

Folgeinsolvenz - Niederlage des Sanierungsansatzes der InsO ?



Vortrag Norddeutsches Insolvenzforum

23.09.2024

Referent: RiAG Frank Frind

(Insolvenz- und Restrukturierungsgericht Hamburg, Vorstand BAKInso e.V.)



Agenda

0. Annäherung an das Thema – von Wahrnehmungen und möglichen Ursachen
- I. Folgeinsolvenz– was ist das eigentlich ? Versuch einer Definition
- II. Folgeinsolvenz und Zeitfaktor
- III. Probleme bei Folgeinsolvenzverfahren
 - 1a. Verwalter*in-/Sachwalter*in-Auswahl
 - 1b. Und was ist mit „Noch mal Eigenverwaltung“ ?
 - 2a. Probleme bei Insolvenzanfechtungsansprüchen (§ 139 InsO)
 - 2b. Exkurs StaRUG und Folgeinsolvenzanfechtungen
 3. Folgeinsolvenz und Masseschulden nach Aufhebung des (Erst)Planverfahrens durch das Gericht
 4. Probleme bei erneuter Insolvenzgeldvorfinanzierung
- IV. Was tun gegen Folgeinsolvenzen ?



0. Annäherung an das Thema- von Wahrnehmungen und möglichen Ursachen



- **Bürger*in:** „Das kommt ja mittlerweile dauernd vor“-
„Die stecken sich alles in die Taschen“
- **Verwalter*in:** „Ist mir völlig egal, Hauptsache ich erhalte eine Vergütung“
– **Wenn ich aus dem Laden raus bin, sag ich „der ist saniert“-**
Fortführung ist immer gut- hinterher ist „man“ immer schlauer
- **Wissenschaftler*in:** **Das muss untersucht werden !**
- **Statistiker*in:** **Das geht uns nix an !** (Insolvenzstatistikgesetz: Die „Erhebungsmerkmale“ nach § 2 InsStatG verzeichnen die Fragestellung nach einer Vorinsolvenz nicht. (dies kritisierend Frind, INDAT-Report 2/2020, 48) Laut destatis-Bericht im März 2024 ist eine „Sanierung“ in den im Jahre 2020 abgeschlossenen Verfahren in 866 Fällen (=5,56 %) gelungen, die Nachhaltigkeit der Sanierung wurde nicht erfasst (INDAT-Report 4/2024, S.8)
- **Journalist*in:** **Wir berichten nur und finden viele Beispiele**
(BBS Autotechnik GmbH (5 x in 17 Jahren); Sinn (Leffers) (4x in 16 Jahren, s. Faz.v. 7.8.24); Bree, hülsta, Kettler, Esprit, Weltbild, Galeria Kaufhof (3x in vier J.), Gerry Weber (hierzu INDAT-Rep.4/2024, 65); Strauss Innovation (3x), weitere Beispiele b. Frind, ZInsO 2015, 2249; ders. 2309; ders. 2358)

Das ist keine neue Diskussion- aber verstärkte Wahrnehmung



- **Folgeinsolvenz ist zunächst- ohne Ursachenbetrachtung- „nach Außen“ „der Offenbarungseid des Sanierungsansatzes im Insolvenzverfahren“** (Buchalik/K.Schröder, ZInsO 2016, 189, 191 ; Frind, ZInsO 2020, 390; ders. 2023, 1733) – „Sanierung misslungen“
- **„Nachhaltigkeit“ von Sanierung wird vermisst - vermehrt werden**
„Folgeinsolvenzen“ seit 2013 in der Fachliteratur thematisiert (dazu Fröhlich, return 3/2016, 8,9; Frind, ZInsO 2015, 2249; 2309; 2358; Frind/Köchling, ZInsO 2013, 1666; Siemon, ZInsO 2013, 1861, 1874; zur Forderung nach „Nachhaltigkeit“ auch Paulus, NZI 2015, 1001, 1003; Reuter, INDAT-Rep.7/2024, 52: **Sanierungsquote** der 2012 eröffneten Verfahren (inkl. Einzelunternehmen !!!) bei Ende 2019 **5,17 %**, **bei Ende 2020 5,56 %**)
- **„Sanierung“ (lt. destatis)= „Erhaltung des bisherigen Unternehmensträgers“ oder „Erhaltung des Betriebes oder v. Betriebsteilen“**
- **häufig im Verfahren nur finanzwirtschaftliche Sanierung** (ISR-Forum, Düsseldorf, 16.10.2015 (INDAT-Report 8/2015, 48); lt. Weber, ZInsO 2015, 2367, 2368 plädierte B.Jung auf dem ISR-Forum für eine dringend notwendige nachgelagerte Beratungsphase für eine leistungswirtschaftliche Sanierung; Paul, INDAT-Report 8/2019, 36; Streit/Bürk, Fs 10 Jahre Östernburg Seminare, 395 ff.)

Woher kommt eigentlich der „Sanierungs-Hype“ ?



- Seit „ESUG“ sollen Insolvenzverfahren möglichst „Sanierungsverfahren“ sein → Rezeption (Westpfahl, ZRI 2020, 157, 165)
- Insolvenzverwalter*innen wollen „Sanierungs-Verwalter*innen“ sein
- Insolvenz als „Ordnungsverfahren“ gilt als „bestenfalls altmodisch“, „Resterampe“, die „Zuschliesser“ (Insolvenz ist ein „I-Wort“ und immer noch mit Stigmatisierung verbunden (zur Historie der Stigmatisierung bis zu absurden Vorschlägen, die InsO in „RIO“ umzubenennen: Martini, InsbürO 2023, 296 – 300))
- EU-Restrukturierungsrichtlinie (Nr.2019/1023 v. 20.6.2019) erzeugt mit nationaler Umsetzung „StaRUG“ „Notwendigkeit der Sanierung vor Insolvenz“
- „COVInsAG“ bewirkte zeitweiliger Aussetzung der Antragspflicht und die Tendenz der „Vermeidung v. Insolvenzen um jeden Preis“ hat diesen Trend eher verstärkt (Frind, INDAT-Report 9/2022, 52)
- EU-Entwurf Harmonisierungsrichtlinie (COM(2022) 702=2022/0408 (COD) v. 7.12.2022) „degradiert“ „Kleinverfahren“ (verwalterlose Verfahren)= ca. 80 % der deutschen IN-Verfahren !, dazu Frind, ZInsO 2023, 419)

RIAG Frind - AG Hamburg

5

Aber: was sagt das Gesetz? Kernziel bleibt bestmögliche Gläubigerbefriedigung



- RegE 17/5712, S.17:
*Vorrangiges Ziel des Insolvenzverfahrens ist die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger. Daran wird festgehalten. (...).**Die Erhaltung eines insolventen Unternehmens kann in einer marktwirtschaftlichen Ordnung kein Selbstzweck sein. Sie ist im Grundsatz nur dann erstrebenswert, wenn der Fortführungswert des Unternehmens den Zerschlagungswert übersteigt, also durch die Sanierung Werte erhalten oder geschaffen und nicht vernichtet werden. In diesem Fall liegt eine Fortführung auch im Interesse der Gläubiger. Sie tragen das wirtschaftliche Risiko des Gelingens oder Scheiterns einer Sanierung und sollen daher stärker darüber entscheiden können, ob und wenn ja, mit wem eine Sanierung versucht wird***
- Flöther, ZIP 2012, 1833, 1839: „**landläufige Verblendung durch das ESUG**“

RIAG Frind - AG Hamburg

6

Prioritäres Ziel des „modernen“ Insolvenzverfahrens ?



- **Keine Verankerung eines „Sanierungsziels“ in § 1 InsO**
(Frind, ZInsO 2010, 1161, ders. ZInsO 2015, 2249; so auch Buchalik, ZInsO 2015, 484, 485; Paulus, NZI 2015, 1001, 1004; Madaus, JZ 2016, 548, 549)
- **bestmögliche Gläubigerbefriedigung (=Massemaximierung)**
- **Aber nicht: gleichmäßige Gläubigerbefriedigung** ?(kritisch : Paulus, NZI 2015, 1001, 1006, ist dieser Grundsatz zwar gerecht, aber in § 1 InsO ersichtlich nicht verankert; so auch Knospe, ZInsO 2014, 861, 871; Jungclaus KTS 2014, 257, 264)
- **Oder: Unternehmenserhalt und Arbeitsplatzerhalt ?** (so Paulus, NZI 2015, 1001, 1004; **jedenfalls zulässig im Planverfahren** Buchalik/K.Schröder, ZInsO 2016, 189)
- Unternehmenserhalt als „eine von zwei Möglichkeiten der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung“ , **wenn über eine Zeitraumbetrachtung die Entwicklung der künftigen Kundenbeziehung mit einbezogen wird !!!**
(Buchalik, ZInsO 2015, 484, 487; Buchalik/K.Schröder, ZInsO 2016, 189)

Verstärkte Wahrnehmung „Folgeinsolvenz“



- „Rückfallquote“ in Eigenverwaltungs-Verfahren (EVA) bei **8%** ;
bei normalen Regelinsolvenzverfahren bei **4%** ;
bei eröffneten Eigenverwaltungsverfahren sogar **9%** zu 3%
(Fröhlich, return 3/2016, 8,9)
- Bei Planverfahren **7%** zu **5%** bei übertragender Sanierung
- Lt. Fröhlich (INDAT-Report 7/2017, 47) ist bei Eigenverwaltungen und Planverfahren die Quote der Anschlussinsolvenzen höher als bei übertragender Sanierung und Fremdverwaltung
- **So ergibt eine Liste der „TOP-50-ESUG-Verfahren“ für 2016/2017, dass nur in 14% der Fälle v. nachhaltiger Sanierung gesprochen werden kann** (s. d. Aufstellung bei Behrend/Möllers, KSI 2020, 271, 273)
- Indes in jüngerer Zeit die Folgeinsolvenzanfälligkeit der EVA etwas in Frage stellend: *Studie Schultze & Braun* (ZInsO 11/2022, III) → **innen 5 Jahren nach Abschluss** i. Zeitraum 1.3.2012- 1.9.2021 (nur jurist.Pers.): 0,2 % (44 v. 2.189 EV-Verf.), bei Regelinsolvenz 0,013 % (INDat-Rep.2/2022, 75)
- Reuter, INDat-Rep.7/24, 52,56: wegen Ermittlungsschwierigkeiten ist Studie zu berichtigen mit Faktor 10-15: **14,13 % Folgeinsolvenzquote**

Zwischenbilanz



- Im Bereich juristischer Personen liegt die Sanierungsquote bei 7 % - 8 % (das sind 412 Fälle bez. auf 2012)
- Hiervon wiederum fallen 14 % erneut in Insolvenz binnen ca. 3 Jahren

Diskutierte Ursachen



- **Unterscheide „exogene“ und „endogene“ Faktoren**
- **Das ungeeignete Eigenverwaltungsverfahren** (Geschäftsleitung zur Betriebsfortführung ungeeignet –Generalbevollmächtigter verlässt „das Boot“ nach Verfahrensaufhebung)
- **Das im Grunde gar nicht sanierbare Unternehmen** („Ich „sanriere“ immer, um so zu tun, als ob und das erhöht immer meinen Vergütungsanspruch“; „mein Insolvenzgericht möchte was von „Sanierung“ lesen“; „die Gläubiger möchten was von „Sanierung“ lesen“)
- Das Insolvenzplanverfahren mit (dann nicht erfüllten) „Zahlungsraten“ nach Aufhebung
 - a.) Zahlungsraten aus Betriebsfortführung („carve out“)- **absehbar nicht erreichbar (sehr häufig)**
 - b.) Zahlungsraten v. Erwerber- **absehbar nicht nachhaltig liquide** (Fälle z.B. Flughafen Lübeck, Hotel Heiligendamm)
 - c.) plötzliche Verschlechterung Marktsegmentlage (z.B. Corona)
- Das (konzeptionell) ungeeignete Sanierungskonzept (dazu später)
- Das „nicht nachhaltige“ Sanierungskonzept („Durchlauferhitzer-Sanierung“; nicht „operativ“)

Ursachen durch Verfahrensbeteiligte



- Desinteressierte Gläubiger (Gläubigerausschuss inexistent oder untätig)
- Der unfähige Verwalter/Sachwalter
- Der unfähige „Generalbevollmächtigte“ – „Sanierungsfachmann“
- Das unfähige/desinteressierte/ keine Aufsicht wahrnehmende Insolvenzgericht
- Aber:
Gem. BGH v. 6.10.2011, IX ZR 105/09, ZInsO 2012, 137 hat der BGH mit bisheriger Entscheidung zur Liqui-Planung nicht entschieden, ob der Verwalter bei übertragender Sanierung sich auch über die Fortbestehensprognose für den in Aussicht genommenen Übernehmer vergewissern müsse (Rn.4)
- **Verwalterpflicht: Bonitätsprüfung ?** m.E. ja : Wenn davon beim asset deal die Massedeckung für das weitere Verfahren (Abwicklung) abhängt, ja (s. auch die unglücklichen Ratenzahlungsmodelle → z.B. OLG Saarbrücken v. 13.10.2021, ZInsO 2022, 155) Leithaus spricht zu einem anderen Fall von „**Finanzierungsnachweis**“ (NZI 2023, 212, 213)), wenn der Verkauf an diesen Käufer nicht „alternativlos“ war und der Käufer bereit und in der Lage gewesen wäre, weitergehendere Sicherungsmittel zu erbringen und nicht „abgesprungen“ wäre (OLG Nürnberg v. 11.12.2013, ZInsO 2014, 206, 212, 213)
- **Oder § 160 InsO ?**

I. „Folgeinsolvenz“ – was ist das eigentlich ?



- **Statistisch nicht erfasst**
- **Gesetzlich nicht definiert**
- aber zumindest i. d. InsO erwähnt
- an versteckter Stelle: **§ 255 Abs.2 InsO** („ ein neues Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners“) und bei **§ 266 InsO** bei Nachrangberücksichtigung der Insolvenzgläubiger (§ 264 InsO) nach Scheitern des Insolvenzplans (bei § 266 InsO innerhalb der Planüberwachungsphase)

Versuch einer Definition u. Abgrenzung des Begriffes



- Folgeinsolvenz ist eine formelle einem Insolvenzverfahren über das Vermögen des gleichen oder aufgrund übertragener Sanierung weitgehend identischen Rechtsträgers folgend eintretende Insolvenz. Sie kann materiell aufgrund neuer Insolvenzgründe oder „durchlaufender“ Insolvenzgründe entstehen.
- Zweitinsolvenz ist formelle Insolvenz einer nach Freigabe (§ 35 Abs.2 InsO) im Erstinsolvenzverfahren über das Vermögen einer natürlichen Person entstandenen „Sondermasse“ (BGH v. 9.6.2011 (IX ZB 175/11): „eigene Haftungsmasse“)
- Folgen der Definition: Weder § 33 Abs.2 Nr.4 StaRUG (neue Restrukturierungssache nach früherer Restrukturierungssache) noch § 56 Abs.1 S.2 InsO (erst Restrukturierungssache, dann Insolvenzverfahren) sind Fälle von „Folgeinsolvenz“

Folgeinsolvenzen im Bereich der Verfahren natürlicher Personen mit RsB-Antrag



- Gesetzliche „Regelung“ durch gestaffelte Sperrfristen in § 287a Abs.2 InsO
- „Wiederanträge“: keine Registrierung nach InsolvenzStatG – insolvenzgerichtlich „gefühl“ durchaus steigend (s. dazu Stellungnahme des BAKInso e.V. v. 8.5.2024 im Rahmen der RSB 2021- Evaluation nach Art.107a EGIInsO ((ZInsO 2024, 1197= NZI 13/2024, X=ZVI 2024, 233)
- Einzige untersuchung: Studie Dr. Lechner TU Chemnitz, „Eine zweite Chance für alle gescheiterten Schuldner ?“: Juni 2010: **ca. 30 % der restschuldbefreiten Schuldner überschulden sich wieder**
- **Maßnahmen gegen den „Drehtür-Effekt“:**
 - * „begleitende“ Schuldnerberatung (Frind, ZInsO 2009, 1135 mwN);
 - * RSB-Versagungsgrund „Neuverschuldung“ (Frind, NZI 2019, 361)
 - Ist eine Sperrfrist-Lösung überhaupt sinnvoll (§ 287a Abs.2 Nr.1) ?
- „Evaluation“ B.Reg. „RsB 2021 (3 Jahre) = BT.Drs. v.12.7.2024 (BT-Drs.20/12250) mit dem Ergebnis: „derzeit ebenfalls kein unmittelbarer gesetzgeberischer Handlungsbedarf.“

II. Folgeinsolvenz und Zeitfaktor: Gibt es eine gesetzliche „suspect period“ ? – Was ist „nachhaltig“ saniert ?



- Destatis erhebt „Sanierung bei Verfahrensaufhebung
- → **„Sanierungsquote“ ungleich „Nachhaltigkeitsquote“** ! (Reuter, INDat-Rep.7/24, 52, 56)
- In **§ 33 Abs.2 S.1 Nr.4 StaRUG** wird ein **Aufhebungsgrund für eine Restrukturierungssache** normiert, wenn dieser eine frühere mit Stabilisierungsanordnung oder Planbestätigung vorweg gegangen war oder eine frühere Aufhebung wegen Pflichtverletzung „des Schuldners“ erfolgt ist,
- wobei **§ 33 Abs.2 Satz 2 und S.3 StaRUG** diese Aufhebungsgründe bei „nachhaltiger Sanierung“, die nach S.3 nach drei Jahren Ablauf angenommen wird, wieder für obsolet erklärt
- **Diese abgelaufenen drei Jahre** seit vorhergehenden „Vollstreckungs- und Verwertungssperren“ sind nach **§ 51 Abs.2 Nr.2 S.2 StaRUG** auch Voraussetzung für die Gewährung einer Stabilisierungsanordnung

Adressierung „Nachhaltig“



- Eigenverwaltung:
Die gleiche Regelung findet sich dann in **§ 270a Abs.2 Nr.2 InsO** für die erfolgreiche Gewährung einer Eigenverwaltung und in **§ 270b Abs.2 Nr.2 InsO** als „Hürde“ bei nicht ausreichendem Finanzplan
 - → Der Gesetzgeber geht bei Insolvenz binnen drei Jahren nach Erstverfahrensbeendigung v. d. Vermutung nicht nachhaltiger Sanierung aus (Frind, ZInsO 2023, 1733 ; Bieg/Hölzle, ZIP 2022, 2419, 2423)
= Vermutung Insolvenzgrund bei Verfahrensaufhebung Erstverfahren nicht beseitigt (das hat Folgen gem. Anfechtungsrechtsprechung !)
- Gesetzliche Indizregelungen**
- **§ 212 S.1 InsO**: Einstellung nur, wenn Insolvenzgründe beseitigt
 - **§ 15b Abs.2 S.2 InsO**: Zahlungen ordnungsgemäß, wenn „nachhaltige Beseitigung der Insolvenzreife“ betrieben wird
 - **§ 14 StaRUG**: Bestandsfähigkeit sicher- oder wiederherstellen

Drei Jahre „suspect period“



- Der Gesetzgeber „erfasst“ die Vorverfahren somit zwar statistisch nicht, knüpft an sie aber Negativumstände und stellt ihre „Mitteilung“ in den Pflichtenkanon des antragstellenden Schuldnerunternehmens ein (s. z.B. § 39 Abs.2 StaRUG)
- Immerhin verknüpft der Gesetzgeber erstmals mit den vorgenannten Regelungen die Wirkungen von „Vorverfahren“ mit Folgeverfahren
- Den Zeitraum von „drei Jahren“ als Regelannahme für eine „nachhaltige Sanierung“ nach deren Ablauf hat der Gesetzgeber indes in der Begründung des SanInsFoG nicht begründet
- Die „Regelvermutung“ wird als „außergesetzliche tatsächliche Vermutung“ in der Kommentarliteratur verstanden (Skauradzun/Fridgen-Kramer, StaRUG; § 33 Rn.50)
- Sie kann aber auch dann durch gerichtsseitige Erkenntnisse auch dann widerlegt werden, wenn mehr als drei Jahre seit dem letzten Verfahren ins Land gegangen sind (BR-Drs.619/20, S.160: „Die Zugangsverweigerung kann in einem solchen Fall auch nach Ablauf der dreijährigen Zeitspanne der Regelvermutung ausgesprochen werden.“)

III. Probleme bei Folgeinsolvenzverfahren

1a. Die Verwalter*in-/Sachwalter*in-Auswahl



- **Der/die Gleiche wieder ?** (s. z.B.: Galeria Kaufhof I und II)
- **1.1 Unabhängigkeit** (§§ 56 Abs.1 S.1 InsO , 270b Abs.1, 274 Abs.1 InsO)
- = u.a. Abwesenheit v. Inhabilitätsanlässen
- = Keine „Besorgnis der Befangenheit“
- Rein rechtlich handelt es sich um den klassischen „**Vorbefasstheitsfall**“
- Für Rechtsanwälte: **§ 45 Abs.1 Nr.3 BRAO** (gem. § 45 Abs.2 BRAO auch für z. gem. Berufsausübung verbundene geltend):
darf nicht tätig werden (...) in derselben Angelegenheit, mit der er bereits als Insolvenzverwalter, Nachlassverwalter, Testamentsvollstrecker oder Betreuer oder in ähnlicher Funktion befasst war, gegen den Träger des von ihm verwalteten Vermögens vorgehen soll,
- **Sind das bereits Ansprüche auf Masse“beschlagnahme“ ?**

Inhabilitätsfelder- Folgeinsolvenz Verwalter → Verwalter



- **1.2. Gegenüber Erstverwalter: mögliche Haftungsansprüche nach § 60 InsO** (soweit die Verjährungsfrist des § 62 S.2 InsO noch nicht abgelaufen ist):
 - a.) „Liegengelassene“ Ansprüche, z.B. aus Insolvenzanfechtung oder Verschleppungshaftung ?
 - b.) Sinnlos begründete Masseschulden ?
 - c.) Versäumte Warnpflicht bei unzureichender Sanierungs-/Finanzplanung (insbes. Eigenverwaltung !!)
- **1.3. Anfechtbarkeit der Vergütungsausschüttung im Erstverfahren ?** (Uhlenbruck/Borries/Hirte, 15. Aufl. 2019 InsO § 129 Rn. 154-154c)
- War der Verwalter/Sachwalter im Erstinsolvenzverfahren Planvorleger und Plan(mit)konstrukteur stellen sich erweiterte Fragen: unzureichender, zumindest fahrlässig mangelhafter Plan ?

Inhabilitätsfelder- Folgeinsolvenz Zweit-Verwalter muss (auch) Ansprüche verfolgen gegenüber mit Erstverwalter zusammenarbeitenden Dritte



- **1.4. Gegenüber Erstberater** (nunmehriger „immer-noch-Berater ? Hatte der den Verwalter vorgeschlagen ?):
Ansprüche aus Beraterhaftung und Schlechtberatung, mangelhaftem Sanierungskonzept
- **1.5. Ansprüche gegen (ehemalige) Gläubigerausschussmitglieder** hinsichtlich deren Vergütung (instruktiv BGH v. 6.5.2021, ZInsO 2021, 1302) → können streitig werden → Folgefolie

BGH v. 6.5.2021, ZInsO 2021, 1302



- Am 17.9.2013 wurde das erste Insolvenzverfahren aufgehoben. Danach, am 15.10.2013, schlossen die Mitglieder des Gläubigerausschusses, darunter der Bekl., und die Schuldnerin eine **Vergütungsvereinbarung**, nach welcher die Mitglieder des Gläubigerausschusses für ihre Tätigkeit eine Vergütung von 300 Euro pro Stunde bei einem Mindestzeittakt von je angefangenen sechs Minuten zu erhalten hatten. Weitere Bestimmungen betrafen Reisezeiten, Nebenkosten und den Einsatz von Mitarbeitern. In der Folgezeit stellte der Bekl. der Schuldnerin verschiedene Rechnungen über seine Tätigkeit. **Die Schuldnerin zahlte hierauf insgesamt 116.268,09 Euro.**
- Nachdem das **zweite Insolvenzverfahren** über das Vermögen der Schuldnerin **am 29.3.2016 eröffnet** worden war, wurde die Überwachung der Erfüllung des ersten Insolvenzplans aufgehoben (!!)
- Der Verwalter des Folgeverfahrens meint, die Vergütung des Bekl. hätte zwingend vom Insolvenzgericht festgesetzt werden müssen. Seine Klage auf Rückgewähr der 116.268,09 Euro nebst Zinsen hat in den Vorinstanzen überwiegend Erfolg gehabt. Die hiergegen gerichtete Revision des Bekl. hatte Erfolg
- **BGH: Vereinbarung ist möglich ! Zwingende Vorschriften des Vergütungsrechts stehen einer Vergütungsvereinbarung zwischen den Mitgliedern des Gläubigerausschusses und dem Schuldner nicht entgegen.**
„Hintertür“: Dass die sachgerechte Wahrnehmung ihrer Überwachungstätigkeit durch den Abschluss einer Vergütungsvereinbarung mit dem Schuldner beeinträchtigt werden könnte, ist vorstellbar. Im vorliegenden Fall gibt es hierfür jedoch keine Anhaltspunkte.

Gesetzliche Hinweise auf „möglichst nicht den/die Gleiche“ ?



- „Lehre“ aus **§ 56b Abs.1 S.2 InsO** gilt auch für den **Folgeinsolvenzfall**: Je komplexer die zugrunde liegenden Inhabilitäts-Sachverhalte, so weniger sinnvoll kann es sein, sie mithilfe der beschränkten Möglichkeiten der Bestellung von Sonderinsolvenzverwaltern zu amortisieren
- zweite rechtliche Bestellungsschranke folgt aus **§ 56 Abs.1 Satz 4 Nr.2 InsO**: Der Gesetzgeber meinte, dass »allgemeine Informationen über den Gang des Insolvenzverfahrens« in einer Auskunftssituation die Unabhängigkeit des Kandidaten nicht beeinträchtigen würde, zog aber offensichtlich im Umkehrschluss die Grenze der mangelnden Unabhängigkeit dann jenseits intensiverer Vor-Befassung mit dem Fall. Grundsätzlich ist daran zu erinnern, dass die Bestellbarkeit des »Planvorbereiters« zum Verwalter/Sachwalter zu Recht weitgehend als ausgeschlossen angesehen wird durch Streichung der ursprünglich im Gesetzentwurf zum »ESUG« vorgesehenen Regelung § 56 Abs.1 S.4 Nr. 3 InsO.

Gesetzlicher Hinweis aus StaRUG

i.V.m. § 56 InsO

- Dritte rechtliche Bestellungsschranke folgt aus den mit dem SanInsFoG neu eingeführten „Durchbestellungshürden“ aus **§ 56 Abs.1 S.2 InsO iVm § 33 Abs.2 StaRUG** analog
- Regelung des § 56 Abs.1 S.2 InsO kennt keine Zeitgrenze, **wer vorher als amtswegig bestellte Person im Restrukturierungsverfahren tätig war, soll zumindest in Pflichtausschussfällen (§ 22a Abs.1 InsO) nur im Ausnahmefall der Ausschusszustimmung im Insolvenzverfahren tätig werden dürfen.**
- Aus § 33 Abs.2 wird indes eine Zeitgrenze v. drei Jahren generell in die Bestimmungen mithineinzulesen sein
- **Fazit: das Insolvenzgericht wird sich bei der Verwalterauswahl im Folgeinsolvenzverfahren die Frage stellen müssen, ob bei Aufhebung des Erstverfahrens eine Fortbestehensprognose wiederhergestellt und die Krise -in diesem Sinne- beseitigt war (ist das nicht der Fall, stellen sich Folgeprobleme !)**

1b.) Und was ist mit „Noch mal Eigenverwaltung“ ?

- War das Erstverfahren ein Eigenverwaltungsverfahren ist –**bei Nichtbeseitigung des Insolvenzgrundes bei Verfahrensaufhebung**– das Konzept nach § 270a Abs.1 Nr.2 InsO gescheitert
- **Sofern dieses „Sanierung“ vorsah**, was nicht zwingend Vorauss. des Erstkonzeptes gewesen sein muss
- Gerichtlich zu prüfen ist vor einer Gewährung der zweiten Eigenverwaltung beides
- Das Vorverfahren ist -sofern binnen der letzten drei Jahre erfolgt- anzugeben: **§ 270a Abs.2 Nr.2 InsO**
- Das führt zur „regelhaften“ „Umstände für Nichtgewährung bekannt“ Vermutung aus **§ 270b Abs.2 Nr.2 InsO** – es sei denn „Ausrichtung an Gläubigerinteressen zu erwarten“ Schlussfolgerung

Grobkonzept – wie, wie lange, wohin ?

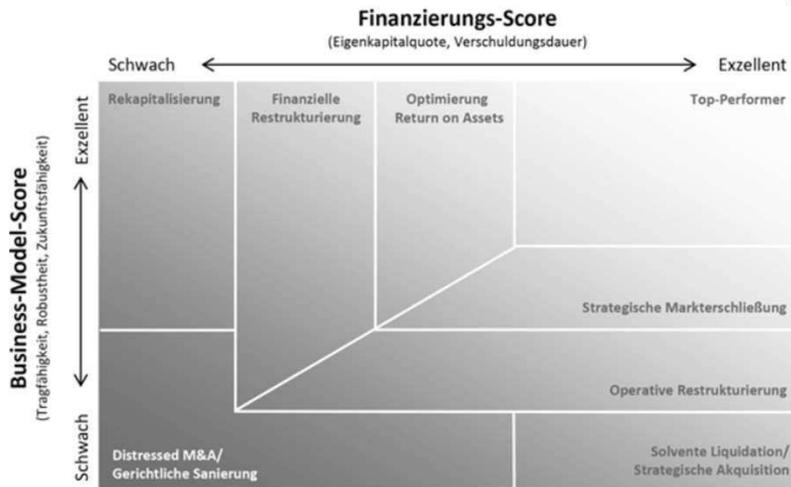


Abb. 1: Geschäftsmodell- und Finanzierungsscore

RIAG Frind - AG Hamburg

25

III. Probleme bei Folgeinsolvenzverfahren

2. Probleme bei Insolvenzanfechtungsansprüchen (§ 139 InsO)



- §§ 143, 146 InsO : Anspruchsentstehung frühestens mit Eröffnung
- Verjährung gem. § 195 BGB in drei Jahren
- Beginn gem. § 199 Abs.1 BGB:
Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis **durch Insolvenzverwalter**
- **Einschränkende Rechtsprechung:**
Erst grob fahrlässige Unkenntnis setzt Frist in Lauf: Diese setzt eine schwere subjektiv vorwerfbare Vernachlässigung der Ermittlungspflichten des Insolvenzverwalters voraus –bei umfangreichem Verfahren keineswegs Start mit Eröffnung (BGH v. 30.4.2015, ZInsO 2015, 1323, 1324 Rn.10; BGH vom 15.12.2016, Az.: IX ZR 224/15, ZInsO 2017, 79; BGH v. 27.7.2023, ZInsO 2023, 2259 Rn.40)

RIAG Frind - AG Hamburg
RIAG Frank Frind

26

Verjährung im Erstverfahren obsolet bei Folgeinsolvenzverfahren (§ 139 Abs.2 InsO) ?



- Der Anfechtungsanspruch entsteht in jedem eröffneten Verfahren neu - d.h. bei Nicht-Verfolgung im Erstverfahren und Eröffnung eines späteren Verfahrens kein Verjährungseinwand
- **denn es geht nicht um ein „Wiederaufleben“, sondern um Neuentstehung, da mit Beendigung des Erstverfahrens alle Ansprüche aus Insolvenzanfechtung „erlöschen“**
(LG Düsseldorf v. 2.5.2011, ZInsO 2011, 1156=ZIP 2011, 1431; bestätigt durch OLG Düsseldorf v. 22.12.2011, ZIP 2012, 482)
- → **Neue Prüfung aller Anfechtungs-Ansprüche durch Verwalter des Folgeinsolvenzverfahrens** (daher notwendige Personenverschiedenheit, **Frind, ZInsO 2020, 390**) – der Drei-Monatszeitraum wird „vorverlagert“

Anfechtungsrechtliche Übersicht Erst- und Folgeverfahren



----Zahl----A1----EÖ1----AufhA1-----A2-----EÖ2
- 3 Mon.- -3 Mon.?-

- Welcher Drei-Monatszeitraum gilt ?
- Welcher Vier-Jahres-Zeitraum gilt ?
- Was ist, wenn IV 1 die Anfechtung(en) zunächst „lieengelassen“ hat → § 60 I InsO gegen IV 1 oder noch geltend zu machen ?

Verjährung im Erstverfahren obsolet bei Folgeinsolvenzverfahren ?



- Der **BGH** hat mit **Entscheidung v. 11.4.2013 (ZInsO 2013, 1090)** zu einem anderen Verfahren zu dem Problem Stellung genommen (der Sachverhalt „spielte“ allerdings unter Geltung der GesO, in welcher die dortige zweijährige Geltendmachungsfrist nach Eröffnung nicht als „Einrede“ ausgestaltet war)→**Der BGH billigt jedem Anfechtungsrecht im Prinzip neue Entstehungswirkung zu**, da eine „Identität der Anfechtungsrechte“ wegen verschiedener Massen und Insolvenzgläubiger nicht gegeben sei
- **Allerdings könne eine Einrede-Erstreckung „Verjährung“ eventuell bei einer durchlaufenden Zahlungsunfähigkeit vom Erstverfahren zum Zweitverfahren gerechtfertigt sein**→ zu prüfen ist: Ist der Insolvenzgrund nach der Erstinsolvenz wirklich beseitigt ? Wenn nein, eventuell Verjährungseinrede des Anfechtungsgegners, diese aber nur bei grober Fahrlässigkeit des Verwalters (dazu : BGH vom 15.12.2016, Az.: IX ZR 224/15, ZInsO 2017, 79; BGH v. 27.7.2023, ZInsO 2023, 2259 : “Statthafte Prüfungsreihenfolge”)

Regelhaft zu prüfen: Läuft der Insolvenzgrund v. der Erstinsolvenz zur Folgeinsolvenz „unbeheben“ durch ?



- Fälle: asset deal und Übernahme der Schuldnerin als Rechtsnachfolger in Unternehmensgruppe/Konzern der Erwerberin
- **Denn Voraussetzung für Geltendmachung des Anfechtungszeitraumes ab Antrag Erstinsolvenz: „Durchlaufende Insolvenzsituation“**
Rechtsprechung zu § 139 Abs.2 S.2 InsO: Ist der Insolvenzgrund nach der Abweisung mangels Masse wieder behoben und später erneut eingetreten, kann der erste Antrag nicht mehr ausschlaggebend sein (BGH v. 15.11.2007, ZIP 2008, 235 m.w.N.=ZInsO 2008, 159; BGH v. 18.9.2014, ZInsO 2014, 2166, bestätigt (**11 Jahre zwischen den Anträgen**); so auch LG Stendal v. 21.1.2019, ZInsO 2019, 805 (hier **Zeitraum v. ca. 7 Jahren**))
- Beispiel: Von einer „einheitlichen Insolvenz“ ist möglicherweise auszugehen, auch, wenn die Anträge **knapp vier Jahre auseinanderliegen** (LAG Hamm v. 8.4.2016, ZIP 2016, 1838, III. 2), da § 139 Abs.2 S.1 InsO seinem Wortlaut nach keine zeitlichen Grenzen enthält
- **Beweisbelastet für eine zwischenzeitliche Erholung ist der Anfechtungsgegner, den Insolvenzverwalter trifft eine sekundäre Darlegungslast** (LG Stendal v. 21.1.2019, ZInsO 2019, 805, 806)

Insolvenzplan, Folgeinsolvenz und Anfechtungsansprüche



- Problemkonstellation tritt mittlerweile häufiger auf !
- **rechtshängige Anfechtungsverfahren, soweit gem. § 259 III InsO vorbehalten im Plan, können vom Folgeverwalter aufgenommen und weiterverfolgt werden** (BGH v. 9.1.2014, ZInsO 2014, 296)
- Das soll auch gelten, wenn die Krise die zum ersten Verfahren führte, zwischenzeitlich beseitigt worden war (Wischemeyer/Dimassi, ZIP 2017, 593, 601)

Wem gebührt der Anfechtungsanspruch bei Folgeinsolvenz nach Planbestätigung ?



- BGH hat hier zugunsten des neuen Insolvenzverwalters nach Scheitern der Plansanierung im ersten Verfahren die Anfechtungsansprüche dem neuen, zweiten Verwalter zugeordnet (BGH v. 9.1.2014, ZIP 2014, 330 Rn.27 ff.), auch wenn der erste Verwalter Restbefugnisse gem. § 259 Abs.3 InsO (Planbefugnis zur weiteren Geltendmachung v. Anfechtungsansprüchen) hatte. **Der BGH weist damit bereits rechtshängig gemachte Anfechtungsansprüche der Masse des neuen Insolvenzverfahrens zu (Rn.29)→ Klägerwechsel**
- (BGH v. 9.1.2014, ZIP 2014, 330 Rn.31): **Das bisherige Anfechtungsverfahren wird unterbrochen und der Insolvenzverwalter des Folgeinsolvenzverfahrens soll prüfen, ob er das Anfechtungsverfahren nach § 85 InsO aufnimmt. Er verfolgt dann die ursprünglichen Anfechtungsansprüche weiter** (unklar diesbzgl. BGH v. 28.4.2022, ZInsO 2022, 1498, da hier der gleiche Verwalter für das Folgeinsolvenzverfahren bestellt wurde und der BGH in Rn. 10 nicht abgrenzt, in welcher Verwalterrolle „der Kläger“ die Anfechtungsansprüche „weiterverfolgt“).
- Der BGH verweist darauf, dass bei „personenverschiedenen“ Verwaltern die Lösung über eine gewillkürte Prozeßstandschaft des Verwalters des ersten Insolvenzverfahrens zugunsten des zweiten Verwalters unzweckmäßig sei (Rn.34 mit Verweis auf § 17 Abs.1 S.2 AnfG)

Folgeinsolvenz und Anfechtung v. Planzahlungen aus dem Erstverfahren



- In der Folgeinsolvenz nach bestätigtem Erstinsolvenzplanverfahren können Befriedigungen der Gläubiger des Erstinsolvenzverfahrens, z.B. solche binnen der Monatsfrist vor dem neuen Insolvenzantrag, angefochten werden (Frind, ZInsO 2020, 390; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.12.2020 - 12 U 27/20, BeckRS 2020, 46942) –sofern § 129 Abs.1 InsO→ Nachteil für jetzige Masse – begründbar → durchlaufende Identität der Massen!
- „Besserungs- oder Meckerfonds“ zugunsten „Erstplangläubiger“ erlischt mit Eröffnung Folgeinsolvenz: Treuhandverhältnis zwischen dem Schuldner und dem früheren Insolvenzverwalter, dessen Zweck allein darin besteht, das auf einem zugunsten des Schuldners eingerichteten Anderkonto befindliche Guthaben vorrangig zur Befriedigung der Insolvenzplanansprüche der (Alt-)Gläubiger zu verwenden, ohne diesen ein eigenes Recht an dem Guthaben einzuräumen, erlischt im Zweifel mit Eröffnung des Folgeinsolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners, weil der Zweck nicht mehr erreicht werden kann. Altgläubiger erhalten dann zusätzlich auf die Restforderung keine Quote im Folgeinsolvenzverfahren (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.12.2020 - 12 U 27/20, BeckRS 2020, 46942)

Folgeinsolvenz und Fortdauerhaftung der Geschäftsleitung



- Die Insolvenzverschleppungslage muss sich „durchlaufend“ im Schaden des Neugläubigers realisiert haben, d.h. eine Zurechnung bei zwischenzeitlicher Beseitigung des Insolvenzgrundes ist mit dem Argument „wäre damals Antrag gestellt worden, wäre der Schaden (auch) nicht eingetreten“ nicht statthaft (BGH v. 19.11.2019, ZInsO 2020, 373)
- Aber Vermutung „Durchlaufen“: Ist die Insolvenzreife zu einem früheren Zeitpunkt bewiesen – „festgestellte Überschuldung“-, gilt die andauernde Verletzung der Antragspflicht bei späteren „relativ zeitnahen“ Aufträgen als bewiesen, wenn der zeitliche Zusammenhang zwischen neun Monaten und einem Jahr beträgt (BGH v. 19.11.2019, ZInsO 2020, 373, Rn.24).
- Haftung auch der früheren Geschäftsleitung für spätere- nach Ausscheiden entstandenen- Neugläubigerschaden (BGH v. 23.7.2024 – II ZR 206/22, ZIP 2024, 1899, Rn.79) !
- Haftet die Geschäftsleitung des Erstinsolvenzverfahrens bei Nichtbeseitigung des Insolvenzgrundes auch im Folgeinsolvenzverfahren ?

2b. Exkurs: StaRUG und Schutz vor Folgeinsolvenzanfechtungen (§§ 89 - 91) ???



- **§ 89** → betrifft Handlungen während des Restr.verfahrens
- → **§ 90** betrifft Ergebnisse v. rk Restr.plänen und Sanierungsvergleichen (Achtung § 97 Abs.3 erstreckt den Schutz auf das Ergebnis der Sanierungsmoderation (weshalb Hölzle/Curtze, ZIP 2021, 1293, 1295 Fn.3 die regelhafte „Formalisierung“ prognostizieren)
- **§ 89**: Überbrückungskredite nicht erfasst, aber →
- **Rechtsprechung des BGH zu Überbrückungskredit (BGH IX ZR 47/97) und „Sanierungskonzept“ wirkt auch hier anfechtungsbremmend** (Bork (lt. INDAT-Report 4/2021, 44, 47), Schoppmeyer, ZIP 2021, 869, 873)
- Für Beraterhonorare kann „bargeschäftsähnliche Lage“ helfen (Schoppmeyer, ZIP 2021, 869, 874)

§ 89 „Indizbegrenzung“



- **Einschränkung v. § 133 InsO** durch Ausnahme bestimmter Indizien v. Schluss auf Benachteiligungsvorsatz –als Kausalindizien:
 - Wissen um Restruktierungsanzeige (=droh. ZU)
 - Inanspruchnahme v. StaRUG-Instrumenten
- Betrifft auch Darlehensrückzahlungen und jegliche sonstige Rechtshandlungen
- Keine Abhängigkeit v. Gelingen des Restrukturierungsverfahrens, daher **auch bei Rücknahme/Aufhebung** (Bork, ZRI 2021, 1033,1037)
- **Es bleiben verwendbar Indizien, die unabhängig v. Restr.verfahren offenbart werden, aber auch Inkongruenz der Leistung** (Schoppmeyer, ZIP 2021, 869, 875; Bork, ZRI 2021, 1033,1037), o.g. Indizien bleiben zulässig als „Neben-Indizien“

Folgeinsolvenzverfahren



- § 89 StaRUG schützt bei Folgeinsolvenz nicht vor §§ 130 -132 InsO , **Zielrichtung nur → § 133 InsO und § 3 AnfG**
- Fraglich, welcher „Antrag“ für den Lauf der Dreimonatsfrist gilt (§ 139 Abs.2 InsO) (lt. Hölzle/Curtze, ZIP 2021, 1293, 1301: die Restrukturierungsanzeige !)
- **§ 89 Abs.3** : Schutz der Geschäftsleiter für Zahlungen gleichlaufend

§ 90 Abs.1 – Schutz von Planfolgen



- **Schützt: Alle Handlungen, die Umsetzung Plan ermöglichen (gest.Teil) nach Rk Plan** (San.-vergleich)regelungen und deren Vollzug; erst Handlung , dann Bestätigung genügt,
- keine analoge Anwendung auf Insolvenzpläne (Schoppmeyer, ZIP 2021, 869, 880)
- **Zielrichtung Schutz vor: §§ 130-132, 133, 134 + § 3 AnfG, nicht § 6a AnfG (jetzt diesbzgl. ausdr.ergänzt, 7.7.2022, (BT-Drs. 20/2653))**
- Ausnahme: Forderungen n. § 39 I Nr.5 u. Sicherheitsleistung i.S.v. § 135 InsO
- **Erfasst Sicherheitenbestellungen, Zins- u. Tilgungsleistungen** (kritisch Bork, ZRI 2021, 345, 352) **und Planquoten**
- **Nicht : Rückführung v. planverabredeten Darlehen** (Hölzle/Curtze, ZIP 2021, 1293, 1302; a.A. Madaus NZI Beil. 1/2021, 35,36), **aber Besicherung im Plan möglich** (Röper/Denkhaus, ZRI 2021, 1043, 1047; Bork, ZRI 2021, 1033,1037)
- Generelle Voraussetzung: keine unwahren/unvollständigen Angaben des Schuldners dem Gläubiger bekannt

Dauer des Anfechtungsschutzes



- **„bis zur nachhaltigen Restrukturierung einer Anfechtung nur zugänglich ...“:** unklar, **Begriff aus § 39 Abs.4 S.2 InsO** (Erforderlichkeitsdauer lt. Plankonzept, Röper/Denkhaus, ZRI 2021, 1043, 1045, 1047)
- Positive Fortbestehensprognose für nächste 24 Monate (wieder)hergestellt (wohl h.M: Hölzle/Curtze, ZIP 2021, 1293, 1303) oder § 33 Abs.2 S.3 ?
- **Maßgeblich bleiben Umstände bei Eintritt der Wirkungen (§ 140 Abs.1 InsO), das kann mit Bestätigungszeitp. des Plans auseinanderfallen**
- **„Schwebezustand“ (=Anfechtungsschutz) → solange Erwartungen berechtigt anhalten** (Schoppmeyer, ZIP 2021, 869, 879)
→ „solange der Gläubiger vertraut auf Restr.plan-Wirkung“
- **Kein Vorrang möglich im Plan durch Klausel für Befriedigungsreihenfolge im Folgeinsolvenzverfahren** (Röper/Denkhaus, ZRI 2021, 1043, 1047)
- **→> Kein Anfechtungsschutz mehr: Erhebliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse mit Erlöschen der Erwartung der nachhaltigen Restrukturierung in Kenntnishorizont des Gläubigers genügt**

III. Probleme bei Folgeinsolvenzverfahren 3. Folgeinsolvenz und Masseschulden nach Aufhebung des (Erst-)Planverfahrens durch das Gericht



- **§ 258 InsO: Masseschulden sind vor Aufhebung zu befriedigen oder zu sichern !**
- **Befriedigung der Massegläubiger (§ 258 Abs.2 S.1 , 1.Alt.): unstreitige sind vor Aufhebung zu befriedigen**
- **Für nicht fällige: Sicherheit oder Finanzplan (§ 258 Abs.2 S.1 2.Alt. und Satz 2 InsO; HmbKomm-Thies, 10.Aufl. InsO, § 258 Rn.13)**
- **Für streitige Masseansprüche Sicherheitsleistung –für streitige nicht fällige Finanzplan (HmbKomm-Thies, 10.Aufl. InsO, § 258 Rn.13)**
- Darüber hinaus gilt: **Die Bestimmungen über die Befriedigung von Massegläubigern sind grundsätzlich planfest, sie sind keine Beteiligten des Planverfahrens** (BGH v. 16.2.2017, ZInsO 2017, 538, Rn.21, 22; BFH v. 23.10.2018, ZIP 2018, 85, Rn. 25 m.w.N.)

Sicherstellung der Befriedigung der Massegläubiger - § 258 Abs.2 InsO- das „hängende“ Plan-Verfahren



- **Finanzplan:** Dieser Plan ist nicht nur ein Liquiditätsstatus –er hat **prognostische Elemente-** und er muss nicht vom Verwalter vorgelegt werden (LAG Düsseldorf v. 19.3.2015, ZInsO 2015, 1447) - § 258 Abs.2 S.2 InsO lässt schuldnereitige Vorlage zu (aA K.Schmidt-Spliedt, 20.Aufl.InsO, § 258 Rn.15)
- **Streitig ist, was geschieht, wenn § 258 Abs.2 InsO schon betr. der Masseverbindlichkeiten nicht v. Planvorleger erfüllt werden kann**
Nach einer Ansicht, stellt das Insolvenzgericht deklaratorisch fest, dass das Verfahren fortgesetzt wird, obwohl der Plan rechtskräftig bestätigt ist (AG Hamburg v. 3.2.2023, ZRI 2023, 308);
- *Demgegenüber wird darauf hingewiesen dies verletze die „Gläubigerautonomie“, die **Gläubiger müssten darauf dringen, diese Verfahrenskonstellation im Plan zu regeln, z.B. mittels einer „Neuverhandlungsklausel“ oder einer Vorbedingung** im Plan zur Bestätigung, in Ausnahmefällen könne auf Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zurückgegriffen werden (Harig/Jürgens, ZRI 2024, 57).*
- **Bei Nichterfüllbarkeit der Planquote: Beschl. der GLV** (Wienberg/Dellit, Fs Kübler, 805, 810; gerichtlicher Fortsetzungsbeschluss: Greeve, ZVI 2023, 151)

Folgeinsolvenz durch nicht erfüllte (erfüllbare) Insolvenzpläne



- Unterscheide:
- Betriebsfortführungsplan mit Quotenausschüttung oder (Dritt-)Investoren-Plan mit Quotenausschüttung:
Risiko der Gläubiger – Gericht prüft nur „Vollständigkeit u. Korrektheit der Informationen zur Vergleichsrechnung“ u. bei Gruppenzustimmungsersetzungsfall die Vergleichsrechnung, nicht die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit des Planes !
(LG Berlin v. 20.10.2014, ZInsO 2014, 2232, 2238)
- Wie ist das beim Finanzplan zur Sicherstellung der Massegläubigerforderungen ?
- Risiken wie bei § 208 InsO (K.Schmidt-Spliedt, 20.Aufl.InsO, § 258 Rn.15) ?

Folgeinsolvenz durch Nichtbezahlung der Masseverbindlichkeiten im Planverfahren



- **Prüfungstiefe des Insolvenzgerichtes hochstreitig**
(dazu INDAT-Report-Bericht v. den Düsseldorfer Insolvenzrechtstagen 16.5./17.5.24, Indat-Rep.5/24, 56, 60, 61; Jungmann, WM 2024, 1241):
Jungmann:
 - **Prüfung der Bonität der Drittmittelgeber**
 - **Prüfung, ob am Aufhebungstag Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO nicht mehr vorliegt** (so auch Marquardt, NZI 2021, 915, 916)*Schoppmeyer: Nicht Aufgabe des Insolvenzgerichtes*
Müko-Huber/Madaus, 4.Aufl., § 258 Rn.18,20: Lösung über Verwalterhaftung nach §§ 60,61 InsO
- **Eigene Ansicht:** Die Prüfung, ob die Daten und Unterlagen den Anforderungen an einen Finanzplan erfüllen, obliegt dem Insolvenzgericht. Verwalter hat nur die Aufgabe zu einem Schuldnerfinanzplan gfs. Bedenken anzumelden, wenn er Erkenntnisse darüber hat, dass dieser angesichts der tatsächlichen Lage nicht (mehr) erfüllbar ist
- Unklar der Hinweis auf Amtshaftung bei Uhlenbruck/Luer/Streit, § 258 Rn.11

Folgeinsolvenz und Bezahlung v. Masseschulden aus Erstverfahren



- Bei einer Folgeinsolvenz sind noch nicht befriedigte streitige Masseverbindlichkeiten nicht mehr als solche des Folgeinsolvenzverfahrens anzusehen, da im Erstverfahren Aufhebung erfolgt ist
- Die Regelung des **§ 258 Abs.2 InsO** zeigt, dass regelhaft diese Ansprüche anderweit zu sichern sind, zumindest ihre Zahlung in einem Finanzplan vorzusehen ist. Sicherheit ist nach §§ 232 BGB zu leisten
- **Nichtzahlung: § 61 InsO gegen Verwalter**
- **Zahlung: Es besteht im Folgeinsolvenzverfahren Anfechtungsgefahr**, wie der Fall KG v. 14.9.2018, ZInsO 2019, 95 (dazu Schulte-Kaubrügger/Bograkos/Joss, ZInsO 2018, 2777) illustrativ zeigt

III. Probleme bei Folgeinsolvenzverfahren

4. Probleme bei erneuter Insolvenzgeldvorfinanzierung



- Sog. „Sperrwirkung“ einer im Erstverfahren gewährten **InsOgeld-Vorfinanzierung - Voraussetzung: gleiches Insolvenzereignis – sog. „Durchlauf“**
- Die Vorschrift des § 183 Abs.1 Satz 1 Nr.1 SGB III a.F. (bzw. die geänderte Regelung § 165 SGB III) gestattet nur die Berücksichtigung eines **Insolvenzereignisses**, so dass die positive Bescheidung des Insolvenzgeld-Antrages voraussetzt, dass nicht bereits wegen der gleichen Zahlungsunfähigkeit einmal Insolvenzgeld bewilligt worden ist (BSG vom 29.5.2008, B 11a AL 57/06 R (ZInsO 2008, 1325=ZIP 2008,1989) –erneut bestätigt durch BSG v. 6.12.2012, ZInsO 2013, 830=NZI 2013, 454 mit zust.Anmerk.Rein, NZI 2013, 456; abl. Cranshaw, ZInsO 2013, 1493, 1497; erneut 17.3.2015 (ZIP 2015, 1401) : **Plan-Plan** ; generell ablehnend zur Sperrwirkung Marquardt, NZI 2021, 915)
- Das BSG wendet hierzu die Anfechtungsrechtsprechung des BGH an und fordert die Wiederaufnahme der Zahlungen an alle Gläubiger mit **Beseitigung des eingetretenen Insolvenzgrundes – Dies ist bei Aufhebung wegen bestätigtem Insolvenzplan aber Nicht-Erfüllung des Planes nicht der Fall !!!** (LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 19.8.2020 - ZInsO 2021, 1692; Nachfolgend BSG, BeckRS 2020, 38448 (Verwerfung der Nichtzulassungsbeschwerde als unzulässig)

Auswege



- Der „Wechsel der Arbeitgebers“ kann es rechtfertigen, **von einem anderen Insolvenzereignis i.S. v. §§ 165 SGB III ff. unbesehen einer zwischenzeitlich wiedererlangten Zahlungsfähigkeit auszugehen** (BSG v. 9.6.2017, ZInsO 2017, 2183=NZI 2017, 862). **Als „ein Insolvenzereignis“ gilt allerdings somit nur ein Ereignis ohne Änderung der Rechtsform des Unternehmens**
- Bei Änderung der Rechtsform entsteht ein „neuer Arbeitgeber“ (Beispiel: Strauss Innovation GmbH & Co.KG, -AG Düsseldorf- Antrag gem. § 270b InsO 30.Januar 2014, Aufhebung Dezember 2014/Januar 2015 nach Planverfahren mit Investoreinstieg (?),Folgeinsolvenz der Strauss Verwaltungs GmbH Mitte Juni 2015 (19.6.2015)(Süddeutsche Zeitung 22.6.2015); dritter Antrag August 2015 der Strauss Holding GmbH).
- Im Vorfeld des zweiten Antrages erfolgte gezielte Umstrukturierung, so lt. Verwalter RA Piepenburg des zweiten Verfahrens war es möglich, im zweiten Verfahren wegen Nichtidentität des Rechtsträgers erneut Insolvenzgeld zu erhalten (dazu INDAT-Report 1/2017, 12,19)

Erst Plan , dann Asset-Deal = nochmal Insolvenzgeld ?



- **Plan und asset deal werden daher in ihren Wirkungen unterschiedlich behandelt, was IG Metall und Bundesrat wegen der schlechteren Wirkungen beim Insolvenzplan kritisiert haben** (dazu INDAT-Report 1/2017, 12,14)
- Die Bundesregierung hat bei Neufassung der Insolvenzgeldregelungen (BT-Drs. 17/6853) dieses Ergebnis in ihrer Stellungnahme zu Art.2 Nr.18 des Gesetzgebungsvorhabens verteidigt (INDAT-Report 1/2017, 12,18)
- zuweilen wird Verwunderung geäußert, weshalb v. diesen strengen Maßstäben bei Großinsolvenzen selbst bei zeitlich dichtem Aufeinanderfolgen der Folgeinsolvenz und Nichtzahlung aller Planbeiträge im Erstverfahren abgewichen wird (Marquardt, ZInsO 2024, 778, 781). Im Grunde handelt es sich um eine markt-verzerrende Subventionierung insolventer Unternehmen über eine zwangsweise Arbeitgeberumlage (Marquardt, ZInsO 2024, 778, 779, 782 „Weiche Landung auf Kosten Dritter“)

RIAG Frind - AG Hamburg

47

Ausblick Folgeinsolvenz und Insolvenzgeld



- Erlangt der Arbeitgeber nach Eröffnung eines ersten Insolvenzverfahrens unter bestehender Planüberwachung seine Zahlungsfähigkeit zurück und geht kurz nach Verfahrensbeendigung wieder in die Insolvenz, besteht Anspruch auf Insolvenzgeld wegen des neuen Insolvenzereignisses (SG Gießen, Urteil vom 15.5.2023 - S 14 AL 4/23, NZI 2023, 600=ZInsO 2023, 1545)
- **Das SG Gießen hat obiter dictum am Ende der Entscheidung indes darauf hingewiesen, dass es die Rechtsprechung des BSG ablehnt und es auf die Wiedererlangung der Zahlungsfähigkeit zur Förderung des „bei der Stangebleibens“ der AN nicht ankommen könne**
- Galeria-Kaufhof soll trotz dritter Insolvenz binnen drei Jahren erneut Insolvenzgeldvorfinanzierung v. der BA genehmigt bekommen haben (INDAT-Rep. 1/2024, 14; kritisch Marquardt, ZInsO 2024, 778, 779, 782)

RIAG Frind - AG Hamburg

48

IV. Was tun gegen Folgeinsolvenzen ? – gesetzliche Betrachtung



- Zurück zu den Grundlagen !
- § 1 S.1 InsO erwähnt den „Erhalt des Unternehmens“ „nur“ als besondere Regelung eines Insolvenzplanes
- § 270d Abs.1 InsO erwähnt als einzige InsO-Regelung den begriff „Sanierung“ im Zusammenhang mit der Schutzschirmbescheinigung, also bei Antragstellung bei nur drohender Zahlungsunfähigkeit
- Bereits bei Formulierung der InsO 1994 wies der Regierungsentwurf auf S.109 darauf hin, dass die Erhaltung v. Unternehmen und Betrieben kein eigenständiges Ziel der InsO sei
- Erst mit dem Inkrafttreten des „ESUG“ begann ein „Sanierungs-Hype“: jede/r Insolvenzverwalter*in wollte zeigen „Sanieren“ zu können
- Aber: Mit dem „ESUG“ hatte sich nichts daran geändert, dass die bestmögliche Gläubigerbefriedigung im Zentrum der Zielvorgabe der InsO steht (RegE 17/5712, S.17)
- die InsO räumt weder der Sanierung noch der Liquidierung generell den Vorrang ein (Kayser, ZIP 2018, 2189)

RIAG Frind - AG Hamburg

49

V. Was tun gegen Folgeinsolvenzen ?- wirtschaftliche Betrachtung



- **Nachhaltigkeit ist als Sanierungsziel notwendig**
(Freitag, ZIP 2019, 541; Buchalik, ZInsO 2019, 1576, 1581; Cranshaw/Knöpnadel, ZInsO 2016, 357, 364; Paulus, NZI 2015, 1001, 1003; Frind, ZInsO 2015, 2249; 2309; 2358; Frind/Köchling, ZInsO 2013, 1666) -> **Notwendigkeit auch operativer Maßnahmen** (im Plan selten (Cranshaw/Portisch, ZInsO 2020, 226, 237, 243))
- **BGH hält rein finanzwirtschaftliche Sanierung für „Ausnahme“**; Sanierungskonzept muss operative Schritte mit umfassen (**BGH v. 12.5.2016**, ZInsO 2016, 1251, Rn.31)
- Jedenfalls ist für eine nachhaltige Sanierung die **Wiederherstellung des bilanziellen Eigenkapitals** unverzichtbar (dazu Gerig/Meller/Nientkewitz, ZIP 2017, 2029) >**schlüssige Darlegung Sanierungskonzept IdW S 2 Rn.15, 24, 27 ff.**
- Bei Betriebsfortführungsplänen: **integrierte Vermögens- und Ertragsplanung für Sanierungskonzept → IdW S 2 Rn.20, 48, 50**
- **Eine „übertragende Sanierung“ (Asset-Deal) wird nicht für eine „echte“ Sanierung gehalten** (Haarmeyer, ZInsO 2020, 7,8, 9; Thole, NZG 2023, 1391)
- *Es muss der Mut bestehen, nicht fortführungswürdige Betriebe zu liquidieren ! Der „Makel“ „dichtgemacht ist nicht richtig gemacht“ muss öffentlich hinterfragt werden !*

RIAG Frind - AG Hamburg

50

IdW



- **IdW S 2 Rn.10:**

*Da über das Vermögen des Rechtsträgers das Insolvenzverfahren eröffnet ist, ist die Krise des Unternehmens offenkundig. Wenn Forderungen von Gläubigern über einen Insolvenzplan restrukturiert werden, sind die Regeln zur Herauslage eines Sanierungskredits zu beachten, **da bei einem Scheitern der Sanierung und einem sich dann ergebenden weiteren Insolvenzverfahren der Insolvenzverwalter Zahlungen auf die restrukturierten Forderungen anfechten kann.** Dies betrifft ebenso Zahlungen auf Kredite i.S. des § 264 InsO.*

- **Rn.13:**

*Dieses Sanierungskonzept muss nach der Rechtsprechung des BGH zwar nicht den Anforderungen des IDW S 6 entsprechen, um den Anforderungen des BGH zu genügen; ein Sanierungskonzept nach IDW S 6 ermöglicht i.d.R. jedoch eine positive Prognose für eine **erfolgreiche Sanierung im Sinne des BGH.***

Prüfungsmaßstab: BGH- Sanierungskonzeptrechtsprechung 12.5.2016 (ZInsO 2016, 1251)



- ***Eine Gläubigerbenachteiligung ist jedoch mit einem Sanierungskonzept nur dann nicht verbunden, wenn das Schuldnerunternehmen auf der Grundlage der gegenwärtigen Erkenntnisse dauerhaft saniert wird***
- *Arbeitet das Unternehmen ständig mit Verlust, ist eine Sanierungsvereinbarung, mit der lediglich der gegenwärtige Schuldenstand reduziert wird, von vornherein nicht tragfähig, weil dann der erneute Anstieg der Schulden unausweichlich und der erneute Eintritt der Insolvenzreife absehbar ist (BGH v. 12.5.2016, ZInsO 2016, 1251, Rn.29)*

Elemente Sanierungskonzept lt. BGH



- Analyse der Verluste und der Möglichkeit deren künftiger Vermeidung, eine Beurteilung der Erfolgsaussichten und der Rentabilität des Unternehmens in der Zukunft und Maßnahmen zur Vermeidung oder Beseitigung der (drohenden) Insolvenzreife. **Bei einem Sanierungsvergleich muss zumindest festgestellt werden die Art und Höhe der Verbindlichkeiten, die Art und Zahl der Gläubiger und die zur Sanierung erforderlichen Quote des Erlasses der Forderungen. Da eine Zustimmung aller Gläubiger regelmäßig nicht zu erreichen ist, muss eine Zustimmungsquote nach Schuldenstand festgelegt werden, gegebenenfalls für unterschiedliche Arten von Gläubigergruppen, sowie die Behandlung nicht verzichtender Gläubiger.** Gegebenenfalls sind Art und Höhe einzuwerbenden frischen Kapitals darzustellen sowie die Chance, dieses tatsächlich zu gewinnen (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Dezember 1997, aaO; vom 10. Februar 2011, aaO Rn. 4 ff).(..)
- Bei kleineren Unternehmen: Auch dort muss jedoch die Prüfung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners im Rahmen seiner Wirtschaftsbranche analysiert und **müssen die Krisenursachen sowie die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage erfasst werden**

RIAG Frind - AG Hamburg

53

Darlegung Sanierungsaussicht II: In der Regel operative Maßnahmen



- Ein **Schuldenschnitt genügt nur**, wenn das Unternehmen **grds. profitabel arbeitet und der Insolvenzgrund allein auf einem Finanzierungsproblem beruht**
(was bei BGH v. 12.5.2016, ZInsO 2016, 1251, Rn.31 nicht der Fall war)
- **Dies ist allerdings ungewöhnlich** lt. BGH
- Beruht die Insolvenz des Schuldners nicht lediglich auf dem Ausfall berechtigter Forderungen, sondern - wie im Regelfall - vor allem auf dem dauerhaft unwirtschaftlichen Betrieb des Unternehmens, **kann ein Gläubiger von einem erfolgsversprechenden Sanierungskonzept nur ausgehen, wenn vom Schuldner oder dessen Beratern zumindest die Grundlagen einer weitergehenden Sanierung schlüssig dargelegt wurden**
(BGH v. 12.5.2016, ZInsO 2016, 1251, Rn.34; bestätigt durch BGH v. **3.3.2022**, IX ZR 78/20, ZIP 2022, 589 Rn.83 ff. : „Umstrukturierungen im Photovoltaikmarkt beachten“) RIAG Frind - AG Hamburg

54

Prüft die Nachhaltigkeit des Sanierungskonzeptes ein Insolvenz- oder Restrukturierungsgericht ?



- **InsO : nein !** Weder bei § 200 noch bei § 248 InsO (streitig bei § 258 InsO)
- → Konzept: Prüfung im Rahmen v. späteren Anfechtungsansprüchen (§ 133 InsO)
- **StaRUG ?**
§ 33 Abs.2 Nr.2 StaRUG: Aufhebung bei Unmöglichkeit der Umsetzung des angezeigten Vorhabens, nicht bei Unsinnigkeit oder Unzulänglichkeit des Vorhabens
- → Gericht prüft nach §§ 63, 64 StaRUG die (nur) drohende ZU und mögliche Schlechterstellungen, nicht die Erklärung nach § 14 StaRUG
- → Konzept: § 90 Abs.1 StaRUG: Prüfung bei späteren Anfechtungen

Bestandsfähigkeitserklärung ist zwingend Gegenstand des Restrukturierungsplanes (§ 14 StaRUG)



- Keine gesetzliche Definition „Bestandsfähigkeit“
- Rentabilität = **Refinanzierungsfähigkeit**
- + **nachhaltige Sanierung**, die indirekt in **§ 33 Abs.2 S.3** vorausgesetzt und mit einer **Dauer v. drei Jahren** definiert wird (zur Bedeutung dieser Norm als Definition „nachhaltiger“ Sanierung Frind, ZIP 2023, 2282)
- =**Vollkonzept mit Aufzeigen der Wettbewerbsfähigkeit (= i.S.d. BGH-Rechtsprechung „dauerhaft saniert und profitabel“)** (Steffan/Oberg/Poppe, ZIP 2021, 617, 622) inkl. Vermögens-, Finanz- und Ertragsplan (= Anl. i.S.v. § 14 Abs.2) **Beweismaßstab: überwiegende Wahrscheinlichkeit** (Steffan/Oberg/Poppe, ZIP 2021, 617, 625)
- Zu den Einzelementen Steffan/Oberg/Poppe, ZIP 2021, 617, 624, 625
- → **Relevanz erst bei Planvorlage als Vollkonzept – indes keine (ausdrückliche) gerichtliche Prüfung im Rahmen Planbestätigung (aA Steffan/Oberg/Poppe, ZIP 2021, 617, 625) !**

Fazit: De lege ferenda



- **Macht die InsO „nachhaltiger“:** Keine Aufhebung nach § 200 Abs.1 InsO in Verfahren mit noch laufendem Geschäftsbetrieb ohne Prüfung analog § 14 StaRUG !
- So wird vorgeschlagen, die Sanierung eines Unternehmens z.B. nach Insolvenzplan mittels einer dem Plan beizufügenden „Erklärung“ verankert in § 229 Abs.2 InsO, das Schuldnerunternehmen habe seine Bestandsfähigkeit durch die Planmaßnahmen wiederhergestellt („Nicht mehr auf Kante genäht aus der Krise entlassen“) zu begleiten (Nickert, Indat-Report 1/2024, 58)
- Ein anderer Lösungsansatz schlägt **eine wesentlich kritischere Begleitprüfung der Bundesanstalt f. Arbeit im Rahmen der Umsetzung v. § 170 DA Nr.3.2. vor**, indem diese vor der Zustimmung zur Vorfinanzierung die bisherigen und künftigen Sanierungsansätze und -planungen prüft und sich nicht mehr auf „Textbausteine“ der Verwalter*innen verlässt (Marquardt, ZInsO 2024, 778, 779, 782)
- **Klarstellung in § 63 Abs.2 StaRUG, dass „begründete Aussicht auf Erfolg“ sich auf Validität der Erklärung nach § 14 StaRUG bezieht; Streichung des „offensichtlich“ in § 63 Abs.1 Nr.3 StaRUG**
- **Völliger Paradigmenwechsel, große Reform notwendig** (Madaus, NZI 2024, 7, 13, 14)

De lege lata



- Plan sollte zwingend Umsetzungsbegleitung durch Berater (oder IV ?) v. mindestens einem Jahr vorsehen (Buchalik, ZInsO 2019, 1576, 1581)
- **Insolvenzgericht kann hier de lege lata nur sehr eingeschränkt prüfen** im Rahmen der Vergleichsrechnungsdarlegungskontrolle, beim Schuldnerplan eventuell gem. **§ 231 Abs.1 Nr.3 InsO**
- *Paul (INDAT-Report 8/2019, 36) schlägt vor, im gestaltenden Teil des Insolvenzplanes vorzusehen, dass ein „Nachsorge-Manager“ eingesetzt wird, der das Controlling der Liquidität noch nach Verfahrensaufhebung für einen einzelfallbezogenen Zeitraum durchführt. Die Kosten müsse das betroffene Unternehmen tragen.*
- **Erhöht in der öffentlichen Rezeption die Wertschätzung für die „Ordnungsverfahren“ !!! Prüft kritischer „sinnlose“ Fortführung (nach Eröffnung) ! Wertschätzt das deutsche Eröffnungsverfahren !**