

Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

Prof. Dr. Martin Ahrens, Göttingen – Prof. Dr. Georg Crezelius, München – Michael Dahl, Rechtsanwalt, Köln – Michael Drasdo, Rechtsanwalt, Neuss – Dr. Gero Fischer, Vors. Richter am BGH a. D., Freiburg – Dr. Hans Gerhard Ganter, Vors. Richter am BGH a. D., Weil der Stadt – Prof. Dr. Markus Gehrlein, Richter am BGH, Karlsruhe – Prof. Dr. Dr. h. c. Peter Gottwald, Regensburg – Prof. Dr. Ulrich Haas, Zürich – Prof. Ulrich Keller, Dipl.-Rpfl., Berlin – Dr. Rolf Leithaus, Rechtsanwalt, Köln – Ilse Lohmann, Richterin am BGH, Karlsruhe – Prof. Dr. Stephan Madaus, Halle – Dr. Jörg Nerlich, Rechtsanwalt, Köln – Irmtraut Pape, Vors. Richterin am LG, Göttingen – Dr. Rainer Riggert, Rechtsanwalt, Achern – Ulrich Schmerbach, Richter am AG, Göttingen – Dr. Heinrich Schoppmeyer, Richter am BGH, Karlsruhe – Christopher Seagon, Rechtsanwalt, Heidelberg – Werner Sternal, Vors. Richter am OLG, Köln – Prof. Dr. Dr. h. c. Rolf Stürner, Freiburg i. Br. – Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck, Köln – Prof. Dr. Heinz Vallender, Köln – Ralf Zuleger, Rechtsanwalt, München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Rolf Leithaus, CMS Hasche Sigle, Kranhaus 1, Im Zollhafen 18, 50678 Köln

NZI

11 2018

Seite 425–464

21. Jahrgang

23. Mai 2018

Beiträge

Dr. Hans-Joachim Berner, Rechtsanwalt Dr. Malte Köster und Rechtsanwalt Martin Lambrecht*

Fallstricke der vorläufigen Eigenverwaltung und des Schutzschirmverfahrens

Zugleich Plädoyer für einen differenzierten Umgang mit dem „vorgeschlagenen“ Sachwalter

Das Eigenverwaltungsverfahren hat infolge des ESUG stark an Bedeutung gewonnen. Die Eigenheiten eines schuldnerverwalteten Insolvenzverfahrens sowie die Jugend und Normqualität der §§ 270 ff. InsO stellen die Praxis gleichwohl vor Herausforderungen. Dieser Beitrag beleuchtet die drängendsten Fallstricke aus Berater- und Sachwaltersicht. Zugleich nutzt er die Erkenntnisse der allgemeinen Dogmatik zum Interessenkonflikt im Privatrecht, um für einen offeneren Umgang mit Sachwaltervorschlägen von Schuldnern und Gläubigern zu werben.

I. Einleitung

Mehr als fünf Jahre nach dem Inkrafttreten des ESUG ist die Eigenverwaltung in größeren Verfahren eine echte Alternative zum Regelverfahren geworden. Zwar ist der Anteil der Eigenverwaltungen an der Gesamtzahl der eröffneten Unternehmensinsolvenzverfahren mit 2,6 Prozent kontinuierlich recht gering, doch wurden im Jahr 2016 bereits mehr als die Hälfte der größten 50 Unternehmensinsolvenzen in Eigenverwaltung durchgeführt.¹ Betrachtet man die Entwicklung seit Inkrafttreten des ESUG, so sind die Unternehmen in Eigenverwaltung über die Jahre im Schnitt allerdings kleiner geworden.² Im statistischen Mittel hat das „typische“ Unternehmen in Eigenverwaltung einen Umsatz von rund 4,5 Mio. Euro und 42 Mitarbeiter.³ Eine Vielzahl ungeklärter Sach- und Rechtsfragen waren Anlass für diesen Beitrag, dem ein Vortrag zugrunde liegt. Insbesondere werden sich die Autoren der weit verbreiteten kritischen Haltung gegenüber den vom beratenen Schuldner vorgeschlagenen Sachwalter annehmen. Auf eine Einführung in die Regelungen

der InsO zur Eigenverwaltung wird aus Gründen der Prägnanz indes verzichtet.

II. Allgemeine Fallstricke bei vorläufiger Eigenverwaltung und Schutzschirm

Bei vorläufigen Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren bestehen Regelungslücken, welche die Beteiligten auf dem Weg zu einem erfolgreichen Verfahrensabschluss vor Herausforderungen stellen können. An erster Stelle steht das ganz praktische Problem, dass die Verfahren immer noch verhältnismäßig jung sind⁴ und gerade in Flächenbundesländern ohne insolvenzgerichtliche Zuständigkeitskonzentration bislang mitunter wenig Erfahrung mit den Regelungen bestehen.⁵ Dies führt bisweilen zu besonderer Vorsicht der

* Der Autor Berner ist Rechtsreferendar am Hanseatischen OLG Hamburg und Mitarbeiter der Kanzlei WILLMERKÖSTER Rechtsanwälte Insolvenzverwalter Partnerschaft in Bremen, der Autor Köster ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht sowie Partner bei WILLMERKÖSTER in Bremen und der Autor Lambrecht ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht, Diplom-Kaufmann, Diplom-Volkswirt sowie Partner der Kanzlei LAMBRECHT Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB in Düsseldorf. Die Autoren sind unter anderem als Berater in § 270-Verfahren, Sachwalter und Insolvenzverwalter tätig.

1 The Boston Consulting Group, ESUG-Studie 2017, abrufbar unter: <http://media-publications.bcg.com/Focus-ESUG-Studie-16May17.pdf>, S. 5.

2 The Boston Consulting Group, ESUG-Studie 2017, S. 6.

3 The Boston Consulting Group, ESUG-Studie 2017, S. 6.

4 Roland Berger/HgGÜR, ESUG-Studie 2016, abrufbar unter: <https://goo.gl/n7jvp>, S. 4.

5 So Frind, NZI 2014, 937 Fn. 29; Busch, ZInsO 2011, 1321; Kranzusch, ZInsO 2010, 841 (847).

Gerichte.⁶ Darüber hinaus bilden sich erst langsam einheitliche Standards für Antragstellung, Durchführung und Insolvenzplanverfahren aus. Die Erwartungen der Insolvenzgerichte an den Schuldner im Hinblick auf seine generelle Eignung, die Qualität seines Antrags und seine Beratung sowie an den Sachwalter unterscheiden sich stark. Was das Gericht konkret erwartet, muss frühzeitig, das heißt grundsätzlich vor Antragsstellung,⁷ in einem vertrauensvollen Gespräch geklärt werden.

Neben diesen einleitenden, rein praktischen Problemen schafft die Normqualität der §§ 270 ff. InsO weitere. Zwar ist es dem Gesetzgeber mit dem ESUG zur grundsätzlichen Zufriedenheit der Fachkreise⁸ gelungen, dem Eigenverwaltungsverfahren endlich zu einer relevanten praktischen Bedeutung zu verhelfen. Jedoch gibt es noch eine Vielzahl von ungeklärten Rechtsfragen, welche die Verfahren mit Unsicherheit belasten. Das weitgehende Fehlen von Rechtsmitteln erschwert die gebotene obergerichtliche Klärung. Nachfolgend wird auf die drängendsten Probleme eingegangen.

III. Fallstricke bei Antragstellung und Anordnung

1. Eignung des Schuldners: Grundsätzlich nur mit Sanierungsberater

Betrachtet man die gesetzliche Aufgabenteilung zwischen Schuldner und Sachwalter, wird deutlich, dass der Gesetzgeber das Konzept der schuldner eigenen Insolvenzverwaltung ernst nimmt: Die große Mehrheit der insolvenzspezifischen Aufgaben ist vom Schuldner zu bewältigen, der Aufgabenkreis des Sachwalters beschränkt sich hingegen ganz überwiegend auf die Kontrolle des Schuldners.⁹

Dies bedeutet jedoch gerade nicht, dass die Eigenverwaltung nur „geeigneten Ausnahmefällen“¹⁰ vorbehalten ist. Der Gesetzeswortlaut des § 270 I InsO und die Anordnungssystematik des § 270 II InsO¹¹ machen die Eigenverwaltung vielmehr jedem Schuldner zugänglich, bei dem nichts dagegenspricht.

Nichtsdestominder ist der Schuldner mit einer ganzen Reihe von komplexen insolvenzrechtlichen Aufgaben konfrontiert, die weder rechtlich noch faktisch auf den Sachwalter übertragen werden dürfen. Dem Schuldner fehlt in aller Regel die hierfür erforderliche Sachkenntnis. Damit hat eine Eigenverwaltung regelmäßig nur bei einer Beratung des Schuldners durch einen erfahrenen Sanierungsberater Aussicht auf Erfolg. Auch wenn eine solche Beratung im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist, beziehen Insolvenzgerichte ihr Fehlen regelmäßig in die Prognose für die Frage ein, ob bei der Eigenverwaltung „Umstände bekannt sind“, die zu Nachteilen für die Gläubiger führen können.¹² In der Praxis ist es daher üblich, parallel zur Antragstellung einen insolvenzverfahrensberater in die Geschäftsleitung des Schuldners zu berufen. Ob dies formal als Organ, als Generalbevollmächtigter oder mit einer schlichten Mandatierung durch das Unternehmen erfolgt, ist dabei nicht ausschlaggebend.¹³

2. Vorbereitung und Form des Antrags

Der Antrag auf Eigenverwaltung nach § 270 InsO setzt dem Gesetzeswortlaut nach weder eine bestimmte Form noch eine Begründung voraus. Dies darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein Eigenverwaltungs-/Schutzschirmantrag in der Praxis höhere Anforderungen an die Vorbereitung stellt, als die Beantragung eines Regelverfahrens. Auch wenn das Gesetz vom Insolvenzrichter nur eine Evidenzkontrolle fordert, sollte man dem Richter ermöglichen, in der Natur der Sache liegende Nachteilsbefürchtungen („den Bock zum Gärtner

machen“) zu verwerfen. Beim Schutzschirmantrag ist die Bescheinigung nach § 270 b I 3 InsO zu erstellen. Angesichts der später folgenden insolvenzspezifischen Aufgabenfülle lässt ein schlecht vorbereiteter Antrag das Insolvenzgericht zu Recht aufhorchen und kann gegebenenfalls die Befürchtung begründen, dass eine Anordnung der Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führen würde.¹⁴

3. Der „vorgeschlagene“ Sachwalter: Plädoyer für einen offenen Umgang

Zur Vorbereitung eines Antrags gehört es, dass sich der beratene Schuldner und seine Gläubiger mit der Person des Sachwalters auseinandersetzen. Seine Auswahl ist eine der „Schicksalsfragen“¹⁵ des Verfahrens. Der Gesetzgeber¹⁶ hat dem vorläufigen Gläubigerausschuss daher zu Recht die Möglichkeit gegeben, einen (vorläufigen) Sachwalter vorzuschlagen und das Gericht bei einem einstimmigen Beschluss grundsätzlich an den Vorschlag zu binden. Im Schutzschirmverfahren steht dieses Vorschlagsrecht sogar unmittelbar dem Schuldner zu (§ 270 b II 2 InsO).

De iure darf das Insolvenzgericht von derartigen Vorschlägen nur abweichen, wenn die Person für die Übernahme des Sachwalteramtes „offensichtlich ungeeignet“ ist. *In praxi* stellt sich die Situation freilich anders dar: Denn erstens kann das Gericht auch unterhalb der Schwelle einer formellen Bestellungsablehnung erheblichen faktischen Einfluss auf die Sachwalterauswahl nehmen. Ein gut beratener Schuldner wird sich davor hüten, das Insolvenzgericht mit einem erkennbar unerwünschten Verwalterpräsidenten zu behelligen. Zweitens bestehen gegen den gerichtlichen Bestellungsbeschluss auch bei Abweichung vom Votum des § 56 a II 2 InsO keine Rechtsmittel.¹⁷ Und drittens werden für die Frage der „offensichtlichen Nicht-Eignung“ von Insolvenzgericht zu Insolvenzgericht sehr unterschiedliche Maßstäbe angelegt. Grundlegende Einigkeit besteht allerdings insoweit, als die offensichtliche Nicht-Eignung jedenfalls in zwei Fallgruppen besteht: Zum einen bei Fehlen jeglicher verwalterpraktischen Erfahrung und zum anderen bei fehlender Unabhängigkeit des Sachwalters.¹⁸

Gerade der Verweis auf die fehlende Unabhängigkeit führt in der Praxis immer wieder dazu, dass die von Seiten der Gläubiger oder des Schuldners vorgeschlagenen Kandidaten vom Gericht nicht bestellt werden. Die pauschale Ablehnung eines vorgeschlagenen Kandidaten mit dem Argument, dieser sei nicht auf der Vorauswahlliste des Insolvenzrichters und/oder habe bereits in vergangenen Insolvenz- oder Eigenverwaltungsverfahren mit dem Sanierungsberater des Schuldners zusammengearbeitet, sind contra legem und nicht sachgerecht. Ausführungen wie etwa die des AG Stendal, wonach

6 Darauf deuten auch die statistischen Erhebungen hin: Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2016, S. 25.

7 So auch Henkel, ZIP 2015, 562 (567) und Kübler/Hofmann, HdB. Restrukturierung in der InsO, 2014, § 7 Rn. 21.

8 Roland Berger/HgGUR, ESUG-Studie 2016, S. 5, 17.

9 Vollständige Übersicht zum Aufgabenkreis des Schuldners mit Nennung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen bei BeckOK InsO/Ellers, 2016, § 270, Rn. 60 ff.

10 So entgegen der hM AG Hamburg, NZI 2014, 312, Rn. 2.

11 „[...] keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen [...]“.

12 Henkel, ZIP 2015, 562 (564); vgl. auch Karsten Schmidt/Undritz, InsO, 2016, § 270 Rn. 13; Kübler/Bierbach, § 11 Rn. 13.

13 Die übliche Bezeichnung „CRO“ (Chief Restructuring Officer) ist dabei jedoch ungenau, da sie gerade die formale Position nicht erkennen lässt.

14 BeckOK InsO/Ellers, § 270 Rn. 13 ff.

15 Vgl. schon Jaeger/Jaeger, KO, 1939, § 78 Anm. 7.

16 §§ 270 a I 2, 274 I iVm 56 a II InsO.

17 Statt vieler Uhlenbruck/Zipperer, InsO, 2015, § 56 a Rn. 6.

18 Kübler/Hofmann, § 7 Rn. 16.

die Bestellung eines vom vorläufigen Gläubigerausschuss einstimmig vorgeschlagenen Sachwalters wegen mehrerer von diesem mit dem Sanierungsberater des Schuldners „gemeinsam durchgeführter Sanierungen in der Vorzeit“ abzulehnen sei,¹⁹ gehen fehl.

Der ablehnende Umgang mit dem „vorgeschlagenen“ Sachwalter ist vielfach zu holzschnittartig, es ist ein differenzierter Umgang geboten. Hierfür sprechen nicht nur gute praktische, sondern auch handfeste rechtliche Gründe:

a) *Rolle des Sachwalters: Mehr als nur Kontrollorgan.* Die Rolle des Sachwalters in einem (vorläufigen) Eigenverwaltungsverfahren ist deutlich zu unterscheiden von der eines regulären (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Der strukturelle Unterschied zwischen Sachwalter und Insolvenzverwalter lässt sich anhand eines Vergleichs mit der Organverfassung der Aktiengesellschaft veranschaulichen, die – ähnlich den InsO-Verfahren – die Kompetenzen mehrerer Akteure zum Wohle aller Beteiligten miteinander verschränkt: Wie ein Vorstand muss der Insolvenzverwalter die pluralen Interessen aller *Stakeholder* ausgleichend wahren und wird vom Gesetz mit starken rechtlichen sowie tatsächlichen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnissen im Außenverhältnis ausgestattet (§ 80 InsO).²⁰ Der Sachwalter hingegen steht dem Aufsichtsrat nahe: Neben einigen wenigen originären Aufgaben obliegt ihm in erster Linie die Prüfung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners und die Überwachung der schuldenrischen Geschäftsführung. Ein Vergleich der Regelungen des AktG zum Aufsichtsrat und der §§ 274 ff. InsO fördert Parallelen zutage.²¹

Der Vergleich mit der aktienrechtlichen Organverfassung vermag jedoch mehr als nur zu veranschaulichen: Das heutige Bild vom Kontrollorgan „Aufsichtsrat“ ist das Ergebnis eines über einhundertjährigen Entwicklungsprozesses,²² der sich grundlegend für das Verständnis der jungen Figur des Sachwalters fruchtbar machen lässt. Das wichtigste Ergebnis lautet dabei: Der „gestrenge Kontrolleur“ taugt nicht (mehr) zur Typisierung des Aufsichtsrats; dieser ist vielmehr mitunternehmerhaftes Organ der Kontrolle und des Interessenausgleichs.²³ Diese Sichtweise ist getragen von der Erkenntnis, dass eine effektive Kontrolle von wirtschaftlichen Entscheidungen in komplex-schnellebigen Zeiten nur zeitnah, zukunftsgerichtet und präventiv erfolgen kann. Der Aufsichtsrat kann seine Kontrollaufgabe folglich nur dann wirksam erfüllen, wenn er eng, vertrauensvoll und beratend mit dem Vorstand zusammenwirkt. Nicht umsonst rückt der Deutsche *Corporate Governance Codex* ebendiese Merkmale in den Mittelpunkt des Verhältnisses von Vorstand und Aufsichtsrat.²⁴

Der Kooperations-Gedanke lässt sich auf das Verhältnis zwischen Sachwalter und eigenverwaltendem Schuldner übertragen; dies gilt umso mehr, als die Kontrolle des Schuldners – anders als beim AG-Vorstand – sogar zusätzlich von Insolvenzgericht und Gläubigerausschuss, also zwei weiteren Kontrollinstanzen, sichergestellt wird. Eine enge und vertrauensvolle Beziehung zwischen Sachwalter und dem Schuldner bzw. dessen Sanierungsberater ist folglich in erster Linie etwas Positives und Erstrebenswertes. Nicht nur erhält der Sachwalter auf diese Weise Einblicke in das unternehmerische und persönliche Umfeld des Schuldners, die eine Überwachung im Einzelfall viel effizienter gestalten, als dies durch seine formellen Kontrollrechte jemals möglich wäre. Regelmäßig versetzt erst sie den Sachwalter in die Lage, zum Gelingen der Sanierung eine kommunikative Vermittlerrolle zwischen den Verfahrensbeteiligten einzunehmen. Kurzum:

Ein kooperatives Verhältnis zwischen Sachwalter und dem Schuldner bzw. dessen Sanierungsberater wirkt sich regelmäßig positiv auf den Ablauf und das Ergebnis eines (vorläufigen) Eigenverwaltungsverfahrens aus. Wenn sich Sanierungsberater und Sachwalter bereits in vorherigen gemeinsamen Verfahren eine Vertrauensbasis aufgebaut und einen Modus der Zusammenarbeit gefunden haben, sollten die hieraus resultierenden Effizienz- und Vertrauensgewinne als grundsätzlich positiv anerkannt werden.²⁵

b) *Unabhängigkeit des Sachwalters: Konkretisierungen aus der allgemeinen Dogmatik des Interessenkonflikts im Privatrecht.* Die Wachsamkeit der Insolvenzgerichte gegenüber dem „vorgeschlagenen“ Sachwalter hat natürlich zugleich eine gewisse Berechtigung, beeinflusst doch Nähe möglicherweise die objektive Wertung. So gelten über § 274 I InsO auch für den Sachwalter die Anforderungen des § 56 InsO, weswegen dieser unabhängig sein muss. Auf diese Weise sollen Interessenkonflikte des Sachwalters vermieden werden, die ihn bei der Wahrnehmung seiner Kontroll- und Beratungstätigkeit im Interesse der Verfahrensbeteiligten beeinträchtigen könnten.²⁶ Mit anderen Worten ist mit Unabhängigkeit die Freiheit des Anwärters von signifikanten Interessenkonflikten gemeint. Diese Unabhängigkeit der vom Schuldner(-berater) oder den Gläubigern vorgeschlagenen Kandidaten wird von manchen Insolvenzrichtern in Zweifel gezogen – und zwar insbesondere dann, wenn sich die Akteure bereits aus vergangenen Verfahren kennen. Jedoch ist dieses undifferenzierte Vorgehen weder zum Schutz der Interessen der Verfahrens-Stakeholder erforderlich, noch lässt es sich mit dem Gesetz vereinbaren.²⁷ Zu diesem Ergebnis gelangt man, wenn man die – spärlich formulierte – Forderung der §§ 274 I, 56 InsO nach der Unabhängigkeit des Sachwalters in einen systematischen Zusammenhang setzt und vor dem Hintergrund der allgemeinen Dogmatik des Interessenkonflikts im Privatrecht würdigt.

Diese Dogmatik wird im Folgenden in aller Kürze skizziert:²⁸ Im Anschluss an *Hopt*,²⁹ *Löhnig*³⁰ und *Kumpen*³¹ setzt sich zunehmend die Erkenntnis durch, dass Interessenkonflikte von Interessenwahrern in allen privatrechtlichen Interessenverhältnissen ein universelles Phänomen darstellen und ihre Behandlung einheitlichen Mustern folgt. Dies gilt insbesondere auch für Insolvenz- und Sachwalter, die inner-

19 AG Stendal, ZIP 2012, 1875 = BeckRS 2012, 19830 Rn. 22.

20 Zur Vergleichbarkeit von Insolvenzverwalter und AG-Vorstand ausf. *Kumpen*, KTS 2010, 169 (176) mwN.

21 Besonders augenfällig fallen folgende Vergleiche aus: § 111 I AktG und § 274 II 1 Hs. 1 InsO; § 111 II AktG und § 274 II 1 Hs. 2 InsO; § 84 II AktG und § 276 a S. 2 InsO; § 111 IV 2 AktG und § 277 InsO.

22 Die historische Entwicklung des Aufsichtsrats ist wissenschaftlich umfassend aufbereitet worden von *Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, 2006, *passim*.

23 *Lutter* in FS Horst Albach, 2001, 225 (226); *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 6. Aufl. 2014, Rn. 58; *Vetter in Fleischer/Koch/Kropff/Lutter*, 50 Jahre Aktiengesetz, 2015, 104 (124, 152); *Berner*, Die Pflicht des Aufsichtsrats zur Offenlegung von Interessenkonflikten, 2017, S. 143 ff. mwN.; ausf. *Schnabel*, Der Aufsichtsrat – Kontrollorgan oder (Mit)geschäftsführungsorgan?, 2015, *passim*.

24 Vgl. insb. Ziffern 3.1, 3.4 und 3.5 DCGK (2017).

25 So auch *Kolmann*, Schutzschirmverfahren, 2014, Rn. 458.

26 Statt vieler *Andres* in *Andres/Leithaus*, InsO, 2014, § 56 Rn. 4; *MüKoInsO/Graeber*, 2013, § 56 Rn. 25 ff.

27 Gegen die Ablehnung aus „generalverdachtartigen, abstrakt-generellen Erwägungen“ auch *Kolmann*, Schutzschirmverfahren, Rn. 458.

28 Ausf. Darstellung bei *Berner*, Die Pflicht des Aufsichtsrats zur Offenlegung von Interessenkonflikten, S. 7 ff. mwN.

29 *Hopt*, ZGR 2004, 1.

30 *Löhnig*, Treuhand (2006), *passim*.

31 *Kumpen*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, *passim*. Speziell zur Insolvenzverwaltung als Interessenverhältnis *Kumpen*, KTS 2010, 169.

halb eines geradezu klassischen Interessenwahrungsverhältnisses mit den am Insolvenzverfahren Beteiligten verbunden sind.³² Ein Interessenkonflikt liegt allgemein dann vor, wenn ein Interessenwahrer nicht alle von ihm zu wahren Fremd- oder Eigeninteressen gleichzeitig wahren kann. In der Folge muss er Prioritäten setzen und die Wahrung einer der in Konflikt geratenen Interessen hintanstellen. Für den Geschäftsherrn ist diese Situation gefährlich: Der Interessenwahrer hat im Außenverhältnis umfassenden Zugriff auf die Interessensphäre des Geschäftsherrn und letzterer muss darum fürchten, dass diese Macht zu seinem Schaden missbraucht wird. Dennoch ist diese Situation des Interessenkonflikts streng davon zu unterscheiden, dass sich der Interessenwahrer auch tatsächlich im Verhältnis zum Geschäftsherrn pflichtwidrig verhält und ihm Schaden zufügt: Der Interessenwahrer hat es selbst in der Hand, seine Eigeninteressen zurückzustellen bzw. zu entscheiden, welchem von mehreren konfligierenden Fremdinteressen er den Vorzug gibt. Diese Unterscheidung ist essenziell für das Verständnis jeder Regelung, die Interessenkonflikte zum Gegenstand hat: Der Interessenkonflikt beschreibt nur eine Gefahrenlage, nicht den Eintritt eines Schadens an den Interessen des Geschäftsherrn. Nichtsdestoweniger löst schon diese Gefahr ein rechtliches Interventionsbedürfnis aus, insbesondere weil ein Interessenkonflikt das funktionsnotwendige Vertrauen in Interessenwahrungsverhältnissen zerstört. Das Privatrecht knüpft folglich schon an das Bestehen des Gefährdungstatbestands „Interessenkonflikt“ Rechtsfolgen in Form von Interessenkonflikts-Maßnahmen. Diese lassen sich in Konflikt-offenlegung, -vermeidung und -lösung einteilen und stehen in einem Stufenverhältnis. Sie finden ihre Rechtsgrundlage entweder in einer expliziten gesetzlichen Regelung (selten) oder der allgemeinen interessenswahrungsrechtlichen Treuepflicht. Für die Auslegung jeder konfliktadressierenden Regelung ist entscheidend, ob sie eine konkrete oder abstrakte Feststellung des Interessenkonflikts fordert: Eine konkrete Interessenkonfliktsregelung erfordert die möglichst genaue Feststellung anhand einer umfassenden Würdigung der Tatsachen im Einzelfall, wobei freilich auf Indizien zurückgegriffen werden kann. Eine abstrakte Regelung knüpft ihre konfliktadressierende Rechtsfolgende hingegen starr an das objektive Vorliegen gewisser Umstände, in denen ein Interessenkonflikt nahe liegt. Klassisches Beispiel für eine abstrakte Interessenkonfliktsregelung ist die Vorschrift des § 181 BGB, die ein Geschäft des Stellvertreters mit sich selbst pauschal verbietet.

An dieser Stelle schließt sich der Kreis zu der Regelung aus §§ 274 I, 56 InsO, die eine Unabhängigkeit des Sachwalters fordert. *In praxi* wird diese Regelung in vielen Fällen wie eine abstrakte Interessenkonfliktsregelung behandelt: Wenn der Schuldner(-berater) oder die Gläubiger einen Sachwalter vorschlagen, mit dem der Berater bereits zuvor zusammengearbeitet hat, wird aus diesem Umstand alleine auf das Vorhandensein schädlicher Interessenkonflikte geschlossen und dem Kandidaten die Unabhängigkeit abgesprochen. Dies entspricht jedoch weder der Gesetzessystematik noch dem erklärten Willen des Gesetzgebers. Dieser hat sich bewusst dafür entschieden, die Beurteilung der Geeignetheit einer Person für das Sachwalteramt den Gläubigern bzw. dem Schuldner (Schutzschirmverfahren) zuzuweisen.³³ Dabei hat sich der Gesetzgeber explizit mit der Frage der Behandlung von Interessenkonflikten bei Gläubiger- und Schuldneranschlägen zum Sachwalter auseinandergesetzt. So hatte der Bundesrat die Streichung der ESUG-Regelungen zur Gläubiger- und Schuldnermitbestimmung bei der Insolvenzverwalter- und Sachwalterbestellung angeregt, weil

„die Gefahr einer vom Verwalter nicht offenbarten Interessenkollision groß“ sei.³⁴ Die Bundesregierung hat diese Streichung abgelehnt. Sie hielt es für ausreichend, dass der Kandidat seine Interessenkonflikte dem Insolvenzgericht gegenüber offenlegt und dieses sodann die Unabhängigkeit des Kandidaten „im Einzelfall“ überprüft.³⁵ Die Unabhängigkeitsforderung der §§ 274 I, 56 InsO ist folglich nach klar artikulierter gesetzgeberischer Intention eine *konkrete* Interessenkonfliktsregelung und setzt eine differenzierte Prüfung des Gerichts unter Berücksichtigung aller Umstände voraus.³⁶

Maßstab der Prüfung ist, inwieweit der Sachwalter durch den Interessenkonflikt tatsächlich an einer ordnungsgemäßen Überwachung des Schuldners im Interesse der Verfahrensbeteiligten gehindert würde. Die bloße Tatsache, dass der Sanierungsberater die Person des Sachwalters bereits in anderen Verfahren vorgeschlagen hat, begründet für sich alleine genommen jedoch keinen hinreichenden Gefahrentatbestand. Der wiederholte Vorschlag kann – gerade in Zeiten der Marktkonzentration – schlicht auf die fachlich gute Tätigkeit des Sachwalters zurückzuführen sein. Die Beurteilung kann freilich anders ausfallen, wenn besondere Umstände hinzutreten – etwa eine wirtschaftliche Abhängigkeit des vorgeschlagenen Sachwalters von dem Sanierungsberater des Schuldners, eine besonders enge Beziehung des Sachwalters zu einem bestimmten Gläubiger oder eine signifikante Vorbefassung des Sachwalters mit dem schuldnerischen Unternehmen. Nicht außer Acht gelassen werden darf dabei jedoch, dass die Kontrolle des eigenverwaltenden Schuldners und auch die des Sachwalters zusätzlich dem Gläubigerausschuss und dem Insolvenzgericht obliegt. Außerdem ist erfahrenen Sanierungsberatern und Sachwaltern selbst an einem korrekten und professionellen Umgang mit (potenziellen) Interessenkonflikten gelegen, weil bereits der bloße Anschein einer Vetternwirtschaft der Reputation nachhaltig schaden kann.

Sofern tatsächlich Interessenkonflikte beim Sachwalteranwärter festgestellt werden, ist die Bestellungsverweigerung durch das Gericht im Übrigen nicht (zwingend) die gebotene Folge. Es folgt allgemeinen Grundsätzen der Dogmatik des Interessenkonflikts, dass der Interessenkonflikt stufenweise adressiert wird: Auf erster Stufe steht eine umfassende Offenlegungspflicht des vorgeschlagenen Sachwalters. Dieser hat dem Gericht unaufgefordert sämtliche Umstände zu offenbaren, die für die Beurteilung des Anlasses und der Stärke eines jedweden Interessenkonflikts relevant sein könnten. Die bereits erfolgte Zusammenarbeit zwischen dem Sanierungsberater des Schuldners und dem Kandidaten kann ein solcher Umstand sein. Auf zweiter Stufe ist sodann zu überlegen, wie ein Interessenkonflikt vermieden oder gelöst werden kann. Hierbei muss zwischen dem Schutzbedürfnis der Beteiligten und der Beeinträchtigung der Verfahrensdurchführung sowie der prinzipiell beachtlichen Entscheidungskompetenz des Gläubigerausschusses bzw. des Schuldners abgewogen werden. Es gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass bereits die

32 Vgl. § 1 I der VID-Berufsgrundsätze der Insolvenzverwalter (Stand: 3.5.2013, abrufbar unter <https://goo.gl/HsLlja>); *Kumpian*, KTS 2010, 169, *passim*; *Berner*, Die Pflicht des Aufsichtsrats zur Offenlegung von Interessenkonflikten, S. 16, 70 ff. mwN.

33 Besonders drastisch RegE ESUG, BT-Drs. 17/5712, 70: „Die im RegE vorgesehene Regelung stellt bereits sicher, dass keine ungeeigneten, insbesondere keine abhängigen Sachwalter bestellt werden. Für den Erfolg des Schutzschirmverfahrens ist es aber unabdingbar, dass der Unternehmer weiß, mit wem er sich auf die Reise der Sanierung im Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung begibt. Im Interesse einer frühzeitigen Antragstellung bedarf er deshalb der Sicherheit, dass er die Sanierung mit einer ihm vertrauenswürdigem, gleichzeitig aber unabhängigen Person vorbereiten kann.“

34 BT-Drs. 17/5712, 52, für den Sachwalter vgl. S. 59.

35 BT-Drs. 17/5712, 68.

36 Für eine differenzierte Betrachtung im Einzelfall vgl. auch *Karsten Schmidt/Ries*, § 56 Rn. 25; *Kolmann*, Schutzschirmverfahren, Rn. 457.

Offenbarung des Interessenkonflikts die Informationsasymmetrie zwischen Sachwalter und Gericht aufhebt und derart bereits regelmäßig zu einer Konfliktschärfung beiträgt.³⁷ Sofern dies nicht zur Konfliktvermeidung oder -lösung ausreicht, kommen weitere Instrumente in Betracht, insbesondere die Festlegung besonderer Berichtspflichten des Sachwalters an das Gericht oder (in engen Grenzen) sogar die zusätzliche Bestellung eines Sondersachwalters.³⁸ Erst auf dritter Stufe kann die Ablehnung der Bestellung eines Sachwalters in Betracht gezogen werden. Diese Maßnahme ist jedoch ultima ratio. Das Ergebnis folgt dem klaren Wortlaut des Gesetzes: „offensichtlich nicht geeignet“.

c) *Handlungsempfehlung*. Die an einem Verfahren beteiligten Schuldner, Sanierungsberater und Gläubiger können trotz ihrer gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsbefugnis zur Person des Sachwalters auf Verständnisschwierigkeiten bei dem zuständigen Insolvenzgericht stoßen. Der frühzeitige, konsensorientierte Dialog und die Offenlegung sämtlicher Umstände, die auf Interessenkonflikte des vorgeschlagenen Sachwalters schließen lassen können, sind Pflicht. Das gesetzlich gegebene Vorschlagsrecht sollte dabei aber nicht aufgegeben werden.

IV. Fallstricke bei der Durchführung der (vorläufigen) Eigenverwaltung

1. Kontrollinstrumente des Sachwalters

Das Gesetz stellt dem Sachwalter zur Erfüllung seiner Überwachungstätigkeit Kontrollinstrumente zur Verfügung: Zustimmungsvorbehalte, Kassenführung und Nachteilsmeldung. Bei allen drei Instrumenten stellen sich erhebliche Rechtsprobleme.

a) *Zustimmungsvorbehalte: Besondere Vorsicht bei § 277 I InsO*. Zunächst soll der Schuldner Verbindlichkeiten, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, nur mit Zustimmung des Sachwalters eingehen (§ 275 I InsO). Eine Zustimmungsverweigerung wirkt allerdings nicht im Außenverhältnis.³⁹

Außerdem sind Bestellung und Abberufung von Mitgliedern der Geschäftsleitung gem. § 276 a InsO gesellschaftsrechtlich nur mit Zustimmung des Sachwalters wirksam. Darüber hinaus kann das Insolvenzgericht auf Antrag der Gläubigerversammlung bzw. eines einzelnen Gläubigers (unter verschärften Voraussetzungen, § 277 II InsO) *im eröffneten Verfahren* die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften im Außenverhältnis von der Zustimmung des Sachwalters abhängig machen; im Stadium der vorläufigen Eigenverwaltung gilt diese Vorschrift mangels eines Verweises in §§ 270 a I S. 2, 270 b II S. 1 InsO nicht.

Im Stadium der vorläufigen Eigenverwaltung kann das Gericht über § 21 InsO im Einzelfall besondere Zustimmungsvorbehalte anordnen, wobei ein vollständiger Vorbehalt bei der regulären vorläufigen Eigenverwaltung nicht angeordnet werden „soll“ (§ 270 a I Nr. 2 InsO) und im Schutzschirm sogar nicht darf (§ 270 b II 3 InsO *e contrario*). Besondere Vorsicht ist allerdings geboten, wenn ein solcher Vorbehalt zur Vermeidung der Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen eingesetzt werden soll – und der damit verbundenen Strafbarkeit (§ 266 a StGB; §§ 43, 69 AO). In der Praxis hat sich teilweise – in Anlehnung an die Vorgehensweise im regulären vorläufigen Insolvenzverfahren – eine Vorgehensweise herausgebildet, nach der Gerichte die Zahlungen von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen auf Grundlage von § 21 I 1 InsO unter den Vorbehalt der Zustimmung des Sachwalters stellten, welche dieser sodann zur Schonung der Masseliquidität die Zustimmung verweigern kann. Davon kann nicht dringend genug abgeraten

werden. Schon die zivilrechtliche Zulässigkeit dieses Vorgehens ist aufgrund der missglückten Gesetzesfassung zweifelhaft,⁴⁰ so wünschenswert und sachlich richtig sie de lege ferenda auch sein mag. Wie an anderer Stelle⁴¹ ausführlich dargelegt wurde, suspendiert diese Vorgehensweise nicht die strafrechtlich bewährten Pflichten. Sie kann damit gerade zu einer Strafbarkeit aller Beteiligten führen: Geschäftsführer, Berater – und auch Richter. Auch wenn hier eine gesetzliche Regelung und Klarstellung des Gesetzgebers zwingend erforderlich wäre, gibt es nach unserer Auffassung einen anderen, strafrechtlich ungefährdeten Weg zur Vermeidung der Steuer- und Sozialversicherungszahlungen.⁴² Wir empfehlen, dem Finanzamt und den Sozialversicherungsträgern die Zahlung nur unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Insolvenzanfechtung (§ 130 I Nr. 2 InsO) in Aussicht zu stellen; dies funktioniert freilich nur, wenn sich der Schuldner im Schutzschirmverfahren nicht global zur Begründung von Masseverbindlichkeiten nach § 270 b III InsO hat berechnen lassen. Ist dies der Fall, scheidet die spätere Anfechtung aus.⁴³ Zur Liquiditätsschonung kann versucht werden, bereits vorab einen Verzicht zu erreichen,⁴⁴ freilich gelingt dies in der Praxis kaum.

b) *Vorsicht bei der Kassenführungsübernahme*. Gem. § 275 II InsO kann der Sachwalter vom Schuldner die Übernahme der Kassenführung verlangen. *Prima facie* erscheint dies als sachgerechte Kontrollmaßnahme. Allerdings sind grundsätzlich nur wenige Fälle⁴⁵ vorstellbar, in denen ein Sachwalter die Übernahme der Kassenführung für erforderlich hält und dem Verfahren nicht gleichzeitig die allgemeine Eignung zur Durchführung in Eigenverwaltung abspricht. Bevor ein Sachwalter tatsächlich die Übernahme der Kassenführung in Betracht zieht, sollte er sich über diesen Umstand im Klaren sein und eher eine Nachteilsanzeige gem. § 274 III 1 InsO in Betracht ziehen. Hinzu kommt, dass mit der Kassenführungsübernahme zahlreiche praktische, rechtliche und steuerliche Probleme verbunden sind, die an anderer Stelle⁴⁶ ausführlich erörtert wurden. Die Übernahme der Kassenführung ist jedenfalls stets mit äußerster Zurückhaltung zu erwägen.

c) *Nachteilsanzeige gem. § 274 III InsO*. Stellt der Sachwalter Umstände fest, die erwarten lassen, dass die Fortsetzung der Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führt, so hat er dies unverzüglich dem Gläubigerausschuss und

37 Zur besonderen Effektivität der Offenlegung als Interessenkonfliktmaßnahme ausf. *Kumpfan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 245 ff. und *Berner*, Die Pflicht des Aufsichtsrats zur Offenlegung von Interessenkonflikten, S. 88 ff.

38 Vgl. *Karsten Schmidt/Ries*, § 56 Rn. 25.

39 *Karsten Schmidt/Undritz*, § 275 Rn. 4.

40 Hierzu eingehend *AG Hannover*, Beschl. v. 8.5.2015 – 909 IN 264/15 = ZIP 2015, 1893 Rn. 5 ff.; vgl. auch *AG Hamburg*, NZI 2015, 177; aA jedoch *AG Heilbronn*, NZI 2016, 582 und *AG Düsseldorf*, ZInsO 2014, 2389 = BeckRS 2014, 22230 (ohne Begründung).

41 *Larochel/Wollenweber*, ZInsO 2016, S. 2225; vgl. auch *HK-InsO/Landfermann*, 8. Aufl. 2016, § 270 a Rn. 25.

42 Übersicht zu allen Lösungsmöglichkeiten bei *HK-InsO/Landfermann*, § 270 a Rn. 25 und *Beck/Lebmeier* in *Beck/Depré*, Praxis der Insolvenz, 2017, § 44 Rn. 196 ff.

43 *BGH*, NZI 2016, 779; *Larochel/Wollenweber*, ZInsO 2016, 2225 (2230 f.).

44 So auch bei *HK-InsO/Landfermann*, § 270 a Rn. 25 und *Beck/Lebmeier* in *Beck/Depré*, § 44 Rn. 198.

45 Ein solcher Ausnahmefall lag etwa *AG Hamburg*, NZI 2015, 177, zugrunde, in dem die Kassenführung zur oben beschriebenen Vermeidung der Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen eingesetzt wurde. Die Tauglichkeit dieses Lösungsansatzes muss indes bezweifelt werden, *Spliet* in *Karsten Schmidt/Ühlenbruck*, Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz, 2016, 9. Teil Rn. 161; *Larochel/Wollenweber*, ZInsO 2016, 2225 (2230); *Köster/Feil*, NZI 2016, 763 (766) mwN.

46 *Undritz/Schur*, ZIP 2016, 549.

dem Insolvenzgericht anzuzeigen (§ 274 III InsO). Zwar knüpft sich an diese Anzeige keine unmittelbare Rechtsfolge. Dennoch handelt es sich hierbei um das schärfste Schwert des (vorläufigen) Sachwalters, denn in aller Regelmäßigkeit wird das Insolvenzgericht infolge der Anzeige eine Beendigung der (vorläufigen) Eigenverwaltung anordnen.

Als Fallstrick erweist sich, dass sich bislang keine festen Fallgruppen herausgebildet haben. Die Vorstellungen der Insolvenzgerichte von den anzeigebedürftigen Umständen variieren stark und können bei eigenverwaltungskritischen Richtern durchaus niedrigschwellig angesetzt sein.⁴⁷ Ein korrekter Umgang mit der Anzeigepflicht ist für den Sachwalter jedoch wichtig, weil eine pflichtwidrig unterlassene Anzeige zur Haftung gem. §§ 274 I iVm 60 I InsO führen kann.

2. Begründung von Masseverbindlichkeiten

In beiden Arten der vorläufigen Eigenverwaltung stellen sich Probleme im Zusammenhang mit der Begründung von Masseverbindlichkeiten.

a) *Masseverbindlichkeiten im regulären vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren.* Auch an dieser Stelle führt eine unzulängliche Gesetzesregelung zu einer in der Praxis existenziellen Problematik: Kann das Gericht auch im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nach § 270 a InsO zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ermächtigen – und falls ja, wen und unter welchen Voraussetzungen? In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur wird hierzu beinahe jede mögliche Meinung vertreten:⁴⁸ Die „extremen“ Ansichten halten eine Ermächtigung entweder für vollständig unmöglich⁴⁹ oder für gar nicht notwendig, weil der Schuldner auch ohne entsprechenden Gerichtsbeschluss zur Begründung von Masseverbindlichkeiten wie ein starker vorläufiger Insolvenzverwalter berechtigt sei.⁵⁰ Andere sind sich darüber einig, dass eine Begründung von Masseverbindlichkeiten nur auf Grundlage einer gerichtlichen Einzelermächtigung möglich sei, streiten aber über die Modalitäten: Nach wohl herrschender Meinung soll der Schuldner selbst,⁵¹ nach anderer Ansicht⁵² nur der Sachwalter ermächtigt werden können; sodann kommt das bereits erörterte Rechtsproblem ins Spiel, ob das Gericht eine Einzelfallermächtigung des Schuldners an die Zustimmung des Sachwalters knüpfen kann. Unserer Auffassung nach sprechen die besten Argumente für die wohl herrschende Meinung: Es ist kein vernünftiger Grund dafür ersichtlich, warum die Einzelermächtigungsrechtsprechung des BGH auf das reguläre vorläufige Eigenverwaltungsverfahren keine Anwendung finden sollte. Gerade bei den sanierungsgeeigneten Eigenverwaltungsverfahren dürfen die Vertragspartner nicht im Unklaren darüber gelassen werden, ob ihre im Stadium des Antragsverfahrens eingegangenen Verpflichtungen Masseverbindlichkeiten sind.⁵³ Rechtstechnisch lässt sich dieses Ergebnis im Übrigen gut auf Grundlage von § 270 I 2 InsO begründen.

Für die Praxis ist diese Rechtsunsicherheit freilich misslich. Es steht zu hoffen, dass der Gesetzgeber diesem Zustand im Rahmen der ESUG-Evaluation ein Ende bereitet.⁵⁴ Bevor dies der Fall ist, gehört die Frage nach der Rechtsauffassung des jeweiligen Richters zu dieser relevanten Rechtsfrage unbedingt zum Inhalt des vertraulichen Vorgesprächs.

b) *Masseverbindlichkeiten im Schutzschirmverfahren.* Für das vorläufige Schutzschirmverfahren besteht mit § 270 b III InsO eine explizite Regelung zu Masseverbindlichkeiten: Der Schuldner kann sich vom Gericht global ermächtigen lassen. Hierbei ist aber unbedingte Vorsicht geboten: Der BGH⁵⁵ hat kürzlich entschieden, dass eine derartige Generalermäch-

tigung wie beim vorläufigen starken Insolvenzverwalter tatsächlich alle eingegangenen Verpflichtungen des Schuldners erfasst – also insbesondere auch Bruttolohnansprüche und Sozialversicherungsanteile der Arbeitnehmer für in Anspruch genommene Arbeitsleistungen. Der generalemächtigte Schuldner hat kein Wahlrecht darüber, ob bestimmte Forderungen Masseverbindlichkeiten sind oder nicht. Die Umqualifizierungsvorschrift des § 55 III InsO ist nach Auffassung des BGH trotz fehlenden Verweises in § 270 b III InsO analog anwendbar, setzt aber voraus, dass der Schuldner die Forderung noch nicht erfüllt hat.⁵⁶

Im Ergebnis kann eine Generalermächtigung den eigenverwaltenden Schuldner teuer zu stehen kommen: Führt er zur Vermeidung seiner Strafbarkeit Sozialversicherungsbeiträge und Steuern ab, kann der Sachwalter sie selbst bei offen angekündigter Anfechtung nicht anfechten, weil er damit sodann Masseverbindlichkeiten bedient hat, deren Anfechtung ausscheidet. Die Generalermächtigung ist damit für die Praxis untauglich.⁵⁷ Sollte die Begründung von Masseverbindlichkeiten erforderlich sein, kann beim Insolvenzgericht eine Einzelermächtigung beantragt werden; dies hat der BGH ausdrücklich bestätigt.⁵⁸

3. Pflicht zum Dual-Track-Prozess im Schutzschirmverfahren

Umstritten ist, ob sich Schuldner und Sachwalter in einem Schutzschirmverfahren einzig auf eine beteiligungserhaltende Sanierung im Insolvenzplan konzentrieren dürfen⁵⁹ oder ob sie parallel die Chancen eines Unternehmensverkaufs bzw. Investoreneinstiegs in einem strukturierten M&A-Prozess⁶⁰ evaluieren müssen (so genannter „Dual Track“).⁶¹

Nach hier vertretener Auffassung lässt sich die Frage, ob in der Eigenverwaltung ein Dual-Track-Prozess durchgeführt werden muss, nicht pauschal beantworten. Eine Pflicht hierzu dürfte nur im Ausnahmefall anzunehmen sein – etwa wenn konkrete Anhaltspunkte für die Ablehnung des angestrebten Insolvenzplans durch die Gläubiger bestehen, eine Investorenlösung aufgrund der Gegebenheiten des Einzelfalles besonders sinnvoll erscheint oder konkrete Zweifel an

47 Vgl. etwa die Liste von *Frind*, NZI 2014, 937 (940).

48 Umfangr. Nachw. zum Streitstand bei AG *Hannover*, ZIP 2015, 1843 = BeckRS 2015, 10202 Rn. 2 ff. und *Lambrecht/Michelsen*, ZInsO 2015, 2520.

49 So das AG *Fulda*, ZIP 2012, 1471 = BeckRS 2012, 16274 Rn. 11 ff.

50 AG *Montabaur*, NZI 2013, 350 Rn. 11; AG *Hannover*, ZIP 2015, 1843 = BeckRS 2015, 10202 Rn. 6.

51 AG *München*, ZIP 2012, 1470 Rn. 4 ff.; LG *Duisburg*, NZI 2013, 91 Rn. 1 ff.; AG *Köln*, NZI 2012, 375 Rn. 4 ff.; *Karsten Schmidt/Undritz*, § 270 a Rn. 6 mwN.

52 AG *Hamburg*, NZI 2012, 566 Rn. 3 f.

53 So überzeugend HmbKomm-InsO/*Fiebig*, 6. Aufl. 2017, § 270 a Rn. 34.

54 *Lambrecht/Michelsen*, ZInsO 2015, 2520 (2522).

55 BGH, NZI 2016, 779.

56 Krit. *Köster/Feil*, NZI 2016, 763 (765 f.).

57 Von der Generalermächtigung raten auch ab *Köster/Feil*, NZI 2016, 63 (766); *Exner/Lehmeier* in *Beck/Depré*, § 44 Rn. 129.

58 BGH, NZI 2016, 779 Rn. 18.

59 So etwa *Buchaliki/Schröder*, ZInsO 2016, 189.

60 Anders als weithin angenommen (vgl. etwa AG *Hamburg*, ZIP 2014, 237 Rn. 12), muss ein solcher Dual-Track-Prozess übrigens nicht auf einen Verkauf im Wege der übertragenden Sanierung ausgerichtet sein. Seit Einführung von § 225 a III InsO mit dem ESUG lassen sich nahezu alle erdenklichen Investorenlösungen auch in einem Insolvenzplan integrieren. Für den Dual-Track-Prozess ist jedoch nicht das rechtliche Umsetzungsmittel kennzeichnend, sondern die Tatsache, dass nach einer gesellschafter-externen Lösung gesucht wird.

61 So tendenziell wohl AG *Hamburg*, ZIP 2014, 237 Rn. 12; *Fröhlich/Eckhardt*, ZInsO 2015, 925; *Fröhlich/Ziegenhagen*, return Nr. 1/2014, S. 30 ff.

der Einbringlichkeit eines Sanierungsbeitrags der Gesellschafter bestehen.⁶²

V. Fazit

Das Eigenverwaltungsverfahren bietet als konsensuales Verfahren die Chance auf gute Sanierungserfolge und hohe Quoten. Zu Recht hat es sich in den vergangenen Jahren insbesondere bei großen Unternehmensinsolvenzen zu einer echten Alternative zum Regelverfahren entwickelt. Dennoch wartet der Weg zu einer gelungenen Eigenverwaltung mit so manchem Fallstrick auf. Dies gilt in besonderer Weise für die Phase der Vorbereitung. So lassen sich Eigenverwaltungsverfahren grundsätzlich nur mit der Hilfe eines erfahrenen Sanierungsberaters meistern; ein Antrag bedarf einer besonders sorgfältigen Vorbereitung. Auch wenn das Gesetz die Auswahl des (vorläufigen) Sachwalters dem vorläufigen Gläubigerausschuss bzw. dem Schuldner überlässt, trifft man mit solchen Vorschlägen auf Seiten des Insolvenzgerichts nicht

selten auf eine skeptische bis ablehnende Haltung. Bei allem Verständnis für das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Insolvenzgericht und Sachwalter: Eine pauschale Skepsis gegenüber dem vorgeschlagenen Sachwalter ist unbegründet, wie ein Blick auf die allgemeine Dogmatik des Interessenkonflikts im Privatrecht demonstriert. Die Autoren plädieren für einen offenen und differenzierten Umgang. Weitere Fallstricke stellen sich im Verlauf des (vorläufigen) Eigenverwaltungsverfahrens. So muss der Sachwalter bei der Auswahl und Anwendung der ihm zu Verfügung stehenden Kontrollinstrumente besondere Sorgfalt walten lassen, was im Besonderen für die Übernahme der Kassenführung gilt. Besondere Vorsicht ist schließlich bei der Begründung von Masseverbindlichkeiten im vorläufigen Verfahren geboten. ■

62 So auch *Exner/Lehmeier* in *Beck/Depré*, § 44 Rn. 136; *Spliedt*, in *Karsten Schmidt/Uhlenbruck*, Rn. 8.76, 8.8, 9.36; *Karsten Schmidt/Spliedt*, § 245 Rn. 41; vgl. auch *MüKoInsO/Drukarczyk*, § 245 Rn. 82.

Richter am Amtsgericht Frank Frind*

Abschaffung von Kernelementen der deutschen Insolvenzordnung im Zuge der Umsetzung eines präventiven Restrukturierungsrahmens?

Die nationale Umsetzung einer europäischen Richtlinie für einen präventiven Restrukturierungsrahmen ist nur noch eine Frage der Zeit, obwohl die Diskussionen über die Formulierungen der europäischen Vorgaben andauern. Im Zuge der Umsetzung könnten maßgebliche Kernelemente der deutschen InsO – Insolvenzantragspflicht und Überschuldung als Insolvenzgrund – auf dem Prüfstand stehen. Der Verfasser beleuchtet aus praktischer Sicht kritisch mögliche Folgen dieser Diskussion und den Nutzen dieser Elemente für einen Restrukturierungsrahmen.

I. Mögliche Beseitigung insolvenzrechtlicher Kernelemente der Umsetzung eines präventiven Restrukturierungsrahmens?

Seit der Veröffentlichung des Richtlinienvorschlags vom 22.11.2016 der EU-Kommission für einen präventiven Restrukturierungsrahmen¹ (folgend: RL-E) findet in Deutschland, insbesondere mit Zielrichtung auf die europäischen Entscheidungsgremien, eine sehr aktive Diskussion um die mögliche Regelungen, ihre in der Folge entstehenden Umsetzungsnotwendigkeiten und über nationale Gestaltungsmöglichkeiten mit einer Vielzahl von Stellungnahmen, unter anderem der insolvenzbezogenen Verbände,² statt. Lässt man die häufig „kleinteiligen“, nichtsdestoweniger berechtigten, vielfältigen Kritikpunkte einmal außer Acht,³ stößt man auf zwei vermeintliche „Hürden“ des deutschen Insolvenzrechts, die bei einer Umsetzung und Abgrenzung zur InsO zunächst durchaus „störend“ wirken könnten. Fast unbemerkt von der Fachöffentlichkeit und den betroffenen Kreisen wirft der „Restrukturierungsrahmen“ hinsichtlich Überschuldungsstatbestand und Insolvenzantragspflichten bereits Schatten. Die Berechtigung dieser insolvenzrechtlichen deutschen Kernelemente scheint auf dem Prüfstand – auch des BMJV – zu stehen.

Die Grundfrage eines gesetzlichen präventiven RL-E mit Beeinträchtigungsfolgen für die beteiligten Verkehrskreise

(Moratorium bei Forderungsdurchsetzung, zwangsweise mehrheitliche Planregelungen, etc.) ist diejenige nach dem „Auslösetatbestand“, also die Frage nach dem Zeitpunkt der zulässigen Einleitung der Verhandlungen mit möglichen Zwangswirkungen um eine Restrukturierung. Nachgelagert ist die Frage, inwiefern – auf Anruf – „Gerichte“⁴ diese Einleitungsvoraussetzung prüfen können dürften und mit welchen rechtlichen Folgen. Hierzu bietet der Entwurf der europäischen Richtlinie in Art. 4 I den Begriff der „likelihood of insolvency“, der in der deutschen Übersetzung mangelhaft mit „in finanziellen Schwierigkeiten bei drohender Insolvenz“ übersetzt ist.⁵ Richtiger wäre „Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz“ als Auslösetatbestandsbegriff. Der Bericht der Rechtsausschuss-Berichterstatterin des Europäischen Parlaments, *Dr. Niebler* für den Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments vom 22.9.2017, zeigt auf, dass an dieser Einleitungsvoraussetzung offenbar im weiteren Beratungsverlauf nichts geändert werden soll,⁶ obwohl ihre mangelnde Konturierung weitgehend übereinstimmend beklagt wird. Der derzeitige Vorschlag geht dahin, gegebenenfalls einen weiteren Absatz einzufügen, nach welchem die Mitgliedsstaaten festlegen können, das Verfahren nur Unternehmen zu eröffnen, die Rechnungslegungs- und Buchführungs-

* Der Autor ist Richter am AG Hamburg und Mitglied des Vorstandes des Bundesarbeitskreises Insolvenzgerichte (BAKInso e. V.).

1 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3802_de.htm; COMI(2016), 723 final.

2 NIVD e. V., ergänzende Stellungnahme v. 27.2.2017, ZInsO 2017, 533; DAV, Stellungnahme des Insolvenzrechtsausschusses v. Februar 2017, ZInsO 2017, 692; VID e. V., Stellungnahme v. 1.3.2017; GK, ergänzende Stellungnahme v. 28.2.2017; 13 Einzelvorschläge zu Verbesserungen der Regelungen, NZI 6/2017, X; BAKInso e. V., Stellungnahme v. 10.3.2017, ZInsO 2017, 690.

3 Vgl. hierzu NZI-Beilage 1/2017 zu NZI 5/2017; *Madaus*, NZI 2017, 329.

4 Welche „Gerichte“ hier zuständig sein oder geschaffen werden könnten, ist ebenfalls umstritten.

5 So *Graf-Schlicker* lt. INDAT-Report 1/2017, 43, und *Pauhus*, NZI Beilage 1/2017, 5 zu NZI 5/2017.

6 ZInsO 2017, 2350, im Original S. 29.