

„Der vorläufige Sachwalter – Pilot, Co-Pilot oder fünftes Rad am Wagen?“

-

Prof. Dr. Lucas F. Flöther
28. Oktober 2013

I. Fälle der Einsetzung eines vorläufigen Sachwalters

II. Rechtsstellung des vorläufigen Sachwalters

III. Aufgaben (resultieren aus Rechtsstellung)

IV. Einflussmöglichkeiten des vorläufigen Sachwalters

V. Haftungsprobleme

VI. Vergütung des vorläufigen Sachwalters

VII. Fazit

I. Fälle der Einsetzung eines vorläufigen Sachwalters

- Bedeutung für Sanierung, **Schicksalsfrage** im doppelten Sinn: Verfahrensart als Weichenstellung und Personalie
- **neue Rechtsfigur**: vorläufiger Sachwalter

1. vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a InsO

- entscheidend für Sanierung: **keine Verdrängung des Schuldners** aus Unternehmen durch vorläufigen Insolvenzverwalter
- **Vor-ESUG-Zeit**: schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter → erst Verfügungsbeschränkung, dann mit Verfahrenseröffnung wieder Aufhebung (fehlende Verzahnung)
- **Geschäfte** bleiben von Anfang an **in Händen des Schuldners**
- etwa **drei Viertel** aller Unternehmen, die Eigenverwaltung beantragen, wählen das Verfahren nach § 270a InsO (Quelle: The Boston Consulting Group, Das erste Jahr ESUG - Zögerliche Schritte zu einer neuen Sanierungskultur, S. 5)

2. Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO

- **Vollstreckungsschutz** unter Aufsicht des vom Schuldner vorgeschlagenen Sachwalters
- weitere qualitative **Unterschiede zum § 270a-Verfahren?**
- **besondere Bedeutsamkeit der Unabhängigkeit**, Grund: Einsetzung auf Vorschlag des Schuldners; mittlerweile völlig anerkannt, dass trotz Vorschlages des vorläufigen Gläubigerausschusses die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Sachwalters nicht disponibel ist (*Bork*, ZIP 2013, 145 ff.; *Graf-Schlicker*, ZInsO 2013, 1765 (1766); *Vallender/Zipperer*, ZIP 2013, 149 ff.; alleingebliedene a.A. *Hölzle/Schmidt*, ZIP 2012, 2238 ff.)

- **nur jedes vierte Unternehmen** wählte den Schutzschirm → Tendenz abnehmend (Quelle: Boston Consulting Group, a. a. O.)
- aber: Schutzschirmverfahren erregt **meiste Aufmerksamkeit im Rahmen des ESUG** („Marketing-Gag“ des Gesetzgebers?), genießt vor allem **im Ausland** guten Ruf (Wahrnehmung als Chapter 11); Akzeptanz bei (ausländischen) Gläubigern ist nicht zu unterschätzen

I. Fälle der Einsetzung eines vorläufigen Sachwalters

II. Rechtsstellung des vorläufigen Sachwalters

III. Aufgaben (resultieren aus Rechtsstellung)

IV. Einflussmöglichkeiten des vorläufigen Sachwalters

V. Haftungsprobleme

VI. Vergütung des vorläufigen Sachwalters

VII. Fazit

II. Rechtsstellung des vorläufigen Sachwalters

- **Ableitung vom „endgültigen“ Sachwalter** im eröffneten Insolvenzverfahren: *„Anstelle des vorläufigen Insolvenzverwalters wird in diesem Fall ein vorläufiger Sachwalter bestellt, auf den die §§ 274 und 275 entsprechend anzuwenden sind.“* (§ 270a Abs. 1 S. 2 InsO)
- **gilt auch im Schutzschirmverfahren** über Verweis in § 270b Abs. 2 S. 1 InsO: *„In dem Beschluss nach Absatz 1 bestellt das Gericht einen vorläufigen Sachwalter nach § 270a Absatz 1[...]“*

1. Aufgabenkreis des Sachwalters im eröffneten Verfahren

- **Prüfung der wirtschaftlichen Lage** (§ 274 Abs. 2 S. 1 InsO): *„Der Sachwalter hat die wirtschaftliche Lage des Schuldners zu prüfen [...]“*
- **Überwachung der Geschäftsführung** (§ 274 Abs. 2 S. 1 InsO): *„[...] und die Geschäftsführung sowie die Ausgaben für die Lebensführung zu überwachen“*

- **Zustimmungsvorbehalt und Widerspruchsrecht (§ 275 Abs. 1 InsO):** *„Verbindlichkeiten, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, soll der Schuldner nur mit Zustimmung des Sachwalters eingehen. Auch Verbindlichkeiten, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, soll er nicht eingehen, wenn der Sachwalter widerspricht.“*
- **evtl. Kassenführungsrecht (§ 275 Abs. 2 InsO):** *„Der Sachwalter kann vom Schuldner verlangen, dass alle eingehenden Gelder nur vom Sachwalter entgegengenommen und Zahlungen nur vom Sachwalter geleistet werden.“*

- **klassischer Insolvenzverwalter** sitzt im **driver`s seat** (trifft Entscheidungen, stimmt sich – wenn überhaupt – mit Gläubigern ab)
- Sachwalter **überwacht** die Tätigkeit der Eigenverwaltung
- eher **passive Vetofunktion** ist vom Gesetzgeber gewollt
- Anforderungsprofil: §§ 270a Abs. 1 S. 2, 274 Abs. 1, 56 Abs. 1 InsO **Anforderungen an Person des Insolvenzverwalters** = „Inhaber eines öffentlichen Amtes aufgrund gerichtlicher Bestellung“

- aufgrund der vom Gesetzgeber vorgesehen passiven Funktion ist aber auch **Kommunikations- und Vermittlungskompetenz** notwendig
- „**Teampayer**“ statt „Alphatiere“ (autoritärer Führungsstil als Auslaufmodell)
- hohes **Konfliktpotential** zwischen Sachwalter und Schuldner (naturgemäß unterschiedliche Interessenlagen, Soll-Vorschriften etc.)
- **Kompetenzkonflikte gefährden Sanierungserfolg!**
Kooperationspotentiale nutzen!

2. Folgerungen für den vorläufigen Sachwalter

- ähnlicher Aufgabenkreis (aber keine Rechte aus § 280 InsO)
- ebenfalls passive Vetostellung (Überwachung und Unterstützung)
- Schuldner hat insbesondere folgende Aufgaben:
 - operative Betriebsfortführung
 - Planung und Durchführung der Sanierungsmaßnahmen (inkl. Insolvenzgeldvorfinanzierung und Aufnahme Massekredite)
 - Verhandlung mit Investoren (M&A) und Stakeholdern

- Beschränkung auf passive Rechte verhindert effektive Überwachung
- koordinierte **Planung** und **Organisation**
- erste Wochen des Verfahrens = kritische Phase einer jeden Sanierung; deshalb besonders wichtig: **Erfahrung** mit Unternehmensinsolvenzen und -sanierungen und **Kommunikations- und Vermittlungskompetenz**
- **Bindeglied zwischen allen Beteiligten**: Gericht, Gläubiger, vorläufiger Gläubigerausschuss, Gesellschafter, Berater und Schuldner; insbesondere muss er auf eine gedeihliche Zusammenarbeit mit dem Unternehmen hinwirken

- Unterstützung bei Erfüllung der **gerichtsspezifischen Erwartungen und Anforderungen** durch den Schuldner, z.B. Rechnungslegungspflichten, Berichtswesen und oft der erste Ansprechpartner für die Gerichte
- Hinwirken auf **Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses** und dessen **Besetzung**
- **Toröffner** für das **gesamte Verfahren**, da häufig gleichzeitig Sachverständiger zur Erstellung eines Gutachtens über Vorliegen eines Insolvenzgrundes, Eignung des Schuldners bzw. der Organe für Eigenverwaltung, Erfordernis vorläufiger Sicherungsmaßnahmen → dadurch in der Praxis stärkere Stellung als Sachwalter
- durch mündliche und schriftliche Zwischenberichte an das Gericht **enormer Einfluss auf das Eigenverwaltungsverfahren**

- häufig Hinwirken auf **M&A-Prozess** und Koordination des Prozesses, Ziel: Vermeidung von Zeitverlust + üBSa-Option offen halten („Dual-Track“)
- Der vorläufige Sachwalter ist häufig eine Art **Kreditversicherer für den Schuldner** (Gläubigermentalität)
- Für ein erfolgreiches vorläufiges Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren wird das **Vertrauen der Gläubiger in vorläufigen Sachwalter** (ggf. auch in CRO) wichtig sein. Dieses Vertrauen können nur professionelle und unabhängige Kanzleien erlangen.

- I. Fälle der Einsetzung eines vorläufigen Sachwalters
- II. Rechtsstellung des vorläufigen Sachwalters
- III. Aufgaben (resultieren aus Rechtsstellung)
- IV. Einflussmöglichkeiten des vorläufigen Sachwalters
- V. Haftungsprobleme
- VI. Vergütung des vorläufigen Sachwalters
- VII. Fazit

III. Aufgaben (resultieren aus Rechtsstellung)

1. Pflichten

a) Überprüfung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners (§§ 274 Abs. 2 S. 1 InsO)

- Ermöglichung durch: Einsichtnahme- und Zutrittsrecht; Recht Nachforschungen zu betreiben und umfassendes Auskunftsrecht
- Berichterstattung des vorläufigen Sachwalters hat auch **Einfluss auf Entscheidung über Eigenverwaltungsantrag**; oft sogar direkt, wenn er gleichzeitig Sachverständiger ist

b) Überwachung der Geschäftsführung (§ 274 Abs. 2 S. 1 InsO)

- Zweck: **Gläubigerschutz** durch Verhinderung einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage zu Lasten Gläubiger
- Sorgfaltsmaßstab: vorläufiger Insolvenzverwalter
- **keine unnötige Begründung von Verbindlichkeiten**; keine Begleichung von Altverbindlichkeiten (Insolvenzforderungen), es sei denn zwingende Notwendigkeit für Betriebsfortführung
- sehr umfangreiche Aufgabe bis hin zur Beurteilung der Erfolgsaussichten der Sanierung, erfordert umfangreiches Detailwissen → „**Schatten der Geschäftsführung**“ → sehr zeit- und arbeitsintensiv

- besonders wichtig ist die **tägliche Kontrolle** (keine ex-post-Sicht!)
- **integrierte Planungsrechnung** und deren Überwachung für vorläufigen Sachwalter unerlässlich
- **Geschäftsführung** sollte daher auch zu Beginn des Verfahrens immer in der Lage sein, den **vorläufigen Sachwalter** kurz und prägnant über das Unternehmen, dessen aktuelle wirtschaftliche Lage, die Insolvenzursachen, die beabsichtigte Restrukturierung, mögliche Probleme und weitere **wichtige Informationen in Kenntnis zu setzen.**

- Problem: **richtiges Maß** zwischen Überwachung und möglichst geringer Einschränkung des Geschäftsbetriebes
- bei größeren Unternehmen **Mitarbeiter** notwendig, ebenfalls „Teamplayer“; gleiche Akzeptanz wie der vorläufige Sachwalter selbst

c) Anzeigepflicht bei Gefahr der Gläubigerbenachteiligung (§ 274 Abs. 3 InsO)

- **ultima ratio**; Beispiele:
 - Nichterfüllung der Informations- und Unterstützungspflichten aus §§ 270a Abs. 1 S. 2, 274 Abs. 2 S. 2, 22 Abs. 3 InsO
 - keine ordnungsgemäße Geschäftsführung sowie Buchhaltung bzw. Rechnungslegung
 - Begründung von unnötigen Verbindlichkeiten oder von Verbindlichkeiten, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören i.S.d. § 275 InsO ohne erforderliche Zustimmung
 - drohende/abzusehende Masseunzulänglichkeit

- zur effektiven Prüfung muss vorläufiger Sachwalter in **Augenhöhe** mit Geschäftsführung agieren und **vollständig** in die Sanierung und Unternehmensführung **eingebunden** sein (Tagesgeschäft! kein Aufsichtsrat!)
- Erklärung erfolgt gegenüber **vorläufigem Gläubigerausschuss** und **Insolvenzgericht** (§ 274 Abs. 3 S. 1 InsO)
- wenn (noch) kein vorläufiger Gläubigerausschuss installiert ist: **Unterrichtung** aller dem Schuldner **bekanntem Gläubiger** (analog § 274 Abs. 3 S. 2 InsO); Erforderlichkeit einer **öffentliche Bekanntmachung** der Anzeige analog § 277 Abs. 3 InsO? (dafür *Hofmann*, HRI, § 6, Rn. 74).

- Inhalt: **Problem** muss **erkennbar** werden + aufgrund der Schilderung muss **entsprechende Reaktionsmöglichkeit** zutreffend abgeschätzt werden können
- auch **Druckmittel** gegenüber Schuldner zur Durchsetzung der Interessen des vorläufigen Sachwalters z.B. bei ungenügender Mitarbeit des Schuldners
- keine Anzeige ohne **gründliche Überwachung!**

d) Anzeigepflicht bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 270b Abs. 4 S. 2 InsO)

- Schutzschirmverfahren: neben Schuldner trifft Sachwalter die Pflicht Eintritt der **Zahlungsunfähigkeit anzuzeigen** (Überbleibsel?)
- **unverzügliche** Anzeige = ohne schuldhaftes Zögern
- Erklärung erfolgt **gegenüber Gericht**
→ sinnvoll auch **gegenüber vorläufigen Gläubigerausschuss**; wegen Antragsmöglichkeit hinsichtlich Aufhebung, Gläubigerausschuss bei der Prüfung mit **einbinden**

- nur bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, nicht bei Eintritt der **Aussichtslosigkeit der Sanierung!** → aber ggf. über Gefährdung der Gläubigerinteressen nach § 274 Abs. 3 InsO abgedeckt
- Problem: **Zahlungsunfähigkeit** lag schon bei **Antragstellung** vor → dann auch Anzeigepflicht? Wohl ja, zum Schutz der Gläubigerinteressen

2. Befugnisse

a) Kassenführungsrecht (§ 275 Abs. 2 InsO)

- Funktion: Instrument zur **Aufsicht** über Schuldner + Möglichkeit **Vertrauen** der Gläubiger zu erlangen (ggf. auch der Geschäftsführung)
- Inanspruchnahme führt nicht zum Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, vorläufiger Sachwalter = lediglich **Vertreter des Schuldners**

- Zahlungspflicht des vorläufigen Sachwalters ergibt sich nur, wenn durch Schuldner aufgrund einer gerichtlichen Ermächtigung Masseverbindlichkeiten begründet wurden oder Bargeschäfte zur Fortführung des Geschäftsbetriebes. Dabei: **plichtgemäßes Ermessen und Abwägung** zwischen **Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs und Vermögenssicherung**
- Problem: **Altverbindlichkeiten**
- Sonderproblem: **Anfechtung** von Zahlungen des Schuldners unter Aufsicht des vorläufigen Sachwalters
- Zahlung auf **Nutzungsüberlassungsverträge**: abhängig davon, ob sonst Kündigungsrecht entstünde

- **Problem: Kassenführungsrecht bei mittleren bis großen Unternehmen = erheblicher organisatorischer Aufwand**
- **Lösung → modifizierte Kassenführung?**
 - Entgegennahme eingehender Gelder nur vom vorläufigen Sachwalter (Ausnahme: Bargeld) → Zahlung auf Sonderkonto
 - Zahlungen ab bestimmter Größenordnung dürfen nur vom vorläufigen Sachwalter geleistet werden
 - in gewissem Umfang je nach wirtschaftlicher Lage des Schuldners: Überlassung des Kassenführungsrechts beim Schuldner → Überprüfung des Zahlungsverkehrs lediglich im Rahmen der Überwachungspflicht

- **Vorteile:** Schuldner kann frei Handeln, bessere Sicherungsmöglichkeit als ohne Kassenführungsrecht
- **Nachteile:** Übertragung des Kassenführungsrechts – auch teilweise – kann zu Verlust des Vertrauens der Gläubiger in Schuldner führen; hinzu kommt: vollständige Kontrolle ist nie möglich

- in der Praxis: oft **Einbindung** des vorläufigen Sachwalters **in nahezu alle Entscheidungen** notwendig, auch ohne Kassenführungsrecht → Grund: Versuch des GF seine Haftung zu begrenzen
- das geht sogar so weit, dass dem vorläufigen Sachwalter **jede Zahlung und Bestellung vorgelegt** wird
- erfolgt Übernahme des Kassenführungsrechts durch vorläufigen Sachwalter → (str.) **Verpflichtung zur Schlussrechnungslegung** bei Beendigung des Amtes

b) Zustimmungsvorbehalt und Widerspruchsrecht (§ 275 Abs. 1 InsO)

- Eigenverwaltungsrecht ist zwar unbeschränkt aber **nicht schrankenlos**; deshalb für bestimmte Geschäfte **Zustimmungsvorbehalt und Widerspruchsrecht** (neben § 160 InsO!)
- gilt nur für „Verbindlichkeiten“ (nicht nur Zahlungsverpflichtungen), die **nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb** gehören
- **außergewöhnlicher Geschäftsbetrieb** = Veräußerung und Belastung von Grundeigentum, Aufnahme von Darlehen, besonders wesentliche Verträge etc. (Empfehlung: Kriterien vorher definieren!)

- bei **gewöhnlichem Geschäftsbetrieb**: Widerspruchsrecht des vorläufigen Sachwalters
- vorläufiger Sachwalter hat bei dieser Aufgabe insbesondere **Interessen der Gläubiger** zu wahren und damit die Sicherung des Vermögens zu gewährleisten
- Zustimmung und Widerspruch kommen dann zum Tragen, wenn **Geschäftsbetrieb** durch Geschäft **gefährdet** würde, wenn der Schuldner einen der **Gläubiger** ohne hinreichenden Grund **bevorzugt** oder **kein angemessenes Verhältnis** von Leistung und Gegenleistung vorliegt.
- **Geschäft ohne Zustimmung oder gegen Widerspruch ist dennoch wirksam!**

c) zwangsweise Durchsetzung der schuldnerischen Mitwirkungspflichten

- grundsätzlich ist die **zwangsweise Durchsetzung** der Pflichten gemäß § 98 InsO denkbar
- eher akademisch, da bei unkooperativem Verhalten des Schuldners **Aufhebung der Eigenverwaltung probateres Mittel**

d) Begründung von Masseverbindlichkeiten

verlässliche Begründung von Masseverbindlichkeiten
im Eröffnungsverfahren ist **für Sanierung von
entscheidender Bedeutung**

(Insolvenzgeldvorfinanzierung – Zinsen,
Massedarlehen, Lieferungen und Leistungen im
Rahmen der Betriebsfortführung - Lieferantenkredit)

vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a InsO:

- **sehr strittig** da Gesetzeswortlaut keine Regelung trifft
 - Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ist **generell ausgeschlossen** (AG Fulda v. 28.03.2012 – 91 IN 9/12 = ZIP 2012, 1471 f.)
 - lediglich **Ermächtigung des Schuldners** möglich (LG Duisburg v. 29.11.2012 – 7 T 185/12 = ZIP 2012, 2453; AG München v. 27.06.2012 – 1506 IN 1851/12 = ZIP 2012, 1470)

- lediglich Ermächtigung des **vorläufigen Sachwalters** möglich (AG Hamburg v. 04.04.2012 – 67g IN 74/12; AG Duisburg v. 06.11.2012 – 62 IN 178/12)
- Schuldner ist **ohne gerichtliche Ermächtigung** in der Lage, Masseverbindlichkeiten zu begründen (AG Montabaur v. 27.12.2012 – 14 IN 282/12)
- **BGH-Entscheidung**, BGH v. 07.02.2013 – IX ZB 43/12:
„Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 21 Abs. 1 Satz 2 InsO kommt ebenfalls nicht in Betracht. Ein Antrag auf Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ist in § 270a InsO ebenso wenig wie eine sofortige Beschwerde gegen die Ablehnung der Ermächtigung vorgesehen.“

- Wortlaut der BGH-Entscheidung nicht ganz eindeutig, mündliche Erklärungen einzelner Richter des IX. Senats: **wohl nicht so gemeint**, dass gar keine Ermächtigung möglich ist
- Frage bleibt weiterhin offen → **Konkretisierung** durch Gesetzgeber **wünschenswert**
- neue Idee: eigenverwaltendem Schuldner und vorläufigem Sachwalter **zusätzlich schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter** zur Seite stellen und diesen zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ermächtigen (Graf-Schlicker, ZInsO 2013, 1767; Nöll, ZInsO 2013, 745)

- Für das **Schutzschirmverfahren** nach § 270b InsO existiert eine gesetzliche Regelung:
§ 270b Abs. 3 InsO: (3) Auf Antrag des Schuldners hat das Gericht anzuordnen, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründet.
- auch pauschale Ermächtigung möglich? (BT-Drs. vs. Praxis vieler Insolvenzgerichte)
- vorläufiger Sachwalter wird allenfalls im Innenverhältnis eingebunden

Entscheidung des **LG Dresden** v. 11.09.2013 (1 O 1168/13):
Rechtsanwalt hatte **insolvenzrechtliche Beratung** abgerechnet und war gleichzeitig **vorläufiger Sachwalter**, klagte Honorar für **Beratung als Masseverbindlichkeit** ein, nachdem er nicht zum Sachwalter im eröffneten Verfahren bestellt worden war. Eigenverwaltender Schuldner war durch Insolvenzgericht nur wie folgt ermächtigt worden:

„... gem. §§ 21, 22 InsO zur Sicherung der Masse und zum Schutz der Gläubiger gegen die Antragstellerin die Ermächtigung erteilt, die nachfolgend genannten voraussichtlich anfallenden Verbindlichkeiten ... im Rahmen von Masseverbindlichkeiten zu begleichen:

- 1. Insolvenzgeldvorfinanzierung i.H.v. ... (Zinsen, Kosten, Gebühren),*
- 2. Massedarlehen i.H.v. ...*
- 3. **Lieferantenverbindlichkeiten** für Lieferungen und Leistungen nach dem...“*

- LG hat der Klage **stattgegeben** → skurril: LG Dresden geht davon aus, dass die **insolvenzrechtlichen Beratungen Lieferantenverbindlichkeiten** darstellen, darüber hinaus besonders brisant: **doppelte Vergütung** als vorläufiger Sachwalter und Berater?
- zeigt aber, dass **unklare Anträge** bei Insolvenzgericht für **Unsicherheit** bei den betreffenden Gläubigern sorgen können.

e) Arbeitnehmer

- Problem: vorläufiger Sachwalter wird vom Schuldner an der **Durchführung einer Arbeitnehmersammlung** gehindert; seine Teilnahme an Arbeitnehmersammlung wird verhindert; einzige Möglichkeit für vorläufigen Sachwalter: Zutrittsrecht nach §§ 270a Abs. 1 S.2, 274 Abs. 2 S. 2, 22 Abs. 3 InsO
- jedoch: **keinerlei Weisungsbefugnisse** gegenüber Arbeitnehmern; das heißt Arbeitnehmer müssen freiwillig zur Versammlung gehen

f) Vorschläge zur Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses

- **Hinwirken auf Einsetzung** eines vorläufigen Gläubigerausschusses häufig sinnvoll → bereits von Beginn an ausreichende Mitwirkung der Gläubiger gewährleistet
- **Vorschläge** für die Besetzung, damit auch Gläubiger eingesetzt werden, die die Sanierung unterstützen → vereinfachte Kommunikation

g) Zustimmung zur Änderung der Vertretungsverhältnisse

- **§ 276a Satz 2 InsO:** „*Die Abberufung und Neubestellung von Mitgliedern der Geschäftsleitung ist nur wirksam, wenn der Sachwalter zustimmt.*“
- **h.M.:** weder direkte noch analoge Anwendung auf vorläufigen Sachwalter (*Hofmann, HRI, § 6, Rn. 32*)
- dennoch: **Abstimmung** mit vorläufigem Sachwalter über Änderungen im Organ als vertrauensbildende Maßnahme im Rahmen einer **kooperativen Zusammenarbeit**

3. Erweiterungsmöglichkeiten

a) faktisch

Beeinflussung des Aufgabenkreises durch **Kompetenz des Schuldners** bzw. seiner Organe (enorme Bandbreite)

- 1. Möglichkeit: **Restrukturierungsexperte** als CRO und/oder erfahrener Insolvenzrechtler in Organstellung
 - Beschränkung auf **gesetzlich vorgesehe Aufgaben**
 - Problem: **enorme Kosten** für Doppelspitze; deshalb nur bei wirklich großen Verfahren

- 2. Möglichkeit: fehlende Kompetenz bei Schuldner und seinen Organen
 - Probleme:
 - Überschreitung der **formalen Befugnisse** (darf wegen § 56 InsO kein Berater des Schuldners sein); Problem der Unabhängigkeit!
 - **Vergütung** entspricht nicht der des vorläufigen Insolvenzverwalters; kann **zusätzliche Vergütung** für Beratungsleistung trotz Einsetzung als vorläufiger Sachwalter verlangt werden? vgl. LG Dresden v. 11. September 2013

b) rechtlich

vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a InsO:

- Anordnung von Sicherungsmaßnahmen
- Erweiterungsmöglichkeit zumindest durch Anwendung von **§ 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO und Anordnung eines Zustimmungsvorbehaltes**; Soll-Vorschrift des § 270 a Abs. 1 InsO zeigt, dass in Ausnahmefällen eine solche Möglichkeit gegeben sein muss:

*„Ist der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos, **soll** das Gericht im Eröffnungsverfahren **davon absehen**,*

- 1. dem Schuldner ein **allgemeines Verfügungsverbot** aufzuerlegen oder*
- 2. anzuordnen, dass **alle Verfügungen** des Schuldners nur mit **Zustimmung** eines vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind.“*

- kein Zurückschrecken der Gerichte vor Zustimmungsvorbehalt: Beschluss des AG Halle vom 21.06.2012: *„In Ergänzung der in §§ 274 und 275 InsO festgelegten Befugnisse wird aufgrund von § 21 Abs. 2 Ziff. 2 InsO angeordnet, dass Verfügungen der Antragstellerin nur mit Zustimmung des Sachwalters wirksam sind“*
- Beschluss des AG Coburg vom 19.02.2013: *„Es wird angeordnet, dass Verfügungen der Schuldnerin nur mit Zustimmung des vorläufigen Sachwalters wirksam sind.“*
- Anwendbarkeit der **übrigen Sicherungsmöglichkeiten** nach §§ 21, 22 InsO oder **§ 277 InsO analog? möglich, aber nicht sanierungsfördernd**

Schutzschirmverfahren nach § 270b:

- ausdrückliche Regelung in § 270 b Abs. 2 InsO: *„Das Gericht kann vorläufige Maßnahmen nach § 21 Absatz 1 und 2 Nummer 1a, 3 bis 5 anordnen; es hat Maßnahmen nach § 21 Absatz 2 Nummer 3 anzuordnen, wenn der Schuldner dies beantragt.“*
- denkbar sind deshalb Maßnahmen, die die Kompetenz des Sachwalters erweitern: 1. Anordnung der **Postsperre** (§ 21 Abs. 2 Nr. 4 InsO) und 2. **Verwertungs- und Einziehungsverbot** (§ 21 Abs. 2 Nr. 5)
- **übrige Sicherungsmöglichkeiten** nach §§ 21, 22 InsO sind nach dem Wortlaut der Norm **ausgeschlossen** + gerade im Schutzschirmverfahren auch meist **nicht sanierungsfördernd**

- I. Fälle der Einsetzung eines vorläufigen Sachwalters
- II. Rechtsstellung des vorläufigen Sachwalters
- III. Aufgaben (resultieren aus Rechtsstellung)
- IV. Einflussmöglichkeiten des vorläufigen Sachwalters**
- V. Haftungsprobleme
- VI. Vergütung des vorläufigen Sachwalters
- VII. Fazit

IV. Einflussmöglichkeiten des vorläufigen Sachwalters

1. Kein Pilot, aber Cockpitplatz

- **Einfluss** auf Abstimmung zwischen den Beteiligten + Koordination der Kommunikation
- für Gericht und Gläubiger traditionell erster Ansprechpartner, da **neutral**
- **zentrale** Figur und Kommunikator („Spinne im Netz“)

2. Zusammenspiel zwischen Schuldner, vorläufigem Gläubigerausschuss und vorläufigem Sachwalter als Sanierungsvoraussetzung

- Empfehlung: einheitlicher Auftritt von Schuldner und Sachwalter als „**Team**“ (z.B. Informationsschreiben)
- gleich zu Beginn **Abgrenzung der Aufgaben** im gemeinsamen Einvernehmen (Rollenverteilung) und **Festlegung einer gemeinsamen „Philosophie“** und Standards
- bereits zu Beginn **schriftliches Festlegen des Vorgehens bei Konflikten** zwischen vorläufigem Sachwalter und eigenverwaltendem Schuldner

- **gute Kommunikation** zur Förderung des praktischen Zusammenspiels mit vorläufigem Gläubigerausschuss und Entgegenwirken evtl. auftretender Konflikte und Spannungen
- „Jour fixes“ und „Task Management“ sowie gemeinsame Arbeitsteams i. d. R. zwingend; gegenseitige Information
- aber: **Unabhängigkeit des vorläufigen Sachwalters von Management** zur Sicherung der Objektivität und Neutralität (sonst Akzeptanzverlust bei Gläubigern und Gericht)

- I. Fälle der Einsetzung eines vorläufigen Sachwalters
- II. Rechtsstellung des vorläufigen Sachwalters
- III. Aufgaben (resultieren aus Rechtsstellung)
- IV. Einflussmöglichkeiten des vorläufigen Sachwalters
- V. Haftungsprobleme
- VI. Vergütung des vorläufigen Sachwalters
- VII. Fazit

V. Haftungsprobleme

1. Allgemeines

- vorläufiger Sachwalter haftet regelmäßig über §§ 270a Abs. 1 S. 2, 274 Abs. 1 InsO nach **§ 60 InsO**
- insbesondere die Verletzung der **Anzeige-** (§ 274 Abs. 3 InsO) und **Aufsichtspflichten** (§ 274 Abs. 2 InsO) kann zur Haftung führen.
- Praktisch: bei Verfehlungen des Schuldners **mittelbare Verantwortlichkeit**
- Grundsätzlich: **keine Haftung wegen Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten** (§ 61 InsO wird in § 274 Abs. 1 InsO ausdrücklich nicht genannt); Ausnahme: Zustimmung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten bei Zustimmungsvorbehalt (§ 277 Abs. 1 S. 3 InsO i.V.m. § 61 InsO)

- Exkulpationsmöglichkeit: Überwachung einer plausiblen Finanz- und Liquiditätsplanung
- bei lediglich **interner Absprache** nach § 275 InsO findet **§ 61 InsO keine Anwendung**
- **Haftung der Organe des Schuldners** nach gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, allgemeinen zivilrechtlichen Normen sowie insolvenzrechtlichen Vorschriften (§§ 60, 61 InsO) hochumstritten (*Flöther*, FAZ vom 16.10.: „riskanter Schutzschirm“ und *Flöther*, HRI, § 17, Rn. 8)

2. Vorfinanzierung von Insolvenzgeld – „Mitverhaftung des vorläufigen Sachwalters“

- soweit die **Insolvenzgeld-DA** (Durchführungsanweisung Insolvenzgeld der BfA) auf vorläufigen Insolvenzverwalter abstellt, tritt an dessen Stelle der vorläufige Sachwalter
- Bank finanziert Insolvenzgeld mit Kredit vor → Bank hat **keine Sicherheit für geplanten reibungslosen Ablauf** des Verfahrens (Stichtagseröffnung zum Ende des Insolvenzgeldzeitraums)
- nach § 275 InsO Zustimmung (lediglich) im Innenverhältnis notwendig; deshalb wird oft verlangt: **Zustimmung im Außenverhältnis**, damit Haftung ermöglicht wird („Garantie“)

3. Haftungszusagen bei Sukzessivlieferungsverträgen

- häufig **erwartet**, aber ungern gegeben
- **keine Stärkung des Vertrauens** der Gläubiger durch „weiche“ Erklärungen
- vorgeschlagene **andere Sicherungsmittel**: Sicherung durch Begründung von Masseverbindlichkeiten oder ein Treuhänder

4. persönliche Haftung des Geschäftsführers für Sozialversicherungsbeiträge

- **Verpflichtung zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen** erlischt bei der vorläufigen Eigenverwaltung nicht → bei Nichtzahlung könnte der Schuldner (Organ) also unter Umständen haften
- deshalb in der Praxis: freiwillige **Beantragung Zustimmungsvorbehalt** (Ziel: Haftungsausschluss)
- **Versagung der Zustimmung** zur Zahlung durch den vorläufigen Sachwalter → Verschulden entfällt
- oder: Bezahlen und hinterher anfechten? → Nachteil für Liquidität und rechtlich fragwürdig

- I. Fälle der Einsetzung eines vorläufigen Sachwalters
- II. Rechtsstellung des vorläufigen Sachwalters
- III. Aufgaben (resultieren aus Rechtsstellung)
- IV. Einflussmöglichkeiten des vorläufigen Sachwalters
- V. Haftungsprobleme
- VI. Vergütung des vorläufigen Sachwalters**
- VII. Fazit

VI. Vergütung des vorläufigen Sachwalters

- hoch umstritten:
 - **60 % der Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters** (FK-InsO/*Foltis*, § 270a, Rn. 32) → in der Realität Aufgabenkreis oft nicht verschieden zum vorläufigen Insolvenzverwalter
 - **25 % der Vergütung des Insolvenzverwalters** (*Hofmann*, HRI, § 6, Rn. 81; K. Schmidt/*Undritz*, § 270a, Rn. 4)
 - **25% der Vergütung des Sachwalters** (AG Köln v. 13.11.2012 - 71 IN 109/12 = ZIP 2013, 426)
 - **wie Sachwalter § 12 InsVV analog**, Berücksichtigung der Unterschiede zwischen eröffnetem und Eröffnungsverfahren durch Ab- bzw. Zuschläge i.S.d. §§ 10, 3 InsVV (AG Göttingen v. 28.11.2012 - 74 IN 160/12 = ZIP 2013, 36)
- Berechnungsgrundlage: ohne Aus- und Absonderungsrechte? (BGH v. 15.11.2012 - IX ZB 88/09 = BGHZ 195, 322)

- Neuregelung der InsVV in Sicht? Diskussionsentwurf der „Arbeitsgruppe Vergütungsreform im Gläubigerforum“:

§ 11 Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters

- (1) *Die Tätigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters wird, **sofern das Eröffnungsverfahren besondere Anforderungen gestellt hat**, gesondert vergütet. Er erhält 25 vom Hundert der Vergütung nach § 2 Abs. 1, wobei der Wert der im Eröffnungsverfahren geprüften und festgestellten **Aus- und Absonderungsrechte sowie der ermittelten Anfechtungs- und Haftungsansprüche in Höhe von 10%** der festgestellten Werte die **Berechnungsgrundlage** nach § 2 Abs. 1 **erhöht**. Im Übrigen gilt § 3 Abs. 2 entsprechend.*

§ 3 Zuschläge, **Deckelung**

- (2) *Zuschläge nach Abs. 1 dürfen die Vergütung nach § 2 Abs. 1 nicht um mehr als 50% übersteigen. Legt der Verwalter besondere Umstände dar, kann die Gläubigerversammlung einer Aufhebung der Deckelung zustimmen und weitere Zuschläge als vergütungsrechtlich berücksichtigungsfähig anerkennen. An eine entsprechende Beschlussfassung der Gläubigerversammlung ist das Gericht gebunden, es sei denn es liegen konkrete Anhaltspunkte für einen Missbrauch vor.*

§ 12 Vergütung des **(vorläufigen)** Sachwalters

(1) Der (vorläufige) Sachwalter erhält in der Regel 60 vom Hundert der für den Insolvenzverwalter nach § 2 Abs. 1 bestimmten Vergütung.

*(2) Eine den Satz des Abs. 1 übersteigende Vergütung ist festzusetzen, wenn das Insolvenzgericht gemäß § 277 Abs. 1 der Insolvenzordnung angeordnet hat, dass bestimmte Rechtsgeschäfte des Schuldners nur mit Zustimmung des Sachwalters wirksam sind **oder wenn die Gläubigerversammlung einer Erhöhung der Vergütung zustimmt.***

- I. Fälle der Einsetzung eines vorläufigen Sachwalters
- II. Rechtsstellung des vorläufigen Sachwalters
- III. Aufgaben (resultieren aus Rechtsstellung)
- IV. Einflussmöglichkeiten des vorläufigen Sachwalters
- V. Haftungsprobleme
- VI. Vergütung des vorläufigen Sachwalters
- VII. Fazit**

VII. Fazit

- kein Pilot
- auch kein fünftes Rad am Wagen, sondern Schlüsselfigur
- Erforderlichkeit enger **Abstimmung, Koordination und Informationen** aller Beteiligten → erhebliche Verantwortung des vorläufigen Sachwalters
- in aller Regel keine Beschränkung auf passive Rolle
- stets Co-Pilot, oft Lotse
- positive Beeinflussung des Verfahrens durch: **Neutralität, Erfahrung und Transparenz** sowie sinnvolles **Einsetzen der Kompetenzen**
- Voraussetzung: **ständiger Überblick über das Unternehmen** und den Sanierungsprozess + **professionelle Akteure** auf Eigenverwaltungsseite

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Kontakt:

Flöther & Wissing Rechtsanwälte

Prof. Dr. Lucas F. Flöther

Hansering 1, 06108 Halle (Saale)

Telefon: (0345) 21222-0

Telefax: (0345) 21222-22

E-Mail: inso@floether-wissing.de

www.sanierungskultur.de