

- 28 IE 1/14 -
(vormals 28 IN 11/14 P)

B e s c h l u s s

(Hauptinsolvenzverfahren gemäß Art. 3 Abs. 1 EuInsVO)

Über das Vermögen der
PROKON Regenerative Energien GmbH, Kirchhoffstraße 3, 25524 Itzehoe,
eingetragener Sitz: Itzehoe, Registergericht Pinneberg (HRB 8556 PI), vertreten durch den
Geschäftsführer Carsten Rodbertus, Burgviert 17, 25582 Hohenaspe, den Geschäftsführer
Henning Mau, Kirchhoffstraße 3, 25524 Itzehoe, und den Geschäftsführer Ralf Dohmann,
Kirchhoffstraße 3, 25524 Itzehoe,

Geschäftszweig: Projektierung, Erwerb und Betrieb von Windparks u.a.,

wird auf die Anträge vom 10.01.2014 und 22.01.2014, beim Gericht eingegangen am
13.01.2014 und 22.01.2014, wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung heute, am
01.05.2014, um 10:08 Uhr, das Insolvenzverfahren eröffnet.

Der mit Beschluss vom 10.02.2014 bestellte vorläufige Gläubigerausschuss wird in der
bisherigen Besetzung beibehalten.

Zum Insolvenzverwalter wird ernannt

Rechtsanwalt Dr. Dietmar Penzlin, Alstertor 9, 20095 Hamburg

Die Gläubiger werden aufgefordert, dem Insolvenzverwalter unverzüglich mitzuteilen, welche
Sicherungsrechte sie an beweglichen Sachen oder an Rechten der Schuldnerin in Anspruch
nehmen. Der Gegenstand, an dem das Sicherungsrecht beansprucht wird, die Art und der
Entstehungsgrund des Sicherungsrechts sowie die gesicherte Forderung sind zu bezeichnen.
Wer diese Mitteilung schuldhaft unterlässt oder verzögert, haftet für den daraus entstehenden
Schaden (§ 28 Abs. 2 InsO).

Forderungen der Insolvenzgläubiger sind bis zum 15.09.2014 unter Beachtung des § 174 InsO
unter folgender Anschrift beim Insolvenzverwalter zur Insolvenztabelle anzumelden:

Dr. Dietmar Penzlin
Insolvenzverwalter über das Vermögen der
PROKON Regenerative Energien GmbH
Alstertor 9
20095 Hamburg

Wer Verpflichtungen gegenüber der Schuldnerin hat, wird aufgefordert, nicht mehr an diese zu
leisten, sondern nur noch an den Insolvenzverwalter.

Termin zur Gläubigerversammlung, in der auf Grundlage eines Berichts des Insolvenzverwalters
über den Fortgang des Verfahrens beschlossen wird (Berichtstermin) ist am

Dienstag, 22. Juli 2014, 11:00 Uhr

Ort der Gläubigerversammlung (Berichtstermin) ist:

Hamburg Messe, Halle B6 (Eingang Süd), Karolinenstraße 1, 20355 Hamburg

Der Termin dient zugleich der Beschlussfassung der Gläubiger über die in den §§ 57 (Wahl eines anderen Insolvenzverwalters), 66 (Rechnungslegung), 68 (Einsetzung und Besetzung eines Gläubigerausschusses), 149 (Wertgegenstände), 157 (Fortgang des Verfahrens), 159 bis 162 (Verwertung der Masse, besonders bedeutsame Rechtshandlungen, Betriebsveräußerung an besonders Interessierte), 218 (Ausarbeitung eines Insolvenzplans), 270, 271 InsO (Eigenverwaltung) bezeichneten Angelegenheiten und unter Umständen zur Anhörung über eine Verfahrenseinstellung mangels Masse (§ 207 InsO). Ist die Gläubigerversammlung beschlussunfähig, gilt die Zustimmung nach § 160 InsO als erteilt (§ 160 Abs. 1 Satz 3 InsO).

Eine Gläubigerversammlung, in der die angemeldeten Forderungen geprüft werden (Prüfungstermin), wird vorerst nicht einberufen. Die Forderungen werden im schriftlichen Verfahren geprüft (§ 5 InsO). Stichtag, der dem Prüfungstermin entspricht, ist der 15.01.2015.

Die Tabelle mit den Forderungen und die Anmeldeunterlagen werden spätestens ab dem 15.10.2014 zur Einsicht der Beteiligten auf der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts Itzehoe, Raum 203, niedergelegt. Die Niederlegung erfolgt in digitaler Form. Die Anmeldeunterlagen in Papierform werden bei dem Insolvenzverwalter aufbewahrt und können bei Bedarf durch das Insolvenzgericht zur Einsichtnahme angefordert werden.

Ein schriftlicher Widerspruch, mit dem ein Beteiligter eine Forderung bestreitet, muss spätestens am Prüfungstichtag bei Gericht eingehen. Im Widerspruch ist anzugeben, ob die Forderung nach ihrem Grund, ihrem Betrag oder ihrem Rang bestritten wird.

Der Rechtspfleger führt das weitere Verfahren durch.

Im Fall der Durchführung eines Insolvenzplanverfahrens bleibt das Verfahren dem Richter vorbehalten (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 RPflG).

Der Insolvenzverwalter wird beauftragt, die nach § 30 Abs. 2 InsO zu bewirkenden Zustellungen an die Schuldner des Schuldners (Drittschuldner) sowie an die Gläubiger durchzuführen (§ 8 Abs. 3 InsO).

Gründe:

Die deutschen Gerichte sind für die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens international zuständig. Denn die Schuldnerin hat den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichsten Interessen in der Bundesrepublik Deutschland. Sie betreibt von ihrer Geschäftsanschrift in Itzehoe aus ihre Geschäftszweige.

Erkenntnisse über die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO über das Vermögen der Schuldnerin in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union liegen dem Gericht nicht vor.

Die Schuldnerin ist zahlungsunfähig (§ 17 InsO) und überschuldet (§ 19 InsO).

Die Schuldnerin ist zahlungsunfähig im Sinne des § 17 Abs. 2 S. 1 InsO, da sie mindestens 10% ihrer fälligen Gesamtverbindlichkeiten über einen Zeitraum von mehr als drei Wochen bezogen auf den für die Prüfung maßgeblichen Stichtag nicht erfüllen kann. Es besteht zum Stichtag eine Liquiditätsunterdeckung von rd. 95 %. Den fälligen Verbindlichkeiten der Schuldnerin in Höhe von rd. EUR 391 Mio. stehen liquide Mittel in Höhe von rd. EUR 19 Mio. gegenüber. Eine Schließung der Liquiditätslücke im dreiwöchigen Prognosezeitraum kommt nicht in Betracht; sie ist darüber hinaus auch in den nachfolgenden Monaten nicht darstellbar.

Fällig im Sinne des § 17 InsO sind insbesondere die Rückzahlungsansprüche aus gekündigten Genussrechten in bisher ermittelter Höhe von rd. EUR 368 Mio. Dem steht - unabhängig von ihrer Wirksamkeit - die Nachrangabrede in § 10 der Genussrechtsbedingungen nicht entgegen. Eine Nachrangvereinbarung hindert die Fälligkeit einer Forderung nicht ohne weiteres. Vielmehr ist hierzu eine zugleich (konkludent) geschlossene Stundungsabrede erforderlich.

Dieses Verständnis von dem Zusammenhang der Nachrangabrede und der Fälligkeit im Sinne von § 17 InsO steht auch im Einklang mit dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 19.07.2007 (NZI 2007, 579 ff.). Von Teilen des Schrifttums wird der Leitsatz dieser Entscheidung herangezogen, um bereits aus einer Nachrangabrede das Fehlen der Fälligkeit herzuleiten. Aus dem Sachverhalt und der Begründung des o.g. Beschlusses ergibt sich indes, dass zusätzlich zu einem Rangrücktritt eine Stundungsvereinbarung erforderlich ist, damit die (nachrangigen) Forderungen bei der Zahlungsunfähigkeit keine Berücksichtigung finden. Insofern schließt sich das Gericht den überzeugenden Ausführungen des Rechtsgutachters VRiBGH a.D. Dr. Fischer an.

Eine Stundungsabrede ist der vorliegenden Nachrangvereinbarung weder ausdrücklich noch konkludent zu entnehmen.

Die Genussrechtsbedingungen sind als Allgemeine Geschäftsbedingungen so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders maßgeblich sind. Für den durchschnittlichen Anleger wird vorliegend nicht ausreichend erkennbar, dass das Genussrechtskapital für die langfristige Finanzierung der Schuldnerin entscheidend ist und ihre Liquidität insofern durch Rückzahlungsansprüche nicht gefährdet sein soll. Weder aus einer Zusammen-schau der verschiedenen Klauseln noch aus historischen oder teleologischen Überlegungen ergibt sich, dass die Einwilligung in den Rangrücktritt auch die Einwilligung in eine Stundung umfasste.

Während die Zinszahlungsansprüche in den Genussrechtsbedingungen ausdrücklich unter einem Liquiditätsvorbehalt stehen, schweigen die Genussrechtsbedingungen hinsichtlich der Rückzahlungsansprüche zu einem möglichen Liquiditätsengpass der Schuldnerin. Eine in den Genussrechtsbedingungen der vorherigen Tranche ursprünglich noch enthaltene Rückzahlungssperre im Falle der Illiquidität der Schuldnerin wurde bei der Neufassung der Genussrechtsbedingungen und der Konsolidierung der früheren Tranchen aufgehoben. Auch wird in dem Verkaufsprospekt der jüngsten Tranche davon ausgegangen, dass eine Stundung der Rückzahlungsansprüche gerade nicht vereinbart ist und zwar insbesondere nicht für den Fall eines hohen Volumens zum selben Termin gekündigten Genussrechtskapitals. Zudem würde eine Rückzahlungssperre dem kurzfristigen Charakter der Geldanlage widersprechen. Die Mindestlaufzeit der ganz überwiegend gezeichneten Form der Genussrechte beträgt lediglich sechs Monate, die anschließende Kündigungsfrist beträgt nur vier Wochen. Eine Auslegung, die zur fehlenden Fälligkeit der Rückzahlungsansprüche führt, ist schließlich auch mit den berechtigten Interessen der Genussrechtsinhaber unvereinbar. Bei Eröffnung des Insolvenz-verfahrens hat - atypisch - eine große Gruppe nachrangiger Gläubiger Aussicht auf eine nicht unerhebliche Quote. Wenn die Forderungen der Genussrechtsinhaber indes bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit unberücksichtigt bleiben müssten, hätten die Genussrechtsinhaber (als Gruppe) keine Möglichkeit, einer Fehlverwaltung des angelegten Vermögens durch Ein-leitung eines Insolvenzverfahrens wirksam Einhalt zu gebieten.

Auch die beiden weiteren Rechtsgutachter Prof. Dr. Bitter und Prof. Dr. Bork sowie der gerichtliche Sachverständige Dr. Penzlin kommen - wenn auch mit zum Teil unterschiedlicher

Begründung - ebenfalls zu dem übereinstimmenden Ergebnis, dass die Rückzahlungsansprüche der Genussrechtsinhaber bei der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO zu berücksichtigen sind.

Die Schuldnerin ist darüber hinaus auch überschuldet, da ihr Vermögen die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt und auch die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen nicht überwiegend wahrscheinlich ist. Kern des Überschuldungsbegriffs ist damit die sog. "Fortführungsprognose", mit der die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Fortführung eines Unternehmens ermittelt werden soll. Eine Fortführungsprognose muss sich an den künftigen Ertragsaussichten des Unternehmens orientieren. Sie soll im Idealfall anhand eines dokumentierten Finanz- und Ertragsplans erstellt werden (OLG Naumburg GmbHR 2004, 361). Die wohl herrschende Ansicht versteht die Fortführungsprognose allerdings im Kern als Zahlungsunfähigkeitsprognose (vgl. Sikora, ZInsO 2010, 1761, 1762 m.w.N., u.a. zu der Rechtsprechung des BGH). Die Prognose kann nach dieser Ansicht bejaht werden, wenn die Fortführung des Unternehmens beabsichtigt ist und das Unternehmen wirtschaftlich lebensfähig, insbesondere künftig zahlungsfähig erscheint. Fällt die Prognose positiv aus, liegt nach § 19 Abs. 2 InsO keine Überschuldung vor. Angesichts der bereits festgestellten Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin ist eine positive Fortführungsprognose ohne einen entsprechenden Schuldenschnitt nicht gegeben.

Das Vermögen der Schuldnerin beläuft sich gemäß dem als Anlage 6 des Gutachtens des gerichtlichen Sachverständigen Dr. Penzlin beigefügten Überschuldungsstatus auf insgesamt rd. EUR 1,052 Mrd. Auf dieser Grundlage liegt bei der Schuldnerin eine Vermögensunterdeckung in Höhe von rund EUR 474 Mio. vor. Die im Rahmen der Überschuldungsprüfung zu passivierenden Verbindlichkeiten belaufen sich auf insgesamt rund EUR 1,526 Mrd.

Der Passivierung der Rückzahlungsansprüche der Genussrechtsinhaber stehen weder die Nachrangklausel (§ 10) noch die Verlustzuweisungsklausel (§ 5 Abs. 7) aus den Genussrechtsbedingungen entgegen.

Auch hier kann der dahingestellt bleiben, ob die Genussrechtsbedingungen wirksam in die Genussrechtsverträge einbezogen wurden, denn sie sind wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 BGB unwirksam. Das Transparenzgebot beinhaltet insbesondere das Bestimmtheitsgebot.

Das Bestimmtheitsgebot erfordert, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen und die Rechtsfolge so deutlich beschrieben werden, dass dem Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume eingeräumt werden. Weiterhin sollen für den Vertragspartner seine Rechte möglichst klar und einfach feststellbar sein, damit er nicht von der Rechtsdurchsetzung abgehalten wird. Eine Klausel verletzt daher das Bestimmtheitsgebot, sofern sie vermeidbare Unklarheiten und Spielräume enthält; sie genügt ihm, wenn im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Verwenders so klar, einfach und präzise wie möglich umschrieben werden. Dabei gebieten Treu und Glauben auch, dass für einen durchschnittlichen Vertragspartner die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen soweit erkennbar sind, wie dies nach den konkreten Umständen gefordert werden kann.

Der Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot folgt bei der Nachrangklausel schon aus der Formulierung, dass das Genussrechtskapital nachrangig dem „sonstigen Eigenkapital“ der Schuldnerin haften solle. Vom durchschnittlichen, juristisch nicht vorgebildeten Anleger kann jedoch nicht erwartet werden, dass er sich in den Feinheiten des deutschen Bilanzierungsrechts auskennt und weiß, welche Positionen "sonstiges Eigenkapital" i. S. v. § 10 S. 2 GRB sein

können. Er kann dem zwar entnehmen, dass die Genussrechte als "Eigenkapital" behandelt werden sollen, denn nur dann ist es sinnvoll, andere Positionen als "sonstiges" Eigenkapital zu bezeichnen. Was aber genau darunter fällt, muss sich auch dem gewissenhaften Anleger nicht erschließen.

Hinsichtlich der Verlustzuweisungsklausel folgt der Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot aus der unklaren Berechnung der Verlustzuweisung. Bezüglich der Berechnung der Höhe der Verlustbeteiligung wird in § 5 Abs. 7 S.2 der Genussrechtsbedingungen lediglich bestimmt, dass das Genussrechtskapital "rechnerisch" bis zur vollen Höhe an dem Verlust teilnimmt; gemäß § 5 Abs. 7 S. 3 der Genussrechtsbedingungen vermindern sich die Rückzahlungsansprüche der Genussrechtsinhaber "rechnerisch entsprechend". Ohne Angabe eines konkreten Berechnungsmaßstabes zur Verteilung des Verlusts ist die Regelung jedoch nicht vollständig: Denkbar sind etwa Zuweisungen des Verlusts nach Kopfteilen, nach dem Verhältnis der Buchwerte zum gesamten Genussrechtskapital oder beliebige Mischformen. Diese Lücke kann nicht durch dispositives Gesetzesrecht ausgefüllt werden, da Genussrechte gerade nicht gesetzlich geregelt sind. Auch eine ergänzende Vertragsauslegung vermag nicht zu helfen. Zwar liegt eine Lücke im Vertrag sowie im Gesetz vor, der hypothetische Parteiwille ist jedoch nicht zu ermitteln. Für einen hypothetischen Willen lassen sich in dem Vertrag selber keine Anhaltspunkte finden. Etwas anderes ergibt sich auch nicht bei Berücksichtigung der Verkehrssitte, da sich in der Praxis verschiedene Berechnungsmethoden finden, die jeweils als Bestimmung durch redliche Vertragspartner gewertet werden können.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss steht der Schuldnerin das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gem. § 34 Abs. 2 InsO zu. Die sofortige Beschwerde ist bei dem Insolvenzgericht Itzehoe, Bergstraße 5-7, 25524 Itzehoe schriftlich in deutscher Sprache oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle einzulegen.

Die sofortige Beschwerde muss innerhalb von zwei Wochen bei dem Insolvenzgericht Itzehoe eingegangen sein.

Die Frist beginnt mit der Verkündung der Entscheidung oder, wenn diese nicht verkündet wird, mit deren Zustellung. Zum Nachweis der Zustellung genügt auch die öffentliche Bekanntmachung. Diese gilt als bewirkt, sobald nach dem Tag der unter www.insolvenzbekanntmachungen.de erfolgten Veröffentlichung zwei weitere Tage verstrichen sind. Maßgeblich für den Beginn der Frist ist der frühere Zeitpunkt.

Die sofortige Beschwerde muss die Bezeichnung des angefochtenen Beschlusses sowie die Erklärung enthalten, dass sofortige Beschwerde gegen diesen Beschluss eingelegt wird. Sie soll begründet werden.

Itzehoe, den 1.5.2014

Das Amtsgericht