

## Vorbesprechungen mit dem Insolvenzgericht – Neue Strategien zur Optimierung der Sanierungschancen von krisenbetroffenen Unternehmen in Eigenverwaltungsverfahren

von Rechtsanwalt Robert Buchalik, Düsseldorf/Frankfurt/M. und Rechtsanwalt Dr. Michael Lojowsky, Frankfurt/M.\*

Mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) v. 1.3.2012 wollte der Gesetzgeber einen Anreiz für eine frühzeitige Insolvenzantragstellung von insolvenzbedrohten Unternehmen erreichen und dem Zustand begegnen, dass solche Unternehmen einen Insolvenzantrag erst stellen, wenn das Vermögen restlos aufgezehrt ist und keine Sanierungschancen mehr bestehen. Ein wesentlicher Erfolgsfaktor einer Sanierung durch Insolvenz ist ausreichend vorhandene Liquidität bei Antragstellung. Das setzt aber eine frühzeitige Antragstellung voraus. Durch einen stärkeren Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Verwalters und durch Ausbau und Straffung des Insolvenzplanverfahrens, durch die Vereinfachung des Zugangs zur Eigenverwaltung und durch eine größere Konzentration der Zuständigkeit der Insolvenzgerichte, sollte eine bessere Planbarkeit des Insolvenzverfahrens für den Schuldner erreicht werden, was verstärkt auch dem Erhalt von Arbeitsplätzen dienen sollte.<sup>1</sup> Wie der folgende Beitrag zeigen wird, ist es zum Erhalt dieser Sanierungschancen erforderlich, dass die Gerichte schnell auf einen Eigenverwaltungsantrag reagieren, um den Geschäftsbetrieb sicher zu stellen und weder die Kunden noch die Lieferanten und Arbeitnehmer des Schuldners zu verunsichern. Dabei hat sich strategisch eine enge Abstimmung mit den Verfahrensbeteiligten und vor allem die Vorbesprechung mit dem Insolvenzgericht nicht nur als besonders effektiv, sondern zur erfolgreichen Verfahrenseinleitung als zwingend erforderlich erwiesen.

### I. Neue Rechtslage erfordert neue Strategie

Die Voraussetzungen für einen zulässigen Antrag auf Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO haben sich mit der Einführung des ESUG erheblich verändert. Gem. § 13 Abs. 1 Satz 6 Nr. 1 InsO sind die umfangreichen Darlegungsanforderungen des § 13 InsO für einen Schuldner, der die Eigenverwaltung anstrebt, verpflichtend. Sofern der Schuldner die Voraussetzungen des neu eingeführten § 22a Abs. 1 InsO erfüllt oder aber die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses im Eröffnungsverfahren beantragt, sind zusätzlich die Angaben des § 67 InsO zur Gläubigerstruktur erforderlich. Darüber hinaus sieht § 22a InsO vor, dass der Schuldner Personen für die Besetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses benennt und dem Antrag Einverständniserklärungen der benannten Personen beifügt. Wegen des Haftungsrisikos der Mitglieder des Gläubigerausschusses (§ 71 InsO) ist zudem der Abschluss einer entsprechenden Vermögensschadenshaftpflichtversicherung zu empfehlen. Aufgrund dieser speziellen Darlegungsanforderungen, die hier lediglich cursorisch aufgeführt werden, müssen im Vorfeld der Antragstellung mit den Gläubigergruppen und mit einem in Betracht kommenden (vorläufigen) Sachwalter Gespräche geführt werden, um frühzeitig die Bereitschaft und Geeignetheit für das Verfahren abzustimmen. Die hohen Anforderungen an die Anträge und die damit einherge-

hende Fehleranfälligkeit zeigt sich auch an der internen Statistik des AG Charlottenburg, wonach seit dem Inkrafttreten des ESUG am 1.3.2012 sogar 91 % aller Eigenanträge auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens unzulässig waren.<sup>2</sup> I.Ü. führt ein nicht richtig gestellter Insolvenzantrag möglicherweise sogar zu einem Strafbarkeitsrisiko für den Geschäftsführer (§ 15a Abs. 4 InsO).

Im Hinblick auf die Komplexität des Antragsverfahrens ist es daher empfehlenswert, mithilfe eines erfahrenen Sanierungsberaters vorbereitend tätig zu sein. Dies stellt sicher, dass der Geschäftsbetrieb nach Antragstellung ohne Reibungsverluste weiter aufrechterhalten werden kann. Nur eine Beschlussfassung, die noch am Tag der Antragstellung

\* Robert Buchalik ist Partner der Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte Steuerberater und Geschäftsführender Gesellschafter der Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung, Düsseldorf/Frankfurt/M. Dr. Michael Lojowsky ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für HuG-Recht bei Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte Steuerberater, Frankfurt/M. Buchalik Brömmekamp hat seit dem Inkrafttreten des ESUG am 1.3.2012 mehr als 28 Unternehmen nach dem neuen Insolvenzrecht erfolgreich beraten und die entsprechenden Verfahren nach § 270a bzw. § 270b InsO begleitet.

1 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucks. 17/5712 – Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen; BT-Drucks. 17/7511, S. 1.

2 ZInsO 34/2012, III.

erfolgt, ermöglicht einen, auf den Sanierungserfolg gerichteten Verfahrensablauf. Erfolgt der Beschluss über die Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung mit mehreren Tagen Verzögerung, setzt sich die Geschäftsführung bei einer Betriebsfortführung zudem erheblichen Haftungsrisiken aus. Vor dem Hintergrund des in § 64 GmbHG statuierten Zahlungsverbots muss der Geschäftsführer die Erfüllung von fälligen Verbindlichkeiten verweigern, was dazu führen kann, dass Lieferanten ihre weiteren Lieferungen einstellen und damit einen völligen Stillstand in der Wertschöpfungskette des Schuldners auslösen. Eingehende Ware hat er zunächst zu reparieren bis er mit den Lieferanten nach Einleitung des Verfahrens verbindliche Absprachen treffen kann. Auch die Insolvenzgeldvorfinanzierung ist erst nach Beschlussfassung des Insolvenzgerichts gesichert, da die Agentur für Arbeit erst mit Eröffnung des vorläufigen Insolvenzverfahrens die Zustimmung zur Vorfinanzierung der Arbeitsentgelte (§ 170 Abs. 4 SGB III) erteilt. Spätestens mit der Beantragung des Insolvenzverfahrens dürfen aber von der Geschäftsführung weder Löhne noch Gehälter an die Mitarbeiter gezahlt werden. Meist wird der Insolvenzantrag unmittelbar vor Fälligkeit von Löhnen und Gehältern gestellt, um den dadurch bedingten Liquiditätsaufbau für das operative Geschäft zu nutzen und die ersten Tage zu überbrücken, bis verbindliche Vereinbarungen mit Banken im Wege eines unechten Massekredites und Lieferanten mit einer Abgrenzungsvereinbarung geschlossen sind. Wenn das Gericht den erforderlichen Beschluss jedoch erst mit mehreren Tagen Verzögerung erlässt und die Mitarbeiter die Löhne und Gehälter nicht rechtzeitig erhalten, sind Irritationen bei den Mitarbeitern vorprogrammiert, die sogar den Sanierungserfolg gefährden können. Die Erfahrung zeigt, dass bei Mitarbeitern das Vertrauen in die Geschäftsführung des Unternehmens sinkt, was bis zur Arbeitsverweigerung führen kann. Dieser Vertrauensverlust birgt zudem in solchen Situationen oftmals die Gefahr des Weggangs von unentbehrlichen Leistungsträgern, die sich frühzeitig nach einem sichereren Arbeitgeber umsehen. Unmittelbar nach der Antragstellung wird meist eine Inventur durchgeführt, um Absonderungsrechte bestmöglich zu sichern. Vergehen aber nach deren Durchführung mehrere Tage bis zur Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung muss sie u.U. wiederholt werden, was wiederum zu zeitlichen Verzögerungen, zusätzlichen Kosten und ertragsbelastenden Produktionsausfällen führen kann.

Mit der Verzögerung werden zudem leichtfertig weitere Vorteile – die insbesondere das Schutzschirmverfahren bietet – verspielt. Bspw. bestehen im Schutzschirmverfahren keine Bekanntmachungspflichten des Insolvenzgerichts,<sup>3</sup> was dazu führt, dass der Markt die Krise nicht zur Kenntnis nimmt und das Vertrauen nicht erschüttert wird. In der juristischen Literatur<sup>4</sup> wird daher davon ausgegangen, dass sich der Schuldner früher als bisher einer kompetenten Beratung bedienen müsse, um zu verhindern, dass unvollständige oder unrichtige Anträge eine Nachfrage oder sogar eine Abweisung wegen Unzulässigkeit durch das Gericht zur Folge haben, was den Sanierungsverlauf empfindlich stören oder sogar verhindern könnte.

Die genannten Schwierigkeiten lassen sich aber zumeist durch eine Abstimmung mit dem Insolvenzgericht im Vorfeld der Antragstellung ausräumen. In dieser Phase kann bereits die Eignung der in Betracht gezogenen Beteiligten für den Gläubigerausschuss und des Sachwalters kritisch diskutiert werden und der Schuldner erhält die Möglichkeit, kurzfristig dem besonderen Erörterungsbedarf des Gerichts zu begegnen. Möglicherweise wird vom Schuldner und den Gläubigern ein Sachwalter in Betracht gezogen, der vom Insolvenzgericht als nicht geeignet empfunden wird (§ 270b Abs. 2 Satz 2 InsO). Vielfach haben Gerichte Probleme damit, wenn sie den Sachwalter nicht (ausreichend) kennen. Eine Abstimmung mit dem Gericht muss nicht zwangsläufig dazu führen, dass der vorgeschlagene Kandidat aus dem Rennen ist, aber bei entsprechenden Bedenken des Gerichtes macht es Sinn hierauf einzugehen. Von der Durchsetzung eines Kandidaten gegen den erklärten Willen des Gerichtes ist auf jeden Fall abzusehen, weil dann die Probleme vorprogrammiert sind.<sup>5</sup> In Einzelfällen versuchen dann Gerichte sogar gegen den erklärten Willen der Gläubiger ihren Kandidaten durchzusetzen, was die Erfolgsaussichten einer Sanierung durch Insolvenz auf jeden Fall massiv beeinträchtigen wird. Im Schutzschirmverfahren reicht dem Gericht möglicherweise auch die nach § 270b InsO vorzulegende Bescheinigung einer in Insolvenzsachen erfahrenen Person nicht aus, um Zweifel an dem angestrebten Sanierungserfolg auszuräumen. Auch ist nicht sicher, dass das Gericht die Auffassung vertritt, dass Sanierungsberater und Bescheiniger nicht personenidentisch sein dürfen.<sup>6</sup> Vielleicht vermutet das Gericht im Einzelfall aufgrund eigener Kenntnis der Verbindungen auch eine zu große Nähe des vorgeschlagenen Sachwalters zum Bescheiniger nach § 270b Abs. 1 InsO. Zudem könnte das Gericht erwägen, zur Beseitigung von Zweifeln an der Sanierungsfähigkeit des Schuldners, weitere betriebswirtschaftliche Unterlagen einzusehen oder einen Sachverständigen hinzuzuziehen. Diese und andere berechtigte Einwände können noch verstärkt bei Konzerninsolvenzen in Betracht gezogen werden. Zumeist wird es wirtschaftlich sinnvoll sein, die Insolvenzverfahren der verschiedenen konzernverbundenen Rechtsträger zentral bei einem Insolvenzgericht zu führen, um nach Möglichkeit einen Insolvenzverwalter bzw. einen Sachwalter zu bestimmen. Die damit erreichbare Synchronität der Verwer-

3 Die Bekanntmachungspflicht des Insolvenzgerichts von Anordnungen im Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO ist umstritten. Mit nachvollziehbaren Argumenten hat das AG Göttingen die Veröffentlichung von solchen Entscheidungen in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt. Es könne insbesondere dann von einer Bekanntmachung abgesehen werden, wenn nur drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) vorläge, die keine Antragspflicht auslöst. Vgl. AG Göttingen, Beschl. v. 12.11.2012 – 74 IN 160/12, NZI 2012, 1008. So auch *Horstkotte*, ZInsO 2012, 1161, 1164, der eine öffentliche Bekanntmachung der Anordnung der vorläufigen Sachwalterschaft als nicht verpflichtend ansieht; sowie *Buchalik*, ZInsO 2012, 354.

4 Vgl. exemplarisch *Mönnig*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 13 Rn. 132 f. S. dazu die Beschlüsse des AG Stendal v. 31.8.2012 – 7 IN 164/12 sowie des AG Kleve v. 2.12.2012 – 34 IN 38/12.

6 Vgl. hierzu AG München v. 29.3.2012 – 1507 IN 1125/12, welches zu dem Ergebnis kommt, dass es sich beim Aussteller einer Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO um eine unabhängige und neutrale Person handeln muss. Ebenso *Hölzle*, ZIP 2012, 158, 162 sowie *Buchalik*, ZInsO 2012, 349, 351.

tungs- bzw. Sanierungsstrategien kann den Insolvenzzweck und die bestmögliche Gläubigerbefriedigung befördern. Die Begründung der zentralen Zuständigkeit des Insolvenzgerichts für sämtliche Tochterunternehmen am Sitz der Konzernmutter ist bislang aber lediglich über § 3 InsO möglich.<sup>7</sup> Die Anforderungen der Gerichte an die Darlegung des Mittelpunkts einer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners fallen dabei höchst unterschiedlich aus. Während vereinzelt die gemeinsame Personalverwaltung am Sitz der Muttergesellschaft als ausreichend betrachtet wird, fordern andere Gerichte weitergehende Übereinstimmungen, wie z.B. ein gemeinsames Controlling, ein zentralisierter Einkauf etc.

Diese begründeten Bedenken lassen sich zumeist ausräumen, wenn der Sanierungsberater im Vorfeld einer Antragsstellung Rücksprache mit dem zuständigen Insolvenzgericht nimmt und die Besonderheiten im konkreten Fall mit dem Richter erörtert und eventuellen Klärungsbedarf des Gerichts aufgreift, um zu einem späteren Zeitpunkt einen zulässigen Insolvenzantrag zu stellen, der auch in der erforderlichen Schnelligkeit beschieden werden kann.<sup>8</sup>

Leider existiert bislang keine einheitliche Handhabung bei den Insolvenzgerichten im Umgang mit den Vorbesprechungen.

## II. Bedenken gegen die Abstimmung der Verfahrensbeteiligten

Die Vorbesprechung mit dem Insolvenzgericht ist gesetzlich nicht geregelt. Eine normative Verpflichtung für die Insolvenzrichter existiert nicht. Aus § 21 Abs. 1 InsO ergibt sich lediglich eine Pflicht des Gerichts, alle Maßnahmen zu treffen, die erforderlich erscheinen, eine nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten. Dieser Norm ist aber das Vorliegen eines entsprechenden Antrags immanent. Eine Verpflichtung des Gerichts, vor der Antragsstellung tätig zu werden, ist daraus allerdings nicht zu entnehmen. Insolvenzeröffnungsverfahren sind allerdings grds. Eilverfahren.<sup>9</sup> Verschiedene Beispiele aus der Praxis der Verfasser zeigen jedoch, dass der Eilbedürftigkeit gerade in Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren wegen der umfassenden oft mehrere hundert Seiten umfassenden Antragsschriften<sup>10</sup> nicht genügt werden kann, da sich das Gericht erst umfassend mit den Besonderheiten des jeweiligen Antrags auseinandersetzen muss. Eine Vorbesprechung kann diese Verzögerungen verhindern. Aus der Charakteristik eines Eilverfahrens lässt sich allerdings keine Pflicht des Gerichts ableiten, ein Vorgespräch zu führen.

Die Ablehnung eines Vorgesprächs ist auch nicht rechtsmittelfähig. Da es sich um eine Ablehnung außerhalb eines rechtsförmlichen Verfahrens handelt, ist eine Bescheidung des Ansinnens des Sanierungsberaters oder des Schuldners nicht erforderlich und auch die Möglichkeit einer sofortigen Beschwerde ist mangels einer Rechtsgrundlage nicht gegeben.

Der Wunsch des Schuldners und der Sanierungsberater auf ein Sondierungsgespräch mit dem Insolvenzgericht wird leider nach wie vor von einigen wenigen Richtern hartnäckig verweigert. Die Ablehnungsgründe dafür sind vielfältig und beruhen zumeist auf Unkenntnis der Folgen und z.T. wird eine falsche Motivation der Sanierungsberater unterstellt. Vereinzelt werden aber auch pragmatische Zuständigkeitsfragen und die Vermeidung eines Mehraufwandes ins Feld geführt.

Bei einigen Gerichten haben die Verfasser die Erfahrung gemacht, dass Regelungen eines Geschäftsverteilungsplans dem Vorgespräch im Wege standen. Bei Dezernaten, deren Zuständigkeit sich nach dem Turnussystem und nicht nach dem Anfangsbuchstand des Schuldners begründet, kann im Vorfeld nicht erkannt werden, welches Dezernat für das avisierte Verfahren zuständig sein wird. Einen äußerst pragmatischen Umgang mit diesem Problem hat die Insolvenzabteilung des AG in Bochum bewiesen. Die Richter haben sich erfreulicherweise kurzerhand dazu entschlossen, vollständig an der Vorbesprechung teilzunehmen.

Dem Problem der Zuständigkeit im Turnussystem kann aber auch mit der sog. Vorstückeregelung und dem Allgemeinen Register des AG (AR) begegnet werden. In das AR werden Vorgänge eingeordnet, die keinem anderen Register zugeordnet werden können. So werden bspw. Rechtshilfersuchen oder auch Schutzschriften in das AR aufgenommen. Bei den Schutzschriften verhält es sich ähnlich, wie bei einem schriftlich angekündigtem Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung; ein konkreter Verfahrensbezug ist beim Schriftsatzeingang noch nicht herstellbar. Mit der Ankündigung der späteren Insolvenzantragstellung kommt eine Vergabe eines insolvenzrechtlichen Aktenzeichens noch nicht in Betracht. Das Verfahren wird also zunächst im AR aufgenommen, aber bereits der später in Betracht kommenden Abteilung zugewiesen. Neben dieser Eintragung bestimmt der Geschäftsverteilungsplan eine Vorstückeregelung. Dies bedeutet, dass sich die Verteilung an die zuständige Abteilung nach der Reihenfolge des Eingangs der Verfahren sowie nach der von der zentralen Eingangsstelle für Insolvenzsachen vergebenen Nummer richtet, zuvor jedoch für jeden Neueingang im AR geprüft wird, ob bzgl. des Schuldners bereits Eingaben vorhanden sind.

7 Das BMJ hat einen DiskE eines „Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen“ mit Bearbeitungsstand v. 3.1.2013 vorgelegt. Der DiskE sieht u.a. die Einführung eines Gruppengerichtsstands sowie verschiedene Koordinierungsinstrumente vor.

8 *Erdmann/Pollmächer* weisen mit ihren bislang unveröffentlichten Aufsatz „Auswirkungen des ESUG auf die gerichtliche Praxis“ darauf hin, dass aufgrund von Antragsmängeln zwischen Antrag und Gerichtsbeschluss oft eine Woche vergehe, die bei einem laufenden Geschäftsbetrieb unerträgliche Zustände hervorrufe.

9 BGH v. 3.2.2005 – IX ZB 37/04, ZInsO 2005, 264; Uhlenbruck/Vallender, InsO, 13. Aufl., § 21 Rn. 7.

10 Die Insolvenzanträge beinhalten neben dem Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung und dem Antrag auf Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten regelmäßig auch das Protokoll der Sitzung und die einstimmigen Beschlüsse des eingesetzten präsumtiven vorläufigen Gläubigerausschusses für den Antrag auf vorläufige Eigenverwaltung.



Für einen Neueingang ist dann die Abteilung zuständig, die bereits eine Eingabe desselben Schuldners (das Vorstück) bearbeitet oder bearbeitet hat.

Mit dieser Regelung wird bei angekündigten Eigeninsolvenzverfahren zum einen eine Sachbearbeiterkontinuität erreicht und zum anderen die Möglichkeit eröffnet, mit dem zuständigen Richter vor Antragstellung Kontakt aufzunehmen. Eine Vorstückregelung zur Sachbearbeiterkontinuität ist im Turnussystem ohnehin empfehlenswert, damit sich nicht unterschiedliche Dezernenten mit dem gleichen Insolvenzverfahren beschäftigen müssen. Denn es ist denkbar, dass beim Gericht zunächst ein Fremdantrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens eingeht, das später nicht eröffnet wird. Zu einem späteren Zeitpunkt wird möglicherweise ein weiterer Fremdantrag gestellt, mit dem sich dann ein anderer Dezernent beschäftigen muss, obwohl es im Wege der Prüfung der Vorstücke dem gleichen Dezernenten zugewiesen werden könnte. Schließlich ist es sogar denkbar, dass der Schuldner parallel zu einem Fremdantrag einen Eigenantrag stellt, der dann möglicherweise ebenfalls einem anderen Dezernenten zugewiesen wird, wenn nicht zuvor vom Gericht geprüft wird, ob es bereits Vorstücke zu diesem Verfahren gibt. In dieser Konstellation könnten sich also sogar bis zu drei Richter mit dem Insolvenzverfahren eines Schuldners gleichzeitig beschäftigen.

Die dieses Modell praktizierenden Gerichte sehen es aber z.T. als problematisch an, dass ein angekündigter Antrag in Form der vollständigen – nicht unterschriebenen – Antragsunterlagen eingereicht wird und der Schuldner oder Berater vom zuständigen Dezernenten eine Vorprüfung der Unterlagen erwartet, die einer Rechtsberatung gleicht. Dabei wird aber verkannt, dass die Vorbesprechung des Antrags nicht der Gläubigerbenachteiligung dient, sondern regelmäßig die Sanierungschancen des Unternehmens optimieren soll. Insoweit normiert § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO zudem, dass die Anordnung der Eigenverwaltung gerade keine Gläubigerbenachteiligung auslösen darf. Unabhängig davon wird ein guter Sanierungsberater bereits vor der Antragstellung ebenfalls mit den Gläubigergruppen und einem in Betracht kommenden Sachwalter das Gespräch suchen, um auch dort einen Konsens zu finden, der einen optimalen Verfahrensverlauf ermöglicht. Mit dem Beratungsargument müssten sich schließlich auch sämtliche Rechtsantragsstellen auseinandersetzen und sich zukünftig darauf beschränken, einen Antrag entgegen zu nehmen und keinerlei Hilfestellung zu gewährleisten.

Z.T. wird von Richtern darauf verwiesen, dass man sich mit den Anträgen erst auseinandersetzen wolle, wenn sie tatsächlich gestellt würden. Ein Richter allerdings, der sich erst am Tag der Antragstellung mit einem Antrag auf Einleitung einer Insolvenz nach § 270a oder § 270b InsO befasst, wird regelmäßig nicht in der Lage sein, am selben Tag einen Beschluss über die Anordnung einer vorläufigen Eigenverwaltung oder gar eines Schutzschirmverfahrens zu erlassen.<sup>11</sup> Es müssten nicht nur sehr viele Antragsformulare auf Richtigkeit und Vollständigkeit geprüft werden,

sondern er hat sich im Schutzschirmverfahren zudem mit der begründeten Bescheinigung über die Sanierungsfähigkeit und dem Nichtvorliegen der Zahlungsunfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens auseinanderzusetzen. Es gilt zudem immer zu prüfen, ob der vorgeschlagene Gläubigerausschuss repräsentativ besetzt ist, ob augenscheinlich Gründe gegen eine Anordnung vorläufiger Eigenverwaltung vorliegen, ob die beantragte Einzelermächtigung zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten den gesetzlichen Erfordernissen entspricht und ob es Gründe gibt, die gegen die Geeignetheit des vorgeschlagenen Sachwalters sprechen. Insbesondere dann, wenn es der erste Antrag auf Anordnung einer vorläufigen Eigenverwaltung für den zuständigen Richter oder gar das zuständige Gericht ist, ist eine schnelle Entscheidung des Gerichtes nicht zu erwarten. Noch umfangreicher wird es, wenn im Fall einer Konzerninsolvenz gleichzeitig mehrere Insolvenzanträge eingereicht werden, bei denen die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts am Sitz des Mutterunternehmens über den Mittelpunkt der selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners (§ 3 InsO) begründet werden soll.

Vereinzelt wird auch ein Eingriff in die Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 GG) oder sogar ein Verstoß gegen das Gebot der Rechtsstaatlichkeit eines Insolvenzverfahrens befürchtet.<sup>12</sup> Sinn und Zweck des ESUG ist es jedoch, die Sanierung von Unternehmen weiter zu erleichtern. Wenn dann erhöhte Antragsanforderungen im Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren zu beachten sind und diese noch dazu nicht einheitlich bewertet werden, so sind neue Strategien zur Überwindung der Verfahrenshürden erforderlich, um den Sanierungserfolg nicht zu gefährden.

Dabei ist es unerheblich, ob der vom Schuldner und Sanierungsberater vorgeschlagene Sachwalter vom Gericht eingesetzt wird, sondern es geht um eine geeignete Person. Sofern das Gericht bspw. Bedenken gegen die Eignung des vorgeschlagenen Sachwalters erhebt, kann im Sondierungsgespräch ein geeigneterer Sachwalter gefunden werden. Aus Beratersicht ist die Besetzung des Gläubigerausschusses und die Position des Sachwalters nicht zwingend vorherbestimmt, vielmehr ist er daran interessiert, im Sinne einer positiven Fortführungsprognose ein Unternehmen und damit regelmäßig die Existenz der Betroffenen zu retten. Vereinzelt sind zwar aus Schuldner- oder Gläubigersicht Ablehnungstendenzen gegenüber einem bestimmten Verwalter erkennbar, jedoch können ähnliche Ablehnungsgründe auch beim Gericht vorherrschen, sodass die vorherige Abstimmung der Überwindung dieser Hürden dient und gemeinsam eine optimale Besetzung der Schlüsselpositionen für eine erfolgreiche Sanierung erörtert werden kann.

Mit der Abstimmung soll auch kein unzulässiger Einfluss auf die Verfahrensleitung des Gerichts ausgeübt werden, sondern hinsichtlich der verschiedenen Antragsanforderun-

<sup>11</sup> Vgl. *Buchalik/Kraus*, ZInsO 2013, 817.

<sup>12</sup> Vgl. Pressemitteilung des BAKInso e.V. v. 1.10.2012.

gen und der Beteiligten ein Konsens gefunden werden, der eine zügige Eröffnung des Verfahrens ermöglicht.

Auch einer befürchteten Besorgnis der Befangenheit ist der Nährboden entzogen. Die Besorgnis der Befangenheit wäre anzunehmen, wenn ein Grund bestünde, der aus der Sicht einer ruhigen und vernünftig denkenden Partei in der Person des Ablehnenden unter Würdigung aller Umstände berechtigten Anlass gäbe, an der Unvoreingenommenheit oder Unparteilichkeit eines Richters zu zweifeln.<sup>13</sup> Befangen wäre ein Richter aber nicht durch detaillierte Informationen von Schuldnerseite, sondern lediglich, wenn es infolge sachfremder Erwägungen zu Bevorzugungen oder Benachteiligungen einer Partei käme.<sup>14</sup> Solche sachfremden Erwägungen sollen aber gerade durch eine umfassende Information ausgeräumt werden. Durch die Beteiligung des Gläubigerausschusses sowie die Anordnungsvoraussetzung des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO nach der durch die Anordnung der Eigenverwaltung keine Nachteile für die Gläubiger entstehen dürfen, sind Benachteiligungen der Gläubiger nicht zu befürchten. Eine Benachteiligung des Schuldners, in dessen Auftrag der Sanierungsberater ja gerade tätig wird, ist zudem völlig abwegig.

Denkbar wäre die Ablehnung einer Vorbesprechung auch aus Gründen der fehlenden Berücksichtigung der Aufwände im Personalbedarfsrechnungssystem (PEBB§Y). Dabei darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass bei einer fehlenden Abstimmung im Vorfeld ein erheblicher richterlicher Mehraufwand nach der Antragstellung erfolgen kann. Nachfragen und Nachbesserungen können einen Zeitaufwand auslösen, der den Zeitaufwand einer möglichen Vorbesprechung erheblich überschreiten kann. Wünschenswert wäre in diesem Zusammenhang allerdings eine entsprechende Regelung des Gesetzgebers, der ein deutliches Signal und einen Anreiz für die Richterschaft begründet, eine Vorbesprechung durchzuführen.

### III. Neue Wege im Eigenverwaltungsverfahren

Im Eigenverwaltungsverfahren wäre bspw. eine ähnliche Regelung wie im Baurecht durch die Bauvoranfrage<sup>15</sup> denkbar. Dort kann vor Einreichen des Bauantrags auf schriftlichen Antrag (Bauvoranfrage) zu einzelnen Fragen des Bauvorhabens ein schriftlicher Bescheid (Bauvorbescheid) erteilt werden. Auch im Strafrecht ist eine Abstimmung zwischen den Beteiligten (Deal) aus Gründen der Effizienz und des Opferschutzes bekannt.<sup>16</sup> Zwar bezieht sich der Deal im Strafverfahren auf ein bereits laufendes Verfahren, jedoch zeigen beide Verfahrensbesonderheiten, dass der Gesetzgeber durchaus eine Abstimmung der Betroffenen mit den Behörden begrüßt, sofern es der Effizienz des Verfahrens dient.

Die eigene Erfahrung mit den bisherigen Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren hat gezeigt, dass bei angemessenen Sondierungsgesprächen im Vorfeld der Antragstellung ein weitgehend komplikationsloses Verfahren durchgeführt werden konnte, mit dem verschiedene Unternehmen erfolg-

reich saniert werden konnten.<sup>17</sup> Erfreulicherweise zeigt die Praxis zudem, dass bei den Gerichten, die bereits Erfahrungen mit Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren gesammelt haben, die Bereitschaft steigt, mit dem Sanierungsberater die vorbereiteten, nicht unterschriebenen Antragsunterlagen zu analysieren und eventuellen Klärungsbedarf zu formulieren.

Diese Abstimmung kann bereits einige Tage vor der beabsichtigten Antragstellung erfolgen. Dabei ist allerdings aus Haftungsgesichtspunkten für den Schuldner Vorsicht geboten. Sobald der Zustand der Zahlungsunfähigkeit eintritt und nicht lediglich eine drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliegt, ist darauf zu achten, dass ein Lieferant durch eine weitere Lieferung nicht geschädigt wird und dass die unter einfachem Eigentumsvorbehalt gelieferten Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe vor der Verarbeitung und vor der Antragstellung bezahlt werden. Das wird in der Praxis nicht immer einfach zu bewerkstelligen sein. Für das Schutzschirmverfahren ist dieser Hinweis nicht erforderlich, da bei Antragstellung keine Zahlungsunfähigkeit vorliegen darf (vgl. § 270b Abs. 1 Satz 1 und 3 InsO). Deshalb muss zunächst nicht zwingend erwähnt werden, um welches Verfahren es sich handelt, um sich nicht zusätzlichen Risiken auszusetzen. Im Hinblick auf die Erstellungsdauer einer Bescheinigung sind 1 – 2 Wochen Vorlauf aber erforderlich. Im Zweifel können dann aber Tendenzen des Gerichtes zur Person des Bescheinigers oder zur Frage nach Personenidentität von Bescheiniger und Sanierungsberater abgefragt werden.

Ein effizientes, verfahrensvorbereitendes Sondierungsgespräch, bei dem die kompletten aber noch nicht unterschriebenen Antragsunterlagen mitzubringen sind, sollte folgende Aspekte beinhalten:

- Darlegung der Sanierungswege und -ziele anhand der nicht unterschriebenen Antragsunterlagen;
- vollständige Erläuterung und Besprechung der Antragsunterlagen;
- Vorschlagliste eines vorläufigen Gläubigerausschusses unter Beachtung der Voraussetzungen des § 67 Abs. 2 InsO und durch Vorlage einer entsprechenden schriftlichen Einverständniserklärung der vorgeschlagenen Gläubigervertreter sowie die Diskussion über:
  - die Eignungskriterien der Person des bevorzugten vorläufigen Sachwalters,
  - die Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten und

<sup>13</sup> Musielak/Heinrich, ZPO, § 42 Rn. 5.

<sup>14</sup> Musielak/Heinrich (Fn. 12), § 42 Rn. 4.

<sup>15</sup> Dabei handelt es sich um landesrechtliche Regelungen (z.B. § 66 HBO, § 71 Abs. 1 BauO NRW).

<sup>16</sup> Vgl. § 257c StPO.

<sup>17</sup> Haarmeyer/Buchalik, Sanieren statt Liquidieren, 1. Aufl. 2012, S. 97 f.

- die Verwendbarkeit der Bescheinigung und Eignung des Bescheinigers gem. § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO.

#### IV. Fazit

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass ein gut strukturiertes Vorgespräch mit dem Insolvenzgericht die Sanierungschancen eines Unternehmens, das ein Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung erstrebt, erheblich erhöht.<sup>18</sup> Selbst Zuständigkeitshürden bei einer Geschäftsverteilung

im Turnussystem lassen sich anhand des aufgezeigten Modells problemlos beseitigen. Es wäre wünschenswert, dass der Gesetzgeber diese Unsicherheiten im Antragsverfahren beseitigt und den besonderen Gegebenheiten der Eigenverwaltung Rechnung trägt, indem er eine Vorbereitung des Verfahrens mit den Beteiligten ausdrücklich begrüßt und gesetzlich normiert.

---

<sup>18</sup> Haarmeyer/Buchalik/Haase, ZInsO 2012, 26 f.