesehene Sanierungsmaßnahmen, die Durchführbarkeit des Planverfahrens (Stabilität des Betriebes während des Verfahrens, Ertrags- und Liquiditätsplanung bis zur Verfahrensaufhebung, Eckpunkte des insolvenzplanes einschließlich Gruppenstruktur, Finanzierung, Besserstellung der Gläubiger), die Gründe für die Eigenverwaltung, Geeignetheit des avisierten Sanierers, Zustimmung der Steakholder einzugehen ist.

Es reicht daher richtigerweise aus, das Vorliegen der Eröffnungsgründe drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung mittels der zu denen Nachweis erforderlichen Finanzpläne darzulegen, in denen über den relevanten Prognosezeitraum (voraussichtliche Verfahrensaufhebung) alle liquiden (einschließlich aller Kreditlinien und kurzfristig realisierbarer Erlöse aus der Verwertung nicht betriebsnotwendigen Vermögens) Mittel den fälligen und in diesem Zeitraum fällig werdenden Verbindlichkeiten gegenüber gestellt werden.²⁵ Dabei ist die drohende Zahlungsunfähigkeit nur für den Zeitpunkt des Antrags festzustellen. Die Regelungen des § 270 b Abs. 3 S. 1 Nr. 1 RegE ESUG, die bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit die Aufhebung des Schutzschirmverfahrens aus Gründen des Gläubigerschutzes vorsah,²⁶ ist aufgrund der Intervention des Rechtsausschusses des Bundestages²⁷ nicht Gesetz geworden. Ihr Eintritt während des Schutzschirmverfahrens hat – abgesehen von der den Schuldner und den vorläufigen Sachwalter treffenden Anzeigepflichten nach § 270 b Abs. 4 S. 2 InsO

²¹ K. Schmidt/*Undritz*, § 279 Rn. 8, HambKomm/Fiebig, InsO, 4. Aufl., § 270b, Rn. 5.

²² Verabschiedung als Entwurf vom Fachausschuss Sanierung und Insolvenz am 21.02.2012, Kenntnisnahme durch den Hauptfachausschuss (HFA) am 01.03.2012.

²³ Gesetzentwurf Bundesregierung, BT-Drucks 17/5712, s. 61.

²⁴ <http://www.bdu.de/bdu/fachverbaende/fachverband-sanierungs-und-insolvenzberatung.aspx>

²⁵ *Braun/Riggert*, InsO, 5. Aufl., § 270b Rn. 7, *Ganter*, NZI 2012, 985, 987.

²⁶ BT-Druck s. 17/5712, s. 12, 41.

²⁷ BT-Druck s. 17/5711, s. 50: „eine solche Regelung gibt einzelnen Gläubigern ein wirksames Mittel an die Hand, das Verfahren zu torpedieren, auch wenn die Sanierungsversuche durch die Gläubigermehrheit unterstützt werden.“

– insofern nur noch Bedeutung, als die hierdurch angestrebte Sanierung offensichtlich aussichtslos werden könnte (§ 270 b Abs. 1 S. 1 InsO).

Erforderlich ist eine schlüssige Darstellung der Sanierungswürdigkeit und -fähigkeit des Unternehmens, was bei Erfüllung der Vorgaben des IDW S6 oder des Leitfadens des BDU ohne Zweifel gegeben, aber nicht zwingend erforderlich ist. Ausreichend dürfte sein, dass das Grobkonzept den inhaltlichen Anforderungen des BGH genügt, die dieser an ein Sanierungskonzept bei der Anfechtung der Bestellung von Sicherheiten wegen Gläubigerbenachteiligung²⁸ gestellt hat. Ein derartiges Konzept geht von den erkannten und erkennbaren tatsächlichen Gegebenheiten aus und ist nicht offensichtlich undurchführbar. Sein Ausgangspunkt ist eine Analyse der wirtschaftlichen Lage des Schuldners innerhalb des Marktes, in welchem er sich bewegt, eine Beschreibung der Krisenursachen und deren Auswirkungen auf die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage.²⁹

In konzeptioneller und finanzieller (Finanzierbarkeit³⁰) Hinsicht enthält das Konzept die Grundzüge der beabsichtigten Sanierung. Die Sanierungsmaßnahmen sind nicht nur pauschal und allgemeinverbindlich, sondern so konkret darzustellen, dass sich offensichtliche Bedenken gegen seine Umsetzbarkeit nicht einstellen. Die Darstellungsdichte ist letztlich einzelfallabhängig.

Ferner ist anzugeben, dass die wesentlichen Stakeholder (Gesellschafter, Gläubiger) bereit sind, die Sanierung mitzutragen. Sie müssen bereits bei Erstellung des Grobkonzepts in die Sanierung mit einbezogen werden. Unterbleibt dies, können wesentliche Gläubiger durch die Einleitung des Schutzschirmverfahrens überrascht werden und dies mit der Folge des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit zum Anlass nehmen, ihre Kredite fällig zu stellen. Die Sanierung ist alleine bereits deshalb offensichtlich gefährdet. Ein Beginn der Umsetzung – soweit eine derartige Trennung bei einer umfassenden Sanierung überhaupt gemacht werden kann – ist nicht zu verlangen.

6. Leitbild: Bescheiniger

Neben den leicht festzustellenden Qualifikationen (Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt) zählen zu den Personen mit vergleichbaren Qualifikationen Steuerbevollmächtigte, vereidigte Buchprüfer, Angehörige dieser Berufsstände anderer Mitgliedstaaten der EU oder eines Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum mit vergleichbarer Qualifikationen, soweit sie ausreichende Erfahrungen in den Insolvenzverfahren haben.³¹ Diese Qualifikation muss der Schuldner mit dem Antrag mindestens glaubhaft machen, soweit sie nicht als gerichtsbekannt vorausgesetzt werden kann. Ermittlungen gem. § 5 Abs. 1 InsO stehen hierzu im Widerspruch.³²

Als (vorläufiger) Sachwalter scheidet der Bescheiniger aus (§ 270b Abs. 2 S. 1 InsO). Ob er wie ein (vorläufiger) Insolvenzverwalter gem. §§ 56 Abs. 1, 56a InsO in gleicher Weise unabhängig sein

²⁸ BGH, ZIP 1998, 248; BGH, Urt. v. 01.04.2004, JurionRS 2004; 16042, BGH, Urt. v. 21.06.2007, ZInsO 2007, 816, Tz 18.

²⁹ HambKomm/*Fiebig*, 4. Aufl., § 270b Rn. 11, *Frind/Köchling*, ZInsO 2013, 1666, 1674.

³⁰ so *Brinkmann*, DB 2012, 1313, 1316, 1317, als Nachweis der Finanzierbarkeit des Sanierungskonzepts

³¹ BR-Druck s. 127/11 s. 62.

³² MünchKomm/*Ganter*, § 5 Rn. 13, dagegen: *Vallender*, GmbHR 2012 450, 451.

muss,³³ ist umstritten, angesichts seines Ausschlusses nur als (vorläufiger Sachwalter) und des Fehlens eines Verweises auf §§ 56 Abs. 1, 56a InsO oder einer Klarstellung in § 270b Abs. 1 S. 3 InsO eher zu verneinen. Zutreffend ist allerdings auch, dass die Bescheinigung des langjährigen steuerlichen oder rechtlichen Beraters des Schuldners wertlos ist.³⁴ Damit scheint ein nicht näher konturiertes Maß an Unabhängigkeit erforderlich zu sein.

7. Leitbild: Finanzierung während des Schutzschirmverfahrens

Durch § 270 b Abs. 3 InsO hat der Gesetzgeber anders als im Verfahren ohne Schutzschirm³⁵ nach §§ 270, 270 a InsO die Zulässigkeit der Begründung von Masseverbindlichkeit (hier: auf Antrag des Schuldners) durch den Schuldner klargestellt. Bei entsprechender Anordnung werden alle Verbindlichkeiten mit rechtsgeschäftlichem und gesetzlichem Ursprung (Steuern) erfasst. Es gelten die zur Einzelmächtigungsrechtsprechung entwickelten Grundsätze.³⁶

II. Umsetzung im eröffneten Verfahren

1. Leitbild: Verfahrenseröffnung wegen Insolvenzplan

§ 270 b InsO bestimmt im Schutzschirmverfahren keine weiteren besonderen Voraussetzungen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Die Eröffnung des Verfahrens in Eigenverwaltung erfolgt alleine nach § 270 Abs. 2 InsO und ist – neben dem Antrag des Schuldners – davon abhängig, dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zum Nachteil für die Gläubiger führen wird. Offen ist dabei, ob die Fälle

- I. der Aufhebung der Schutzschirmanordnungen nach § 270 Abs. 4 S. 1 InsO (Aussichtslosigkeit der angestrebten Sanierung, Aufhebungsantrag des vorläufigen Gläubigerausschusses oder eines absonderungsberechtigten Gläubigers oder Insolvenzgläubigers bei erwarteten Nachteilen) oder
- II. einer Anzeige des Schuldners über den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit während des Schutzschirmverfahrens

automatisch zur Ablehnung der Eigenverwaltung nach § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO führen. Die Anordnung der Eigenverwaltung auf Antrag des Schuldners nach § 270 Abs. 2 InsO setzt die Vorlage eines Sanierungskonzepts nicht voraus.³⁷ Das Gericht wird sich zu Recht schwer tun, mit der Eröffnung die Eigenverwaltung anzuordnen, wenn das Sanierungskonzept des Schuldners während des Schutzschirmverfahrens gescheitert ist oder der Schuldner keinen Insolvenzplan innerhalb der gesetzten

³³ wie hier: *Hölzle*, ZIP 2012, 158, 161, AG München, ZIP 2012, 789, und ZIP 2012, 1308, abl.: *Buchalik*, ZInsO 2012, 349, 351, *Schmidt/Linker*, ZIP 2012, 963, 964.

³⁴ *Pape*, ZInsO 2013, 2129, 2133.

³⁵ dazu differenzierend jüngst: *Graf-Schlicker*, ZInsO 2013, 1765, 1766, 1767: „..., ob es wünschenswert sei, dass Gläubiger Kredit *ausschließlich* mit Blick auf eine Stellung als Massegläubiger gewähren?“

³⁶ beginnend mit: BGHZ 151, 353, 362 = ZInsO 2002, 819, 821.

³⁷ *Braun/Riggert*, § 270 Rn. 4.

Frist vorlegt und nicht erkennbar ist, welchen sonstigen Plan der Schuldner in der Eigenverwaltung verfolgt. Sinn und Zweck des Schutzschirmverfahrens ist, den Schuldner unter dem besonderen Schutz dieses Verfahrens die Sanierung durch Insolvenzplan vorbereiten zu lassen.

2. Leitbild: Rekapitalisierung

Da das Grund- oder Stammkapital einer insolventen juristischen Person infolge der aufgelaufenen Verluste regelmäßig vollständig aufgebraucht ist, ist deren Rekapitalisierung Kern jeder finanzwirtschaftlichen Sanierung. Ohne die Wiederherstellung des erforderlichen Eigenkapitals ist going concern regelmäßig nicht gegeben. Mit dem durch das ESUG geschaffenen § 225 a InsO steht erstmals eine gesetzliche Regelung zur Verfügung, die nicht nur in diesem Kontext einen Eingriff in Gesellschafterrechte ermöglicht. Bis zum 01.03.2012 hingen Sanierungsmaßnahmen mit Auswirkungen auf Anteils- und Mitgliedschaftsrechte regelmäßig davon ab, dass deren Inhaber zur Mitwirkung gewonnen werden konnten, was bei diesen nicht selten Begehrlichkeiten hervorrief.

Neben der Generalklausel in § 225 a Abs. 3 InsO, dass im Plan jede gesellschaftsrechtlich zulässige Regelung getroffen werden könne, stehen von den Beispielsfällen des § 225 a Abs. 2 InsO der Debt Equity Swap und die zeitgleiche Kapitalherabsetzung und -erhöhung bei vollständigem Bezugsrechtsausschluss der Altanteilsinhaber im Mittelpunkt der Betrachtung. Verfahrensrechtlich setzen diese Maßnahmen voraus

- beim Kapitalschnitt die Zustimmung der – gesondert zu bildenden (§ 222 Abs. 1 Nr. 4 InsO) – Gruppe der Anteilsinhaber, die eine Zustimmung nach Köpfen und der Mehrheit des vertretenen Kapitals erfordert (§ 244 Abs. 3 InsO), aber nach § 245 InsO (sog. Obstruktionsverbot) ersetzt werden kann, wenn diese Gruppe durch den Insolvenzplan nicht schlechter gestellt wird, als sie ohne den Plan stünde, und wenn die vorrangigen Gläubigergruppen dem Plan zugestimmt haben,³⁸
- beim Debt Equity Swap die Zustimmung der durch die Umwandlung in Kapital betroffenen Gläubiger (§ 225 a Abs. 2 S. 2 InsO) wegen des verfassungsrechtlich geschützten Grundsatzes der negativen Vereinigungsfreiheit.³⁹

2.1 Kapitalschnitt

Unstreitig ist außerhalb der Insolvenz, dass eine Kapitalherabsetzung auf Null keiner sachlichen Rechtfertigung im Sinne einer Eignung, Erforderlichkeit oder Verhältnismäßigkeit bedarf.⁴⁰ *A majore ad minus* sollte in der Insolvenz nichts anderes gelten. In der Insolvenz ist die Vermögenslage einer Kapitalgesellschaft regelmäßig von einem vollständigen Verzehr des Stamm- oder Grundkapitals,

³⁸ Hierzu *Madaus*, ZGR 2011, 749, 767 ff., *Stöber*, ZInsO 2012, 1811, 1819 zu bedenken im Hinblick auf Art. 25 Abs. 1 der 2. Gesellschaftsrechtlichen RL 77/91/EWG vom 13.12.1976); europarechtlich zulässig: BT Druck s. 17/5712, S. 20, *Eidenmüller/Engert*, ZIP 2009, 541, 548, *Spliedt*, GmbHR 2012, 462, 466.

³⁹ K. Schmidt/*Spliedt*, InsO, 18. Aufl., § 225a Rn. 28.

⁴⁰ Außerhalb der Insolvenz: BGHZ 138, 71, 76 = ZIP 1998, 692 mit Kommentierung von *Dreher*/EWiR. 1999, 49; MünchKomm/*Oechsler*, AktG 3. Aufl. 2011, § 229 Rn. 27.

wenn nicht von einem nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag gekennzeichnet, ist der Kapitalschnitt per se gerechtfertigt ist, hielte man noch eine darüber hinausgehende sachliche Rechtfertigung für erforderlich.

Allerdings ist es mit der Kapitalherabsetzung des ohnehin verbrauchten Eigenkapitals nicht getan, wenn das Kapital nicht nur in der gesetzlichen Höhe, sondern in der Höhe wiederhergestellt werden muss, wie es nach der integrierten Finanzplanung eines Insolvenzplans zur Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft erforderlich ist. Dabei stellen sich die Fragen der Zulässigkeit eines vollständigen Bezugsrechtsausschlusses und einer Entschädigung der Altgesellschafter.

2.1.1 Vollständiger Bezugsrechtsausschluss der Altgesellschafter

Außerhalb der Insolvenz muss der Bezugsrechtsausschluss – im Gegensatz zur Kapitalherabsetzung – im Sinne der schon erwähnten sachlichen Rechtfertigung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein. Bei einem Debt Equity Swap wird dies regelmäßig bejaht, weil er im Gesellschaftsinteresse liegt.⁴¹ Für die Aktiengesellschaft schließt die mit einer Kapitalherabsetzung (auf Null) einhergehende gleichzeitige Kapitalerhöhung die Leistung von Sacheinlagen bis zur Wiederherstellung des Grundkapitals aus, erfordert also eine Barkapitalerhöhung, bei der sich die Frage des vollständigen Bezugsrechtsausschlusses nochmals stellt, wenn der Altaktionär zur Verhinderung einer Verwässerung seiner Anteile zur Beteiligung an der Barkapitalerhöhung bereit ist.

Eine sachliche Rechtfertigung des vollständigen Bezugsrechtsausschlusses wird bejaht, wenn die neuen Aktien von einem Investor (auch Konsortium) gezeichnet werden sollen, dieser die vollständige Zeichnung der Barkapitalerhöhung zur Bedingung für sein Investment gemacht hat und insoweit eine andere Sanierungsmöglichkeit nicht besteht.⁴²

Im Planverfahren regelt § 225 a Abs. 2 S. 3 InsO ausdrücklich die Zulässigkeit des Ausschlusses von Bezugsrechten, weil ohne den Plan der Rechtsträger untergeht und der Anteilsinhaber damit auch seine Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte verliert.⁴³ § 251 Abs. 3 InsO gewährt im Hinblick auf Art. 14 GG einen ausreichenden verfassungsrechtlichen Schutz eines restlichen, in den Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten liegenden Vermögenswertes des Altanteilsinhabers. Diese Begründung dient aber in erster Linie einer Minimierung jeglichen Abfindungsanspruchs, dessen Klärung nach § 251 Abs. 3 InsO außerhalb des Insolvenzverfahrens erfolgt.⁴⁴

Der Ausschluss von Bezugsrechten als gesetzlich zulässige Regelung gem. § 225 a Abs. 2 InsO und die in Ausnahmefällen außerhalb der Insolvenz in engen Grenzen gegebene sachliche Rechtfertigung (Einstieg eines Investors) sprechen letztlich dafür, einen vollständigen Bezugsrechtsausschluss bei einer mit einer Kapitalherabsetzung auf Null einhergehenden gleichzeitigen Kapitalerhöhung auch zur

⁴¹ BGHZ 71, 40, 44, BGHZ 83, 319, 321 = ZIP 1982, 689, Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 186 Rn. 25, 34, Münchener Hdb. AG/Krieger, 3. Aufl. 2007, § 56 Rn. 85.

⁴² LG Heidelberg, ZIP 1988, 1257, 1258 mit Kommentierung von Timm, EWiR 1988, 945, Krieger, ZGR 2000, 885, 899, Münchener Hdb./Krieger, AktG, 3. Aufl. 2007, § 61 Rn. 15, § 60 Rn. 16.

⁴³ BT-Drucks. 17/5712, S. 18, Begr. RegE. zu § 251 InsO, BT-Druck s. 17/5712, S. 34 f.

⁴⁴ Hierzu nur: K. Schmidt/Spliedt, InsO, 18. Aufl., § 251 Rn. 24 ff.

Wiederherstellung des Grundkapitals zu bejahen.⁴⁵ Die Gesellschafter haben es in der Hand, durch eine rechtzeitige Sanierung unter Leistung entsprechender (Kapital-)Beiträge die Auflösung der Gesellschaft infolge der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (§§ 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG, 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG) und damit die Überlagerung der Befugnisse von Haupt-/Gesellschafterversammlungen, Aufsichtsrat und Vorstand/Geschäftsführer durch das insolvenzrechtliche Regime der Verwaltung des Vermögens der Gesellschaft durch den Insolvenzverwalter oder in Eigenverwaltung im Interesse der Gläubiger zu verhindern.

2.1.2 Entschädigung der Altanteilsinhaber

Die Entschädigungsregelung in § 225 a Abs. 2 S. 3 InsO hat in erster Linie das Ausscheiden aus einer personalistischen Gesellschaft im Blick.⁴⁶ Nach der Gesetzesbegründung gewähren die Vorschriften über die Planbestätigung (§§ 245, 251, 253 InsO) einen auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten (Art. 14 GG) ausreichenden Schutz der Altgesellschafter. In diesem Zusammenhang geht der Gesetzgeber des ESUG regelmäßig von der Wertlosigkeit ihrer Anteilsrechte aus. In Anlehnung an die Begründung des Regierungsentwurfes spricht sich – soweit herausgebildet – die überwiegende Meinung allenfalls für eine Entschädigung der Altaktionäre in Höhe des festzustellenden Liquidationswertes ihre Anteile aus.⁴⁷

Grundsätzlich hat die Bewertung einer Aktie unter Ausblendung eines konkreten Bewertungsanlasses (hier: der Sanierung durch Insolvenzplan) zu erfolgen, sog. Stand-Alone-Bewertung.⁴⁸ Die Sanierung der Gesellschaft durch bestätigten Insolvenzplan hat daher auf die Bewertung der Aktien des Altaktionärs keinen Einfluss (mehr). Ist die Sanierung durch Insolvenzplan regelmäßig alternativlos im Hinblick auf anderweitige Fortführungslösungen, kommt daher eine Entschädigung de facto nicht in Betracht, da der Liquidationswert der Aktien realistischer Weise gegen Null tendiert.⁴⁹

In der praktischen Gestaltung bietet sich die Bildung eines Entschädigungsfonds, ggf. orientiert an dem minimalen Börsenwert, gem. § 251 Abs. 3 InsO an, auf den die Aktionäre für den auf dem ordentlichen Rechtsweg außerhalb des Insolvenzverfahrens zu führenden Nachweis einer Schlechterstellung durch den Insolvenzplan gegenüber der Regelabwicklung des Insolvenzverfahrens zugreifen können.

2.2 Leitbild: Debt Equity Swap

Die Einbringung der Forderung im Wege der Sacheinlage erfolgt durch Verzicht (§ 387 BGB) oder durch Abtretung an die Gesellschaft mit der Folge der Konfusion. Ebenso wenig wie kein Gläubiger einen Anspruch auf Beteiligung an einem Debt Equity Swap hat, da das Gleichbehandlungsgebot des

⁴⁵ Braun/Frank, InsO, 5. Aufl. 2012, § 251 Rn. 2, Gehrlein, NZI 2012, 257, 260, Horstkotte/Martini, ZInsO, 2012, 557, 559, 561, 563, Kübler/Hölzle, HRI 2012, § 31 Rn. 12.

⁴⁶ BT-Druck s. 17/7511, S. 36.

⁴⁷ Begr. RegE zu § 251 InsO, BT-Druck s. 17/5712, S. 34.

⁴⁸ BGHZ 138, 136, 139 ff. = ZIP 1998, 690, BGHZ 186, 229, 237 = ZIP 2010, 1487.

⁴⁹ Für eine Abfindung nach dem Börsenwert: Eidenmüller/Engert, ZIP 2009, 541, 546, Sassenrath, ZIP 2003, 1517, 1529.

Insolvenzplanrechts nur gruppenintern und nicht gruppenübergreifend gilt (§ 226 Abs. 1 InsO), hat auch der Schuldner keinen Anspruch auf Zustimmung des Gläubigers zur Beteiligung am Debt Equity Swap. Der Gläubiger ist frei in der Entscheidung, ob er sich mit einer Insolvenzplanquote begnügt oder mit seiner Forderung in den Rang nach den nachrangigen Forderungen mit der – rechtlich nicht geschützten – Chance eines Wertzuwachses zurücktritt.

Bis zum Inkrafttreten des MoMiG⁵⁰ entsprach es dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung,⁵¹ dass eine Ausgabe von Gesellschaftsanteilen durch Sacheinlage zu einem Wert oberhalb des Wertes des eingelegten Vermögensgegenstandes (Unterprior-Emission) unzulässig ist⁵² und zu Differenzhaftungsansprüchen der Gesellschaft gegen den Inferenten führte. Das ESUG hat für den Fall der Planbestätigung derartige Ansprüche mit § 254 Abs. 4 InsO elegant ausgeschlossen, enttäuscht aber möglicherweise die Erwartung von (Neu-)Gläubigern, die bei einer Kapitalerhöhung auch durch Sacheinlage von einem Vermögenszuwachs von Aktiva in Höhe des Nennbetrages ausgehen, sollte die gewandelte Forderung in dieser Höhe nicht vollwertig sein.

Selbst die Vertreter der Auffassung, die die Einlegung einer Forderung zum Nominalwert für zulässig erachten und in der eingetragenen Erhöhung einen Reinvermögenszuwachs sehen,⁵³ empfehlen der Praxis, den Nominalbetrag der Kapitalerhöhung zum maßgeblichen Zeitpunkt ihrer Anmeldung zum Handelsregister an dem Kriterium der Vollwertigkeit mindestens der Insolvenzquote bei Regelabwicklung zu messen unter Zugrundelegung einer optimalen Verwertung. § 254 Abs. 4 InsO deckte dann – nur noch – geringfügige Bewertungsdifferenzen (soweit vorhanden) zwischen dem Nominalbetrag der Kapitalerhöhung und dem Anrechnungswert der eingebrachten Forderungen ab.

Trotzdem bleiben aus bilanzrechtlicher Sicht berechtigte Zweifel: Geht in der Regel der Debt Equity Swap mit einer Kapitalherabsetzung auf Null einher, werden die Kapitalherabsetzung und sodann die Kapitalerhöhung durch Einbringung der Forderung zum Nennwert zunächst bis zu dessen Beseitigung gegen den nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag (Rücklage aus Kapitalherabsetzung) und sodann gegen das Kapital bis zur Höhe seines neu beschlossenen Nominalwertes gebucht. Die Unterbilanz und der nicht durch Eigenkapital gedeckte Fehlbetrag spiegeln nichts anderes als die aufgelaufenen Verluste und die dadurch eingetretene Vermögensunterdeckung wider. Die Einbringung der Forderung eines Gläubigers im Wege der Sacheinlage lässt die Verbindlichkeit des Schuldners in Höhe des Nominalbetrages und nicht nur der Höhe einer Insolvenzquote bei Regelabwicklung entfallen und dient in Höhe des Nominalbetrages der Wiederherstellung der Vermögensdeckung, welche damit und gerade nicht nur durch die reale Zuführung von Aktiva (z. B. durch Erhöhung des Geldmittelbestandes), sondern ebenso gut durch Verminderung der Passiva erfolgen kann.⁵⁴

⁵⁰ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen.

⁵¹ auch für die AG trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung hierzu im Aktiengesetz (AktG).

⁵² BGHZ, 68191, 195; BGH ZIP 2010 1978, und zwar auch für die AG trotz des Fehlens einer entsprechenden Regelung im AktG.

⁵³ Cahn/Simon/Theiselmann, CFL 2010, 238; DB 2010, 1629, 1631 ff.; HambKomm/Thies Rn. 24; GK/4., HGB, § 221 Rn. 215; Spliedt GmbHR 2012, 462 ff.; K. Schmidt/Spliedt, InsO, 18. Aufl., § 225a Rn. 24f.

⁵⁴ Kübler/Hölzle, HRI, § 31 Rn. 47 ff.; Hölzle, Praxisleitfaden ESUG, §§ 217, 225a Rn. 41 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen.

Ist die eingebrachte Forderung besichert, entspricht ihr Anrechnungsbetrag dem Wert des Absonderungsrechts unter Einbeziehung fortführungsbedingter Werterhöhungen.⁵⁵

3. Leitbild: Schuldenerlass

Der Begriff des Erlasses von Forderungen ist insoweit missverständlich, als ein Erlass im Rechtssinne (§ 397 BGB) nicht erfolgt, sondern fingiert wird („ § 225 Abs. 1 InsO: „... gelten als erlassen ...“); die Forderungen bleiben in der Höhe, in welcher sie keine Befriedigung durch Planregelung erfahren, als nicht durchsetzbare Naturalobligationen bestehen.⁵⁶

Diese Wirkung tritt nach der sanierungsfeindlichen Vorschrift des § 227 Abs. 1 InsO erst mit Befriedigung in Höhe der in dem Plan vorgesehenen Quote ein und nötigt daher den Schuldner auch noch nach Planbestätigung zur Passivierung seiner gesamten Verbindlichkeiten bis zur Befriedigung in Höhe der Planquote. § 227 Abs. 1 InsO ist aber dispositiv: aufgrund Planregelung kann die Erlasswirkung bereits mit dem Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses eintreten.

Durch das ESUG (§ 254 b InsO) wurden schließlich Unsicherheiten darüber beseitigt, ob der Schuldenerlass auch für Nachzügler gilt, die sich nicht am Planverfahren beteiligt und auch vor Aufhebung des Verfahrens keine Feststellungsklage erhoben haben. Sie sind in Höhe der Planquote ungeachtet ihrer unterbliebenen Teilnahme am Planverfahren zu befriedigen, was zusätzlich eine vorsichtige Finanzplanung erfordert (§ 229 Abs. 3 InsO). Im Lichte dieser Klarstellungen durch das ESUG sind Präklusionsklauseln ohne Zweifel unzulässig.⁵⁷

4. Leitbild: Freistellung von Steuern auf Sanierungsgewinne

Aufgrund des durch Insolvenzplan bewirkten Schuldenerlasses entstehen beim Schuldner regelmäßig Erträge, die grundsätzlich geeignet sind, der Ertragsbesteuerung zu unterfallen. Es entspricht inzwischen herrschender Meinung, dass der Sanierungsgewinn mit Eintritt der formellen Rechtskraft des gerichtlich bestätigten Insolvenzplans gem. § 254 Abs. 1 S. 1 InsO entsteht. Zu diesem Zeitpunkt werden die Forderungsverzichte, die den Sanierungsgewinn auslösen, wirksam.⁵⁸

Sanierungsgewinne sind durch Betriebsvermögensvergleich festzustellen. Erforderlich ist also, dass der Schuldner nach § 4 Abs. 1 EStG bilanziert. Einnahme-Überschuss-Rechner nach § 4 Abs. 3 EStG erzielen beim Schuldenerlass keinen Ertrag.⁵⁹ Das gilt grundsätzlich für Kapitalgesellschaften und bilanzierende Einzelunternehmer, hinsichtlich der Gewerbesteuer aber auch für Personengesellschaften.

⁵⁵ K. Schmidt/*Spliedt*, InsO, 18. Aufl. Rn. 26.

⁵⁶ wie hier: Kübler/*Schultze*, HRI, § 46 Rn. 32; KP/B/*Otte*, InO, § 227 Rn. 6; a. A. MünchKomm/*Breuer*, § 227 Rn. (; Graf-Schlicker/*Kebekus*, InsO, 3. Aufl., Rn. 1.

⁵⁷ *Schultze/Tögel*, ZIP 2011, 1250, 1251; *Flitsch/Proske*, Bankenkomentar zum Insolvenzrecht, § 254 Rn. 2.

⁵⁸ OFG-Oldenburg, Vfg. v. 27.06.2011 – S. 2140 – 8 – St 244, BeckVerw. 252, 497; Kübler/*Kahlert*, HRI, § 57 Rn. 99.

⁵⁹ Einzelheiten bei: Kübler/*Kahlert* HRI, § 57 Rn. 70 ff.

ten, bei denen im Übrigen die Ertragsbesteuerung grundsätzlich auf der Ebene der Personengesell-schafter erfolgt.

Mit Beginn des Veranlagungszeitraumes 1998 hat der Gesetzgeber durch Aufhebung von § 3 Nr. 66 EStG 1977 die steuerliche Freistellung von Sanierungsgewinnen beendet, mit der Folge, dass Steuern auf Sanierungsgewinne nur noch nach allgemeinen Regeln gem. §§ 163, 227 AO aus persönlichen oder sachlichen Billigkeitsgründen erlassen werden konnten. Die Streichung der Steuer-freiheit von Sanierungsgewinnen sollte einen doppelten Vorteil des steuerpflichtigen Schuldners aus-schließen, nämlich zum Einen die Befreiung von den sanierungsbedingten Steuern selbst und zum Anderen die Verrechnung nachfolgender Gewinne mit nach wie vor vorhandenen Verlusten.⁶⁰ Eine Plansanierung mit der Folge steuerbarer Erträge wegen des Erlasses von Schulden hatte daher auch die Finanzierung als Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 2. Alternative InsO⁶¹ insolvenz-rechtlich zu qualifizierender Körperschafts- und Gewerbesteuer zu beinhalten. Seit dem sogenannten Sanierungserlass vom 27.03.2003⁶² liegt nunmehr eine Regelung über den Erlass von Steuern aus sachlichen Billigkeitsgründen vor, die die allgemeinen gesetzlichen Regelungen eines derartigen Er-lasses (§§ 163, 227 AO) konkretisiert.

Unter den Voraussetzungen der Sanierungsbedürftigkeit, -fähigkeit, -eignung und -absicht wird der Sanierungserlass auch im Planverfahren⁶³ angewendet. Auf Antrag der Steuerpflichtigen wird die Steuer zunächst abweichend festgesetzt mit dem Ziel ihres späteren Erlasses. Die abweichende Fest-setzung erfolgt aus einer Differenzberechnung der Steuern unter der Inanspruchnahme aller Aus-gleichs- und Verrechnungsmöglichkeiten zum Einen mit, zum Anderen ohne den Sanierungsgewinn. Die Stundung ist erforderlich, um Verrechnungsmöglichkeiten, die Nutzung von Verlustrückträgen oder die Zahlungen aufgrund eines Besserungsscheins im Insolvenzplan oder Billigkeitsmaßnahmen nach § 35 EStG der jeweiligen Gemeinden bis zur Durchführung der zunächst noch ausstehenden Veranlagung zu überwachen.⁶⁴ Sodann ist die auf den verbleibenden Sanierungsgewinn anfallende Steuer nach § 227 AO zu erlassen, ohne dass der Steuerbehörde insoweit ein Ermessen zusteht.

Das darf aber nicht über den weiten Beurteilungsspielraum der Steuerbehörde bei der Prüfung der Sanierungsvoraussetzungen hinwegtäuschen, worin derzeit eine der Hauptunsicherheiten des Ver-fahrens besteht. Die weitere Anwendungsunsicherheit folgt daraus, dass der Steuererlass aufgrund des Sanierungserlasses eine rechtswidrige staatliche Beihilfe nach Art. 87 ff. EG darstellen könnte. Die Folge wäre, dass auf Antrag eines Konkurrenten in einem bestimmten Einzelfall die erlassene Steuer zurückgezahlt werden müsste oder aber die Europäische Kommission die Rückzahlung sämtli-cher unter Anwendung des Sanierungserlasses erlassener Steuern anordnet. Um dem zu begegnen, wird empfohlen, in derartigen Gestaltungen einen detaillierten Sanierungsplan zu erstellen. Ein sol-cher ist aber lediglich geeignet, allerdings auch erforderlich, um den Beurteilungsspielraum der Fi-nanzverwaltung bei der Prüfung der Voraussetzungen der Anwendungen des Sanierungserlasses wei-

⁶⁰ BT-Druck s. 13/7480.

⁶¹ KP/B/Olbing, InsO, Insolvenzsteuerrecht II A, Rn. 22; Maus, Steuern im Insolvenzverfahren, Rn. 436. Der Schuldenerlass beruht regelmäßig nicht auf einer Handlung des Verwalters, weshalb nach BGH, 2010, 2252 mit Kommentar von Ries, EWiR 2011, 59, bei Masseunzulänglichkeit dessen persönliche Haftung gem. § 61 InsO ausscheidet.

⁶² BMF-Schreiben vom 27.03.2003/ IV A 6-S 2141-08/03, BStBl I 2003, I 240 = ZIP 2003, 690.

⁶³ BMF-Schreiben vom 22.12.2009/ IV C 6-S 2140-07/10001-01 ZIP 2010, 104, Rn. 3.

⁶⁴ OFG-Oldenburg, VfG. v. 27.06.2011/S. 2140 – 8 – St 244, BeckVerw. 252, 497.

testgehend einzuengen, nicht jedoch die grundsätzlich gegebenen beihilferechtlichen Risiken auszuschließen. Sanierungsfälle der jüngsten Zeit zeichnen sich daher in der Praxis dadurch aus, durch Rechtsformwechsel während der Sanierung steuerliche Verlustverrechnungsmöglichkeiten zu erweitern, um das Entstehen relevanter steuerlicher Sanierungsgewinne betragsmäßig soweit wie möglich zu reduzieren oder gar auszuschließen.

Schließlich: Dem Sanierungserlass von 27.03.2003 selbst wird nur der Einkommen- und Körperschaftsteuer und dem Solidaritätszuschlag unterliegen. Die Erhebung der Gewerbesteuer erfolgt in eigener Zuständigkeit durch die Gemeinde aufgrund der Mitteilung des Betriebsstättenfinanzamtes nach § 183 Abs. 3 AO, die sich über die Grundlagen einer ggf. abweichenden Festsetzung des Gewerbeertrages, der Höhe des Sanierungsgewinnes und in Zerlegungsfällen der anteiligen Verteilung auf die einzelnen Gemeinden verhält. Dabei ist die Qualifikation als Sanierungsgewinn für die Kommune nicht bindend. Die Gemeinde entscheidet vielmehr in eigener Zuständigkeit über die Feststellung und Erhebung der Gewerbesteuer einschließlich ihrer Stundung, ihrer Niederschlagung oder ihrem Erlass.⁶⁵ Im Rahmen dieser eigenen Zuständigkeit der heberechtigten Gemeinde gelten jedoch für die Feststellung und Erhebung der Gewerbesteuer ebenfalls die §§ 163, 227 AO aufgrund des Verweises in § 1 Abs. 2 AO. Infolgedessen haben die Finanzverwaltung und die Gemeinden aufgrund derselben steuerrechtlichen Vorschriften und Erlasse über die steuerrechtliche Behandlung von Sanierungsgewinnen zu entscheiden.

III. Leitbild Zusammenfassung

1. Der Eintritt in das Schutzschirmverfahren setzt die materielle Insolvenz (drohende Zahlungsunfähigkeit Überschuldung) voraus.
2. Die Sanierung im Schutzschirmverfahren ist kein eigenständiges Verfahrensziel dieses Verfahren. Das Verfahrensziel der Reorganisation durch Schutzschirmverfahren und Insolvenzplan ist unverändert die bestmögliche und gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger (Gläubigerorientierung).
3. Der Zugang zum Schutzschirmverfahren setzt einen überzeugenden Sanierungsansatz mit einer positiven Bescheinigung eines qualifizierten Bescheinigers voraus.
4. Die Finanzierbarkeit während des Eröffnungsverfahrens ist aufgrund der Begründung von Masseverbindlichkeit auf Antrag des Schuldners und der Gewährung von Insolvenzgeld gesichert.
5. Eingriffe in die Gesellschafterrecht gem. § 225a InsO sind ein nachhaltiges Mittel zur finanzwirtschaftlichen Reorganisation des Schuldners.
6. Die steuerliche Freistellung von Sanierungsgewinnen bedarf weiterhin einer EG-rechtlich abgesicherten gesetzlichen Grundlage.

⁶⁵ Abschnitt 3 Abs. 1 GewStR; OFG-Magdeburg, Vfg. v. 14.10.2005 – D 1498 3 St 2013, GewStK § 16 GewStG Karte 1 Bl. 1.

Fazit:

Das gesetzliche Leitbild des sanierten Unternehmens aus dem Schutzschirmverfahren geht von einer finanzwirtschaftlichen Sanierung aus, da das Insolvenzrecht in das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner und – nach dem ESUG erstmals – zwischen Gesellschafter und Schuldner eingreift. Die Sanierungsmittel der InsO sind auf Eingriffe in Gläubiger- und Gesellschafterrechte ausgerichtet. Das Insolvenzrecht schließt aber einen weitergehenden und erforderlichen operativen und strategischen Sanierungsansatz nicht aus.