

Festschrift für Siegfried Beck zum 70. Geburtstag

Bearbeitet von
Prof. Dr. Christoph G. Paulus, Joachim Exner

1. Auflage 2016. Buch. XIV, 612 S. In Leinen
ISBN 978 3 406 68610 8
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Insolvenzrecht,
Unternehmenssanierung

Zu Inhaltsverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beek-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Verfahrensweisen nur „Grundlagen für eine Sanierung“ gelegt werden können und 90 % der Unternehmen nicht „durchsaniiert“ aus der Insolvenz entlassen werden, weil dort überwiegend, wenn überhaupt, meist nur finanzwirtschaftliche Maßnahmen ergriffen werden können, während eine leistungswirtschaftliche Sanierung erst nach der Insolvenz in Angriff genommen wird³⁹.

Zu Recht wird daher darauf hingewiesen, dass dem Begriff der „Sanierung“ der Begriff der „Betriebsfortführung“ nicht gleichzusetzen ist, da das reine „Weitermachen“ noch kein Wert an sich ist oder entsprechende Werte generiert. Die reine Vermeidung der sofortigen Einstellung des Geschäftsbetriebes genügt nicht⁴⁰. Häufig führen insolvenzrechtliche Maßnahmen daher nicht zu einer wirklich nachhaltigen Sanierung, insbesondere, wenn nur finanzwirtschaftliche Maßnahmen erfolgen, die die Gründe der Krise nicht angehen und entsprechende Gläubigerentscheidungen nur quotenorientiert erfolgen⁴¹.

Folgerichtig muss daher mit der – im Bereich der Geschäftsführerhaftung und Insolvenzanfechtung entwickelten – Lehre vom „zureichenden Sanierungskonzept“⁴² dem Sanierungsbegriff eine Nachhaltigkeitskomponente implementiert⁴³ werden, die auch dem Sanierungsstandard IDW S 6 immanent ist⁴⁴. Die objektive Eignung eines Konzeptes ist danach erst gegeben, wenn nach seiner Verlaufsprognose binnen 18 bis 24 Monaten eine durchgreifende Sanierung zu erwarten ist⁴⁵.

Ob eine „nachhaltige“ Sanierung im Insolvenzverfahren möglich ist, ist den Akteuren, ihrer Redlichkeit und vor allem der rechtzeitigen Antragstellung geschuldet⁴⁶. Die Instrumentarien dazu bietet die InsO durchaus, allerdings wird als maßgebende Sanierungsblockade die grundlegende Risikoaversion der Sanierungsbeteiligten identifiziert und weiterhin die häufig mangelnde Umsetzung der notwendigen Maßnahmen bis hin zu einem stringenten Sanierungskontrolling⁴⁷; dies betrifft auch die mangelnde Berücksichtigung der Nachhaltigkeit beim Sanierungsplan⁴⁸. Die übertragende Sanierung setzt natürlich voraus, dass der Insolvenzverwalter allen Interessenten einer Übernahme ausreichend Gelegenheit zur Information und zur Abgabe von Geboten gibt und sie schnell geht⁴⁹. Aber beim Betriebsverkauf ist auch an das Risiko der Insolvenz des Erwerbers zu denken, weshalb u.a. Widerspruchsrechte der Arbeitnehmer zu beschränken sind⁵⁰.

3. Verortung der „Sanierung“ in der InsO

Der Insolvenzrichter muss in dieser Gemengelage zunächst entscheiden, wo gesetzliche Ansätze einer Verortung der Sanierungsorientierung der InsO zu finden, wo ein „Nachhaltigkeitsaspekt“ verortet, und wie diesem gfs. mit gerichtlichen Maßnahmen zu folgen ist. Eine ausdrückliche „Sanierungsorientierung“ fehlt über den Verweis auf das Planverfahren

³⁹ J. Brinkmann, Studie „HWW-ESUG-Radar 2015“, http://www.hww.eu/sites/default/files/hww_ESUG_Radar_2015.pdf, S. 12–15.

⁴⁰ OLG München v. 6.11.2013, GmbHR 2014, 139 Rn. 23, 24.

⁴¹ Reckenzaun, ZInsO 2014, 2030, 2033.

⁴² Zusammenfassend hierzu H. Huber, NZI 2015, 489; Ganter, NZI 2014, 673, 678.

⁴³ Siemon, ZInsO 2013, 1861, 1874.

⁴⁴ Lt. Prütting, ZIP 2013, 203 ist es mit dem IdW S 6 (2012) gelungen, die maßgeblichen Kernanforderungen der Rechtsprechung an ein tragfähiges Sanierungskonzept zu beinhalten (und darüber hinaus zu gehen).

⁴⁵ H. Huber, NZI 2015, 489, 492.

⁴⁶ Ehlers/Schmidt-Sperber, NWB 2013, 2088.

⁴⁷ Krystek/Lentz, DB 2013, 768, 773.

⁴⁸ Reckenzaun, ZInsO 2014, 2030 für eine erweiterte Einbeziehung dieses Kriteriums.

⁴⁹ Classen, BB 2010, 2898.

⁵⁰ Vorschlag für einen „Vier-seitigen“ Vertrag bei Göpfert/Buschbaum, ZIP 2011, 64.

hinaus in der Zielbeschreibung v. § 1 InsO⁵¹. Nicht einmal der Begriff der übertragenden Sanierung kommt in der InsO vor⁵².

Trotz Hinweisen im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens auf eine fehlende Verankerung der Sanierung als direktem Verfahrensziel⁵³ ist der Gesetzgeber des „ESUG“ dem Hinweis nicht gefolgt⁵⁴. Bereits bei Formulierung der InsO 1994 wies der Regierungsentwurf auf S. 109 sogar darauf hin, dass die Erhaltung v. Unternehmen und Betrieben kein eigenständiges Ziel der InsO sei⁵⁵. Es ist daher verfehlt, zu behaupten, das Ziel der Sanierung stehe „gleichberechtigt“ neben demjenigen der gleichmäßigen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung und in der Folge sei sogar letztere kein „absolutes Ziel“ der InsO⁵⁶. Auch der Versuch, den Erhalt des Unternehmens und der Arbeitsplätze als eine v. zwei „Möglichkeiten der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung“ zu definieren⁵⁷, mag im Einzelfall richtig sein, generell besteht aber streng genommen keine Gleichberechtigung der Ziele „Quotenmaximierung“ und „Unternehmenserhalt“.

Diese mangelnde ausdrückliche Sanierungsorientierung der InsO wird einerseits beklagt⁵⁸, andererseits für richtig gehalten⁵⁹, da das Primat der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung über demjenigen der Sanierung und Betriebsfortführung zu stehen habe⁶⁰ und ohnehin jede Sanierung dem Gläubigerinteresse „oberhalb des Zerschlagungswertes“ nutze.

Dies ist nur begrenzt – da nicht immer – richtig. Auflösen lässt sich der vorgenannte und zuweilen – insbesondere bei Entscheidungen nach § 160 InsO (Verkauf an den Bewerber mit dem höheren Gebot bei niedrigerem Arbeitsplatzhalt?) zu Tage tretende vermeintliche Widerspruch – nur mit dem in den Sanierungsbegriff zu implementierenden Nachhaltigkeitsgebot. „Bestmögliche Gläubigerbefriedigung“ ist nicht nur Quotenmaximierung. Wenn eine „Zeitraumbetrachtung“ angelegt wird, also eine Betrachtung der Insolvenzeffekte jenseits der Quote, z. B. der Erhalt des „Kunden“ für Lieferanten, Vermieter und Fiskus, mag ein Unternehmenserhalt bessere Ergebnisse liefern, dies ist dann aber nicht Betrachtungsweise des auf einen Zeitpunkt (nämlich den der Verteilung der Masse) beschränkten Insolvenzverfahrens⁶¹. Insolvenzrichterliche Aufgabe ist es daher, bei einzelnen Entscheidungen die Nachhaltigkeitskomponente von „Sanierung“ zumindest zu ermöglichen oder wahrscheinlicher zu machen, sofern diese die Gläubigerbefriedigung maximiert. „Sanierung“ ist daher im Sinne einer substantiellen Unternehmenserhaltung weit zu verstehen⁶².

Durchaus ist nämlich der Sanierungsansatz in der InsO und ihren Begleitgesetzen an verschiedensten Stellen sublim „adressiert“⁶³: Der Fortführungsauftrag für den (vorläufigen) Verwalter (§ 22 Abs. 1 Ziff. 2 InsO); die Sicherung und der Zusammenhalt der Masse

⁵¹ *Ganter*, NZI 2010, 551; *Geldmacher*, ZInsO 2010, 696, 700 verweist zu Recht darauf, dass die Sanierung derzeit nur „Sekundärziel“ der InsO sei; Lösungsvorschlag durch gesetzliche Klarstellung bei *Frind*, ZInsO 2010, 116.

⁵² *Uhlenbruck*, ZInsO 2013, 2033.

⁵³ *Frind*, ZInsO 2010, 1161; ZInsO 2011, 373, 381; *Kremer/Fahlbusch*, ZInsO 2015, 837, 838.

⁵⁴ Angemahnt wieder jüngst v. *Kremer/Fahlbusch*, ZInsO 2015, 837, 839.

⁵⁵ Vgl. *Buchalik*, ZInsO 2015, 484, 485 mwN.

⁵⁶ So *A. Schmidt* in *HambKomm-InsO*, 5. Aufl., InsO, § 1 Rn. 26, dem wohl folgend LG Leipzig v. 31.5.2013, ZInsO 2013, 1319, 132.

⁵⁷ *Buchalik*, ZInsO 2015, 484, 486.

⁵⁸ *Wöllner*, ZIP 2015, 997, 1005; *Frind*, ZInsO 2011, 373, 381 mwN.

⁵⁹ *Brinkmann/Zipperer*, ZIP 2011, 1337, 1338, da der Gesetzgeber absichtlich nur die Maximierung Gläubigerbefriedigung gewollt habe.

⁶⁰ *Braun/Heinrich*, NZI 2011, 505, 516.

⁶¹ *Buchalik*, ZInsO 2015, 484, 487, der aber darauf verweist, dass dann i. d. R. eine operative Sanierung notwendig ist.

⁶² *Kremer/Fahlbusch*, ZInsO 2015, 837, 839.

⁶³ Aufstellung bei *Bork*, ZIP 2010, 397, 412.

im Eröffnungsverfahren (§§ 21, 22, 166 InsO), deren voraussehbare Verletzung haftungsbeehrt (§§ 208, 61 InsO), das Insolvenzgeld (§ 165 bis § 172 SGB III)⁶⁴, die Zulässigkeit der Beschäftigungsgesellschaft, der Insolvenzplan mit der Notwendigkeit zur Vergleichsrechnung (§§ 217, 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO)⁶⁵ und die Regelungen zum Gläubigerprimat (§§ 22a, 56a, 57, 159, 160, 69, 75 InsO). Es ist daher nicht richtig, Sanierungsbemühungen nicht für eine Regelaufgabe des Insolvenzverwalters zu halten⁶⁶ und diese ohne gesonderte Beauftragung nicht vergüten zu wollen⁶⁷. Vielmehr ist die Sanierungsvorbereitung via Betriebsfortführung selbst sogar auch ein Teil der Angelegenheit des vorläufigen, schwachen Insolvenzverwalters⁶⁸.

Der Insolvenzrichter ist somit gehalten, eine prognostisch die in diesem Sinne bestmögliche Gläubigerbefriedigung sichernde Sanierung zu unterstützen und zu fördern. Am Rande ist darauf hinzuweisen, dass dabei weder die vom Gesetzgeber seit 1999 fortwährenden Änderungen der InsO als „Dauerbaustelle“ in dieser Form hilfreich sind⁶⁹ noch die im Juli 2011 durchgeführte Abschaffung des § 7 InsO⁷⁰, da damit höchstrichterliche Rechtsprechung zu vielen praxisrelevanten Fragen kaum noch erfolgen kann.

II. Sanierungsfördernde oder -sicherstellende Tätigkeiten des Insolvenzrichters

Die insolvenzrichterlichen Tätigkeiten haben sich nach den vorstehenden Ausführungen an folgenden Eckpunkten zu orientieren:

- weitere Gläubigerschädigungen vermeiden
- bestmögliche Gläubigerbefriedigung sichern
- Sanierung als Massemehrung unterstützen
- nachhaltige Sanierung (mit) anstreben.

Dabei darf der Insolvenzrichter nicht generell einer bestimmten „Glaubensrichtung“ in Bezug auf die Auslegung gesetzlicher Normen zuneigen, sondern muss gem. Art. 97 Abs. 1 GG unabhängig wirken und keine Veranlassung zur Besorgnis von Befangenheiten (§§ 4 InsO, 42 ZPO) geben. Es sollte z. B. weder generell „mieter- oder vermietetfreundliche“ noch z. B. „schuldner-“ oder „gläubigerfreundliche“ Richter geben. Es bedarf immer einzelfallgerechter Entscheidungen, die – auch wenn Rechtsmittel nicht immer gegeben sind (§ 6 InsO) – zumindest kurz begründet werden sollten⁷¹. Dies wiederum erfordert die eingehende Beschäftigung mit Anträgen, Gutachten und Eingaben; der insolvenzrechtlich desinteressierte oder zur Arbeitersparnis dem jeweils unterbreiteten Vorschlag unkritisch folgende (und sich gfs. eine „Beliebtheit“ verschaffen wollende) „Durchwink“-Richter versieht seine gesetzliche Aufgabe nicht ordnungsgemäß. Insbesondere muss der Insolvenz-

⁶⁴ Geißler, ZInsO 2013, 531, 533.

⁶⁵ Lehmann/Rühle, NZI 2015, 151, 154; Horstkotte, ZInsO 2014, 1297, 1306.

⁶⁶ Richtigerweise dafür Siemon, ZInsO 21014, 625.

⁶⁷ LG Potsdam v. 5.9.2013, ZInsO 2013, 2512 mit abl. Anmerkung Haarmeyer, ZInsO 2013, 2512.

⁶⁸ Dazu: Borchardt in Borchardt/Frind, Betriebsfortführung, 2. Aufl., Rn. 520 ff.; Frind/Förster, ZInsO 2004, 76; vgl. auch BGH 9. Zivilsenat, Beschl. v. 16.6.2005 – IX ZB 264/03; ZVI 2005, 441.

⁶⁹ Zum Vergleich: Eine erste Änderung der KO erfolgte nach mehr als 20 Jahren nach deren Inkrafttreten, derzeit sind bereits über 46 Änderungen der InsO erfolgt.

⁷⁰ Durch das Gesetz zur Änderung der Zivilprozessordnung (§ 522 ZPO), Beschluss Bundestag 10.7./11.7.2011 (BT-Drs. 17/6406), wurde § 7 InsO ab 27.10.2011 abgeschafft, vgl. ZInsO 31/32-2011, III; ablehnend: Zimmer, ZInsO 2011, 1689; Buchholz, NZI 2011, 584; Frind, ZInsO-Newsletter 5/2011, 1; Kirchhof, ZInsO 2012, 16; zusammenfassend Humberg, ZInsO 2014, 702.

⁷¹ Beth, ZInsO 2012, 1974, 1981.

richter – auch gegenüber langjährig bekannten – Verfahrensbeteiligten (z.B. Verwaltern, Schuldnerberatern) unabhängig bleiben. Auch die Möglichkeit zu Vorträgen und Seminaren darf weder vom „Kerngeschäft“ des Richters ablenken noch bei Entscheidungen eine Rolle spielen.⁷²

Insbesondere in folgenden Tätigkeitsfeldern kann der Insolvenzrichter „sanierungsfördernd“ wirken:

1. Sicherstellung von Kommunikationsmöglichkeiten

Die insolvenzrichterliche Zuständigkeit sollte für Schuldner- wie Gläubigervertreter, z. B. zur Erfragung von Anforderungen an bestimmte Formen von Insolvenzanträgen oder deren Begleitmaterial (z. B. gerichtliche Antragsvordrucke im Regelinsolvenzverfahren; Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 S. 3 InsO, etc.) leicht eruierbar sein. Das Insolvenzgericht sollte die Aufnahme von Kommunikation zu Insolvenzverfahrenseinleitungen ermöglichen und transparent sicherstellen⁷³. Viele Gerichte sind hier wegen der Manipulationsgefahren von buchstabenorientierten Verteilungsmechanismen⁷⁴ in den Geschäftsverteilungsplänen zum sog. „Turnus-Prinzip“ übergegangen, d.h. die Eingänge werden nach dem zeitlichen Eingang jeweils bei den Insolvenzrichtern von einer Eingangsstelle nach einem Turnus „rundverteilt“. Dies sichert eine unabhängige Eingangsverteilung. Zur Sicherstellung einer schnellen richterlichen Erreichbarkeit ist hier in vielen Geschäftsverteilungsplänen bereits verankert worden, dass auch eine allgemeine Anfrage (eine sog. AR-Sache) in diesen Turnus fällt und dann der Richter, der diese zu einem bestimmt zu benennenden Verfahren (ohne einen konkreten Bezug geht es nicht) erhält, für alle folgenden Verfahren zuständig ist („Vorstückregelung“)⁷⁵. Dies erleichtert zum einen verbindliche Informationsvergaben zu späteren Eingängen und ermöglicht zum anderen die schnelle Bestimmung des zuständigen Richters. Eine solche allgemeine Anfrage kann z. B. eine Rückrufbitte eines Schuldnervertreters zum notwendigen Inhalt einer Bescheinigung im Schutzschirmverfahren sein. Eine rasche Klärung dieser Frage ist ohne Zweifel sanierungsfördernd, da der spätere Antrag gleich in zulässiger und vom Gericht gewünschter Weise gestellt und sogleich mit den verfahrensnotwendigen Maßnahmen behandelt werden kann.

2. Der unzulässige Regelinsolvenzeigenantrag mit laufendem Geschäftsbetrieb

Das „ESUG“ wollte die Anzahl frühzeitiger und rechtzeitiger Insolvenzeigenanträge von Unternehmen erhöhen. Es wird zu Recht bezweifelt, ob dies bisher gelungen ist⁷⁶. Nicht zuletzt die komplizierten und teilweise nicht miteinander harmonisierenden, wie auch unklar abgefassten Bestimmungen der §§ 13 Abs. 1, 22a und 56a InsO wirken zuweilen eher sanierungshindernd, da ihre „Abarbeitung“ viel gerichtliche Hinweise und Zeit in Anspruch

⁷² LoPucki, ZInsO 2013, 420 in Analyse der Verhältnisse in USA (Delaware./New York): Folgen eines „Wettbewerbes der Insolvenzgerichte“ um „interessante Verfahren“ (Eigeninteresse der Richter: „Einladungen“).

⁷³ Kölner Insolvenzrichter, ZIP 2014, 2153, 2158; Buchalik/Lojowsky, ZInsO 2013, 1017; Haarmeyer/Buchalik/Haase, Befragung der Insolvenzgerichte zu den §§ 270a und 270b InsO-Verfahren, ZInsO 2013, 26; Obermüller, ZInsO 2011, 1809; Frind, ZInsO-Newsletter 8/2011, 3.

⁷⁴ S. hierzu LoPucki, ZInsO 2013, 420; Siemon, ZInsO 2013, 1861, 1866; s. auch den kritischen Hinweis bei Thole, ZIP 2013, 1937, 1944.

⁷⁵ Buchalik/Lojowsky, ZInsO 2013, 1017.

⁷⁶ S. bereits Schneider/Höpfner, BB 2012, 87; nunmehr verzeichnet die Boston Consulting Group, 3. ESUG-Studie, INDAT-Rep. 3/2015, S. 6 eine Steigerung der gescheiterten Eigenverwaltungsverfahren; Wallner, ZIP 2015, 997, 1000 bilanziert zwar eine gestiegene Zahl früherer Anträge, aber keine gestiegene Sanierungsquote.

nimmt und häufig leerläuft (z. B. bei der Beteiligung bzw. Motivation von Gläubigervertretern an Gläubigerausschüssen).⁷⁷

Das Insolvenzgericht sollte auf Eigenanträge bei Betriebsfortführungsverfahren zügig reagieren, um Sicherheit und „Ruhe“ in das Verfahren zu bringen. Insbesondere an den vom Gesetzgeber in § 13 Abs. 1 S. 3 und S. 7 InsO geregelten Antragsvoraussetzungen scheitern nach wie vor viele Eigenanträge (auch größerer Unternehmen) bereits auf der Zulässigkeitsstufe: notwendige Gläubigerverzeichnisse (die u.a. dem Zweck der gerichtlichen Kenntnis der Gläubigerstruktur zur Bestimmung der Zusammensetzung des Gläubigerausschusses und damit der Umsetzung der §§ 22a, 56a InsO dienen sollten) und die Vollständigkeits- und Richtigkeitsversicherung fehlen immer wieder. Die Rechtsprechung legt zu Recht Wert darauf, dass Gläubiger eindeutig und mit ihren Forderungshöhen benannt werden⁷⁸. Formell sind Anträge, die insofern mangelhaft sind, unzulässig⁷⁹ und es wäre im Grunde gerichtlich nichts zu veranlassen, was in möglichen Fortführungsfällen fatal wäre. Der sanierungsorientierte Insolvenzrichter weiß, dass bereits in den ersten Stunden nach einer Insolvenzantragstellung gegenüber Kunden, Banken und Arbeitnehmern umgehend wichtige Weichenstellungsverlautbarungen notwendig sind und setzt dem unzulänglich agierenden Eigenantragsteller einerseits eine Nachbesserungsfrist⁸⁰, während er andererseits bereits eine Sicherungsmaßnahme ergreift, um die Steuerung des Unternehmens und der Verlautbarungen sicherzustellen. Auch bei einem unzulässigen Antrag ist somit, wie beim Antrag ohne eindeutige Zuständigkeitskenntnis des Gerichtes, eine Sicherungsmaßnahme statthaft⁸¹, denn dies gilt selbst dann, wenn das Gericht über seine Zuständigkeit zweifelt⁸². Im Mittelpunkt richterlicher Eilentscheidung muss stehen: Ein laufender Geschäftsbetrieb sollte nicht für den zeitlichen Bereich der Nachbesserungsfrist quasi „führungslos“ (die antragstellende Geschäftsführung wartet in der Regel auf die gerichtliche Maßnahme) sich selbst überlassen werden. Verfehlt ist daher die Kritik, das Gericht würde durch schnelle Maßnahmen Gläubigermitwirkung unterlaufen⁸³ und umgekehrt richtig ist, dass dies bereits durch den mangelhaften Schuldnerantrag angelegt ist.

⁷⁷ S. Gravenbrucher Kreis v. 13.10.2015, NZI 21/2015, VII = ZInsO 2015, 2173; *Harbrecht*, FS Beck, S. 255 ff.

⁷⁸ Rechtsform, ladungsfähige Anschriften, Vertretungsverhältnisse: AG Mannheim v. 21.2.2014, ZIP 2014, 484; LG Potsdam v. 4.9.2013, ZInsO 2013, 2501. Bei der Forderungshöhe sind die Hauptforderungshöhen zu nennen, Angaben zu Zinsen und Kosten können nicht verlangt werden (*Blankenburg*, ZInsO 2013, 2196, 2197).

⁷⁹ BT-Drs. 17/5712, S. 23; AG Hamburg v. 1.6.2012, ZInsO 2012, 1482; *Obermüller*, ZInsO 2012, 19; *Göb*, NZG 2012, 371; *Kübler-Neußner*, HRI, 2. Aufl., § 6 Rn. 70; *Beth*, NZI 2014, 488; *Blankenburg*, ZInsO 2013, 2198; a. A. *Müller/Rautmann*, ZInsO 2012, 918; *Gundlach* in K. Schmidt, InsO, 18. Aufl., § 13 Rn. 19; *Rönnau/Wegner*, ZInsO 2014, 1025, 1030; *N. Schmidt*, ZInsO 2014, 2352. Zu § 13 Abs. 1 Satz 7 InsO vgl. einerseits *MüKoInsO/Schmahl/Viia*, 3. Aufl., § 13 Rn. 110 und andererseits (nicht notwendig) *Rönnau*, ZInsO 2014, 1025, 1030.

⁸⁰ AG Hamburg v. 1.6.2012, ZInsO 2012, 1482; *Marotzke*, DB 2012, 560, 566; *Rönnau*, ZInsO 2014, 1025; *Kübler-Neußner*, HRI, 2. Aufl., § 6 Rn. 72.

⁸¹ *Frind*, ZInsO 2012, 386, 387; wie bei § 3 Abs. 1 InsO; *FK-InsO/Schmerbach*, InsO, 8. Aufl., § 13 Rn. 201; bei drohenden Nachteilen ja: *Kölner Insolvenzrichter*, ZIP 2014, 2153, 2154; unklar *Linker* in *HambKomm-InsO*, 5. Aufl., § 13 Rn. 30; Abwägung; zweifelnd: *Zipperer*, NZI 2012, 385, 388; abl. *Blankenburg*, ZInsO 2013, 2196, 2198; *Beth*, NZI 2014, 487, 488.

⁸² LG Göttingen v. 31.1.2008, NZI 2008, 191; BGH v. 13.12.2007, NZI 2007, 344 = ZInsO 2007, 440; dazu: *Wébel*, EWiR 2008, 181; *Thiemann*, DZWIR 2007, 347; so auch BGH v. 22.4.2010 – IX ZB 217/09, NZI 2010, 680.

⁸³ *Hunkemöller*, INDAT-Report 7/2012, 24.

3. Der terminierte Eröffnungszeitpunkt

Häufig wünscht der Insolvenzsachverständige die Eröffnung eines Verfahrens am ersten Tag eines Monats und teilt dem Insolvenzgericht darüber hinaus zuweilen frühzeitig mit, dass trotz kostendeckender Masse (das Eröffnungsverfahren wäre mithin im Sinne der ZPO „entscheidungsreif“ (§§ 4, 26 Abs. 1 InsO, § 300 Abs. 1 ZPO) eine Gutachtenabgabe erst kurz vor diesem Termin beabsichtigt ist. Beide Vorgehensweisen sind sanierungsförderlich und gefährden die bestmögliche Gläubigerbefriedigung nicht: Zum einen wird die Abrechnung des Insolvenzgeldzeitraumes durch Eröffnung auf den Monatsersten deutlich erleichtert, zum anderen kann das Insolvenzgeld (vorausgesetzt eine frühzeitige Antragstellung mit nicht zu vielen rückständigen Monaten ist erfolgt) „ausgeschöpft“ werden. Eine Verfahrenseröffnung am „Monatsersten“ anzuregen, um Abrechnungen von Löhnen zu erleichtern, ist statthaft⁸⁴. Auch können andere Fragen der Betriebsfortführung oder Möglichkeiten für eine Massemehrung ein Hinauszögern der Eröffnungsentscheidung trotz gegebener Eröffnungstatbestände gebieten (z. B. Erhalt einer massehaltigen Position der Schuldnerin (z. B. der drohende Lizenzverlust bei Sportvereinen⁸⁵). Das Ausschöpfen des Insolvenzgeldzeitraumes begegnet keinen Bedenken⁸⁶. Das Insolvenzgeld hat demnach eine „Sanierungsfunktion“ bzw. einen Subventionseffekt⁸⁷. Seine Nutzung ist allerdings nur bei einer absehbaren Sanierungsperspektive zulässig⁸⁸; dazu gehört auch, das Unternehmen verkaufsfähig zu halten⁸⁹. Der Dreimonatszeitraum findet sich in der InsO auch in §§ 169 S. 2, 21 Abs. 2 Nr. 5 und 270b Abs. 1 S. 2 InsO; der Gesetzgeber ist somit von einer regelhaften Dauer des Eröffnungsverfahrens von zumindest drei Monaten ausgegangen.

Eine gesetzliche Verkürzung des Insolvenzeröffnungsverfahrens wäre nicht sinnvoll, da hier die Weichen für eine Betriebsuntersuchung und dann eine Betriebsfortführung gestellt werden müssen. Eine „überstürzte“ Eröffnung macht wenig Sinn, wenn das Verfahren noch keine Perspektive gefunden hat, zumal die Haftungsgefahr für den Verwalter durch den Wechsel in die Stellung des „Voll-Verwalters“ dadurch sofort steigt⁹⁰. Der Gesetzgeber hat eine gewisse Verzögerung der Eröffnung bei Nutzen für die Gläubiger ausdrücklich als zulässig angesehen⁹¹. Sachgerecht ist ein Hinauszögern der Verfahrenseröffnung bei gegebenen Eröffnungsvoraussetzungen aber nur, wenn die Fortdauer des Eröffnungsverfahrens eine Mehrung der Masse verspricht und keine Schädigung von möglichen Massegläubigern eintritt. Dies kann mit der Anordnung der vorläufigen „starken“ Insolvenzverwaltung oder mit „Einzelermächtigungen“ (s. II.4) weitgehend verhindert werden. Die Verzögerung der Eröffnung darf aber nicht gezielt in die Rechte Dritter (denen eine Beteiligungsmöglichkeit am Verfahren fehlt) eingreifen bzw. zwischen Schuldner und Dritten geltende Rechtsnormen nicht außer Acht lassen⁹².

⁸⁴ Vallender, ZInsO 2010, 1457, 1461.

⁸⁵ Zeuner/Nauen, NZI 2009, 213 f.

⁸⁶ Vgl. AG Hamburg ZIP 2001, 1885; AG Hamburg ZInsO 2004, 630; AG Hamburg v. 27.11.2007, ZInsO 2008, 52 = ZIP 2008, 520; LG Hamburg ZInsO 2007, 335, 336; Poertzgen, NZI 2010, 75, 77; Münzel, ZInsO 2006, 1238; HambKomm-InsO/Schröder, 5. Aufl., § 27 Rn. 9; FK-InsO/Schmerbach, 8. Aufl., § 27 Rn. 12, Jaeger/Schilken, § 27 Rn. 9; Spliedt, EWiR 2001, 1099; Frind, EWiR 2003, 24; a. A. aber überholt: OLG Koblenz v. 26.10.2006, NZI 2007, 113, 116; Insolvenzgeld dient nicht der Erhöhung der Masse; Bork, Einführung ins Insolvenzrecht, 2005, 4. Aufl., Rn. 112; KPB/Pape, § 27 Rn. 56; HK-InsO/Kirchhof, 7. Aufl., § 27 Rn. 16; Marotzke, ZInsO 2004, 187.

⁸⁷ Geißler, ZInsO 2013, 531, 533.

⁸⁸ Kremer/Fahlbusch, ZInsO 2015, 837, 838.

⁸⁹ Kremer/Fahlbusch, ZInsO 2015, 837, 839.

⁹⁰ Frind, ZInsO 2011, 1569, 1571 ff.

⁹¹ BT-Drs. 12/7302, S. 158.

⁹² Münzel, ZInsO 2006, 1238, 1242.

4. Sanierungsförderung durch gerichtliche Ermöglichung der transparenten Begründung von Masseverbindlichkeiten im herkömmlichen Insolvenzeröffnungsverfahren

Um eine Betriebsfortführung zu stabilisieren, ist es vordringliche Aufgabe des vorläufigen Insolvenzverwalters, die Kunden und Lieferanten des Unternehmens „bei der Stange zu halten“⁹³. Hinsichtlich der Lieferanten wird nachvollziehbarer Weise eine gesicherte Position als Massegläubiger angestrebt, denn nicht immer wird der vorläufige Verwalter unanfechtbare Bargeschäfte durch zeitnahe Zahlung bewirken können⁹⁴. Das Insolvenzgericht kann diese Stabilisierung deutlich unterstützen, indem die Begründung von Masseverbindlichkeiten bei der zur Vermeidung der persönlichen Haftung des Verwalters (§ 61 InsO) am häufigsten gewählten „schwachen“ vorläufigen Verwaltung einerseits transparent⁹⁵ und andererseits kontrolliert erfolgt oder der vorläufige Verwalter zusätzliche Befugnisse zur Ermittlung oder zum Schutz von Massegegenständen erhält⁹⁶.

Die Rechtsprechung des BGH hat hierzu das Instrument der „Einzelermächtigung“ des vorläufigen Verwalters zur Verfügung gestellt. Die sanierungsunterstützende Funktion dieser Entscheidung wird nach wie vor nicht genügend gewürdigt. Der BGH hat in dieser grundlegenden an § 22 Abs. 2 InsO anknüpfenden Entscheidung v. 18.7.2002⁹⁷ in Anbetracht der vorher teilweise von den Gerichten benutzten, zweideutigen Anordnungsbeschlüsse auf die deutliche Abgrenzung der im Eröffnungsverfahren entstehenden Massegläubiger Wert gelegt und mit dem Instrument der „Einzelermächtigung“ eine praktikable und vor allem die Haftungsfortführung notwendige in Anspruch genommene Lieferanten in den Stand von Massegläubigern „zu erheben“⁹⁸. Diese BGH-Entscheidung ist keineswegs vereinzelt geblieben, sondern in der Folgezeit vom BGH – von der Insolvenzpraxis häufig unbemerkt – zu verschiedenen Verfahrensgestaltungen bestätigt worden⁹⁹. Verschiedene Insolvenzgerichte haben zu Recht diese Rechtsprechung zum Gegenstand entsprechender nach § 58 Abs. 1 InsO zu beachtender genereller Leitlinien gemacht¹⁰⁰. In der Literatur ist

⁹³ Borchardt in Borchardt/Frind, Betriebsfortführung, 2. Aufl., Rn. 528 ff.

⁹⁴ Dazu AG Hamburg v. 21.1.2014, ZIP 2014, 1091; vgl. Ganter, ZIP 2012, 2037 zu Dienstleistungsgeschäften; ders., NZI 2012, 433 zum haftungsträchtigen „Nullmodell“.

⁹⁵ Diese Anforderung wird durch das hierzu in Konkurrenz stehende „Treuhandmodell“ häufig nicht erfüllt, vgl. Frind, ZInsO 2003, 778 f. und ZInsO 2004, 470; ders., ZInsO 2004, 840; ders., ZInsO 2005, 1296 ff.; Pape, ZInsO 2003, 1061, 1062; ZInsO 2004, 237, 243; Fleckner, ZIP 2004, 585, 588 f.; Mönning/Hage, ZInsO 2005, 1185; Werres, ZInsO 2005, 1233; Windel, ZIP 2009, 101 ff.; Küpper/Heinze, ZInsO 2010, 214, 218; ablehnend zum Treuhandkonto: „Heidelberger Leitlinien“, NZI 2009, 593, 59; BAKInso-Herbsttagung 2010, Entschließung v. 15.11.2010, ZInsO 2011, Heft ½, III = InsVZ 2010, 446 = NZI Heft 24/2010, VII; a. A. Ganter, NZI 2012, 433; Laroche, NZI 2010, 965, 973, die das Treuhandkontenmodell nicht als „Konkurrenz“ zur Einzelermächtigung ansehen.

⁹⁶ Laroche et al, FS Vallender, 311, 318.

⁹⁷ ZInsO 2002, 819 = NJW 2002, 3326.

⁹⁸ Befürwortend: Frind, InsbÜrO 2014, 217; Zipperer, NZI 2012, 385, 390 (auch anstelle des gem. § 160 Abs. 2 Ziff. 2 InsO zu Genehmigung berufenen Gläubigerausschusses bei Darlehensaufnahme); Laroche, NZI 2010, 965; Ries, ZInsO 2009, 2030; Küpper/Heinze, ZInsO 2010, 214, 218; ausführlich: Adam, DZWIR 2007, 357.

⁹⁹ S. auch BGH v. 4.12.2014, ZInsO 2015, 261; BGH v. 16.5.2013, ZInsO 2013, 1516; BGH v. 15.3.2012, ZInsO 2012, 693; BGH v. 7.5.2009, NZI 2009, 475 = ZInsO 2009, 1102; BGH v. 20.9.2007, ZInsO 2007, 1228 = NZI 2008, 39; BGH v. 13.7.2006, ZIP 2006, 1641 = ZInsO 2006, 938; AG Montabaur v. 27.12.2012, ZInsO 2013, 397.

¹⁰⁰ „Heidelberger Leitlinien“, NZI 2009, 593; „Hamburger Leitlinien“, ZInsO 2004, 24 = NZI 2004, 133.

die sanierungsfördernde Wirkung der Nutzung dieser Rechtsprechung mehrfach betont worden¹⁰¹.

Kernaspekt dieser Rechtsprechung und Leitlinien sind aus Sicht des Sanierungsgedankens die mit der Einzelermächtigungsbewilligung verbundene rechtzeitige und transparente Liquiditätskontrolle durch das Insolvenzgericht. Richtig ist daher die Anforderung, dass Gläubiger im Beschluss individualisierbar und mit genauer Bezeichnung der neuen Verbindlichkeiten zu benennen sind, sonst ist der Antrag zurückzuweisen¹⁰². Die genaue Bezeichnung dient der späteren Schlussrechnungskontrolle, sonst ist Streit zur Abgrenzung vorprogrammiert. Die einzureichende Liquiditätsvorschau wird sich an den vom BGH entwickelten Anforderungen einer Haftungsexkulpationsvorschau im Sinne des § 61 S. 2 InsO zu orientieren haben¹⁰³ und stellt damit zugleich im Falle späterer Masseunzulänglichkeit (§§ 208, 61 InsO) die „Verteidigungsentlastung“ des Insolvenzverwalters dar. Der dies verlangende Insolvenzrichter sichert damit die Nachhaltigkeit einer bestmöglichen Gläubigerbefriedigung im eröffneten Verfahren ab, indem sinnlose Betriebsfortführungen unterbleiben und die Gefahr der Masseunzulänglichkeit bereits im Ansatz minimiert wird. Die Betriebsfortführung „ins Blaue“ ist ein Haftungsfall für den (vorläufigen) Verwalter¹⁰⁴.

Der zuständige Insolvenzrichter soll danach eine Einzelermächtigung nur erteilen, wenn diese zusammen mit einer Liquiditätsprognose vom vorläufigen Verwalter beantragt wird, welche aufzeigt, dass nach derzeitiger Kalkulations- und Erkenntnislage, die in Anspruch genommenen Lieferanten auch bezahlt werden können¹⁰⁵. Die gerichtliche Kontrolle sollte und kann sich somit nicht auf die Zweckmäßigkeit der in Anspruch genommenen Lieferanten beziehen¹⁰⁶, sondern die vorgenannte Anforderung nur sicherstellen.¹⁰⁷ Eine „Mithaftungsgefahr“ des Insolvenzrichters besteht dabei nicht¹⁰⁸. Denn es ist nur eine Nachvollziehbarkeit der Ergebnisse der Liquiditätsplanung des vorläufigen Verwalters vom Gericht gefordert, keine vollständige Überprüfung (die dem Richter in der Eilsituation gar nicht möglich wäre)¹⁰⁹.

Der sanierungsorientierte Insolvenzrichter wird daher dem vorläufigen Verwalter (und letztlich dem Unternehmen und seinen Lieferanten) Einzelermächtigungen nicht verwehren, auch wenn deswegen die Akte im Verlauf des Eröffnungsverfahren mehrfach vorgelegt werden muss, um sukzessiv Ermächtigungen zu erlangen. Das Gericht darf den Antrag auf Einzelermächtigung nicht ablehnen, weil eine Vielzahl von Lieferanten aufgelistet wird, allenfalls kann es aus Zeitgründen der Prüfungsdauer eine vorl. „starke“ Verwaltung anregen¹¹⁰. An-

¹⁰¹ Dieses Modell ist auch tauglich, um im Rahmen einer Fortführungsvereinbarung mit Kunden diesen zugeordnete Leistungen zu sichern (*Schluck-Amend/Seibold*, ZIP 2010, 62, 68). *Küpper/Heinze* (ZInsO 2010, 214, 218) zeigen eine Reihe von Beispielen auf, in denen Einzelermächtigungen notwendig, sinnvoll oder nicht notwendig sind (s. auch *Laroche*, NZI 2010, 965).

¹⁰² AG Ludwigshafen v. 10.4.2014, ZInsO 2014, 853, 854: Leasinggegenstände; bei Versorgern: Verbrauchsstelle.

¹⁰³ BGH v. 17.12.2004, ZIP 2005, 311 = ZInsO 2005, 205.

¹⁰⁴ Vgl. LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 4.1.2011, ZInsO 2011, 688; *Uhlenbruck/Vallender*, InsO, 14. Aufl., § 58 Rn. 10, 25.

¹⁰⁵ *Borchardt/Frind/Frind*, Betriebsfortführung, 2. Aufl., Rn. 360 f. zur korrekten Antragstellung.

¹⁰⁶ *HambKomm-InsO/Frind*, a.a.O., § 58 Rn. 4 mwN; *Laroche*, NZI 2010, 965, 969.

¹⁰⁷ *Heyn* (aus Sicht des Insolvenz Sachbearbeiters), *InsbürO* 2010, 134, 135; zur Erstellung mit Beispiel: *Staufenbiel/Karlstadt*, ZInsO 2010, 2059; *Undritz*, NZI 2007, 65, 71 (zum Prognose-Ermessensspielraum); *HK-InsO/Kirchhof*, 7. Aufl., § 22 Rn. 56; *Kirchhof*, ZInsO 2004, 57, 59; *Vallender*, KTS 2005, 283, 325.

¹⁰⁸ *Laroche*, NZI 2010, 965, 971; *HambKomm-InsO/Frind*, InsO, 5. Aufl., § 58 Rn. 4.

¹⁰⁹ *Laroche*, NZI 2010, 965, 971; *HambKomm-InsO/Frind*, InsO, 5. Aufl., § 58 Rn. 4; dies verkennend: *Horstkotte/Martini*, ZInsO 2010, 750.

¹¹⁰ *Laroche*, NZI 2010, 965, 970.