

RUNDTISCHGESPRÄCH. Ein Blick zurück auf die WHOA mit fünf Beobachtern

HELD 2023 / P-003

25. Januar 2023

Ein Bericht über ein Rundtischgespräch mit Umstrukturierungsexperten über ihre Erfahrungen mit der WHOA wurde bereits in dieser Ausgabe veröffentlicht. Ein Bericht über das Rundtischgespräch mit Richtern aus dem WHOA-Pool wird in Kürze auf [HERO](#) erscheinen.

Dieser Artikel spiegelt unsere Diskussion am runden Tisch mit fünf Beobachtern (alle Rechtsanwälte) wider. Die teilnehmenden Beobachter waren Angelina Bakker (Mitarbeiterin von Resor), Kees van den Bergh (Mitarbeiter von Herik Verhulst Rechtsanwälte), Johan Westerhof (Mitarbeiter von HVG Law), Daan Schalken (Mitarbeiter von BG Legal) und Kees van de Meent (Mitarbeiter von Florent).

In allen Fällen handelte es sich bei ihrer Bestellung als Beobachter um geschlossene Einigungsverfahren im Sinne von § 369 Fw. Daher werden die Verfahren, in denen sie tätig waren, ohne Namensnennung und ohne Zuordnung zu bestimmten Fällen oder Personen beschrieben.

Wie und aus welchem Grund wurden Sie als Beobachter bestellt? Wie ist das Verfahren abgelaufen?

Angelina Bakker (AB): Ich wurde vom Bezirksgericht Amsterdam bestellt, und das war die allererste Bestellung als Beisitzerin. Meine Ernennung stand im Zusammenhang mit einem Antrag auf Erklärung einer Bedenkzeit nach § 376 Fw. Dieser Antrag war gestellt worden, um einen Konkursantrag von einigen Mitarbeitern des Unternehmens zu lähmen. Von diesen Mitarbeitern gab es Signale, dass es zu Unregelmäßigkeiten kommen würde. Dies veranlasste das Gericht, einen Beobachter zu bestellen. Nach Ablauf der Bedenkzeit gab es immer noch keinen konkreten Vorschlag und keine Aussicht auf eine Einigung. Nachdem ich dies gegenüber dem Gericht zum Ausdruck gebracht hatte, verlängerte das Gericht die Bedenkzeit nicht. Kurze Zeit später wurde der Konkurs eröffnet.

Kees van den Bergh (KB): Meine Ernennung war die erste Ernennung als Beobachter durch das Bezirksgericht Zeeland-West-Brabant. Es ging um eine Gruppe von sechs Unternehmen. Eines dieser Unternehmen hatte einen Konkursantrag gestellt. Meine Ernennung stand auch im Zusammenhang mit einem Antrag auf eine Bedenkzeit. Der Grund für meine Ernennung wurde erst kürzlich festgestellt. Meine Aufgabe bestand daher zum Teil auch darin, zu prüfen,

ob diese Sicherheiten rechtsgültig waren. Insgesamt dauerte die Cooling-off-Periode maximal acht Monate.

Schließlich wurde auch eine Vereinbarung zur Abstimmung und ein Antrag auf Homologation vorgelegt. Allerdings war die Klasseneinteilung nicht korrekt. Auch darauf habe ich in meiner Stellungnahme an das Gericht hingewiesen (nachdem ich auch den Anwalt des Schuldners darauf aufmerksam gemacht hatte). Der Homologationsantrag wurde daraufhin zurückgezogen, und die Unternehmen wurden in den Konkurs geschickt.

Johan Westerhof (JW): Auch ich hatte eine Premiere, nämlich den ersten Beobachter, der vom Bezirksgericht der Zentralniederlande bestellt wurde. Meine Ernennung erfolgte auf Antrag des Schuldners selbst. Der Anwalt des Schuldners war der Meinung, dass die Ernennung eines (unabhängigen) Beobachters für das Verfahren von Vorteil sein würde. Es gab keine Bedenkzeit. Es handelte sich um ein relativ kleines Unternehmen, das einfach zu viel Geld hatte. Das Verfahren führte zu einer erfolgreichen Vereinbarung, die genehmigt wurde.

Daan Schalken (DS): Ich wurde auf Initiative des Bezirksgerichts Breda ernannt. Das Gericht rief mich an, weil es einen Beobachter von außerhalb des Bezirks wollte. Es war die Rede davon, dass ein großer Gläubiger ankündigte, gegen eine Vereinbarung zu stimmen. Ich glaube, das war der Grund für die Ernennung eines Beisitzers.^[1] In dem Fall ging es um eine Kommanditgesellschaft mit einer natürlichen Person als geschäftsführendem Gesellschafter. Das Gericht lehnte die Genehmigung des Vergleichs aus formalen Gründen ab, woraufhin der Schuldner für insolvent erklärt wurde. Das ist an sich schade, denn die Gläubiger sind bei diesem Konkurs wahrscheinlich schlechter gestellt.

Kees van de Meent (KM): Meine Bestellung betraf ein Reiseunternehmen. Der Grund für meine Bestellung war, dass eine Reihe von Gläubigern einen Konkursantrag gestellt hatte. Das Bezirksgericht Amsterdam bestellte mich zum Beobachter. Der Schuldner bat um eine Bedenkzeit. Die Verhandlungen über einen Vergleich gestalteten sich schwierig. Da der Schuldner erst sehr spät eine Fristverlängerung beantragt hatte, war die Bedenkzeit irgendwann abgelaufen, bevor das Gericht über eine Verlängerung entscheiden konnte. Das Gericht lehnte daraufhin den Antrag auf Fristverlängerung ab, woraufhin der Schuldner für insolvent erklärt wurde.

In keinem der Fälle, in denen der Vergleich scheiterte und der Konkurs folgte, wurde der Beobachter zum Treuhänder ernannt. Dies scheint ein Grundsatz zu sein und ist überraschend. *KM:* Ist es nicht offensichtlich, dass man zum Konkursverwalter ernannt wird? *KB:* Da stimme ich mit Ihnen überein. In dem Beitrag im WHOA-Band: "three modes of WHOA" wird dies auch erwähnt^[2]. Meiner Meinung nach ist es eine Form der Kapitalvernichtung, jemand anderen als den Beobachter zum Verwalter zu ernennen.

Nach § 380 Abs. 4 i. V. m. § 371 Abs. 10 FwG bestimmt das Gericht die Vergütung des Beisitzers und den Höchstbetrag, den die Arbeit des Beisitzers kosten darf (Budget). Wie haben Sie und das Gericht dies in der Praxis gehandhabt?

JW: In meinem Fall beinhaltete mein Termin ein Budget. Nach der Ernennung habe ich dann ein entsprechendes Budget erstellt. Das war dann auch die Endabrechnung.

Das ist nicht die Erfahrung der anderen Beobachter. Sie haben nach der Ernennung einen Haushaltsplan erstellt, und das Gericht hat dann einen Haushaltsplan festgelegt.

DS: In meinem Fall wusste das Gericht nicht, wie hoch das Budget sein sollte. Mir wurde dann nur der Name des Unternehmens genannt mit der Bitte, ein Budget zu schicken. Ich habe dann - nach einer ersten Bestandsaufnahme - um eine Frist von vierzehn Tagen gebeten, um ein Budget zu erstellen. Auf dieser Grundlage setzte das Gericht ein Budget fest. *KM:* In meinem Fall gab mir das Gericht drei Wochen Zeit, um ein Budget zu erstellen. Das Gericht hat dann auf dieser Grundlage ein Budget festgelegt. Infolgedessen befand ich mich lange Zeit in der Schwebe. Als das Gericht den Haushalt festsetzte, war die Bedenkzeit fast vorbei.

Alle teilnehmenden Beobachter stützten ihr Budget auf die (an die Größe des Unternehmens angepasste) Konkursquote. In Fällen, in denen eine Bedenkzeit erklärt worden war, war das Budget immer auf die ursprünglich erklärte Bedenkzeit beschränkt (d. h. ohne Verlängerungen). Mit einer Ausnahme legten die Beobachter dem Schuldner das Budget im Voraus vor.

Die Beobachter haben - entsprechend der Möglichkeit des § 371 Abs. 10 Fw - einen Vorschuss auf die veranschlagten Kosten übermittelt. *RD:* Ich habe die erforderlichen Vorbehalte in meinen Haushaltsplan aufgenommen. Das Verfahren hat in meinem Fall sehr lange gedauert. Ich habe Zwischenanträge auf Budgeterhöhungen bei Gericht eingereicht.

Für die Beobachter erwies es sich als schwierig, das Budget im Voraus zu planen. Das einem Beobachter zugewiesene Budget reichte für eine kurze Flugstrecke aus, wobei die Arbeit des Beobachters letztlich begrenzt war. Bei den anderen Flughäfen erwies sich das Budget bald als zu knapp.

Die Aufgabe des Beobachters ist im Gesetz recht allgemein definiert (§ 380 Fw) ("Überwachung der Durchführung des Vergleichs mit Rücksicht auf die Interessen der Gesamtgläubiger"). Hat Ihnen das genügend Anhaltspunkte gegeben und wie haben Sie es ausgelegt?

KM: Anfangs habe ich die Ausarbeitung der Vereinbarung aus der Ferne überwacht. Ich habe aber bald festgestellt, dass man dann zu wenig weiß, um seine Rolle sinnvoll auszufüllen. Dann habe ich trotzdem angefangen, die Dokumente im Detail zu lesen. Über den Anwalt habe ich Dokumente angefordert. Anfänglich zögerte ich, alle angeforderten Dokumente weiterzugeben. Der Anwalt des Schuldners will auch den Haushalt im Auge behalten und hat allein schon deshalb ein Interesse daran, nicht alles zu teilen. Schließlich habe ich in Absprache mit dem Anwalt des Schuldners ein Protokoll über die Kommunikation und die Weitergabe von Unterlagen erstellt; was sollte man als Beobachter haben und was nicht (z. B. nicht alle E-Mails). *JW:* Bei der Vorbereitung habe ich mich sehr stark auf den Schuldner und seinen Anwalt konzentriert, ohne mir vorher einen Überblick darüber zu verschaffen, welche Informationen ich haben wollte. Ich denke, es ist eine gute Idee, ein solches Protokoll zu erstellen.

Eine wichtige Frage für die Beobachter ist, inwieweit eine Legitimationsprüfung Teil der

Beobachteraufgabe ist und wie weit sie gehen sollte. Dabei ist eine solche Untersuchung arbeitsintensiv und kostet somit (zusätzliche) Zeit und Geld.

AB: Die Aufgabe des Beobachters ist es, die Interessen der Gläubiger zu schützen. Der Ausgangspunkt ist, dass die Gläubiger durch eine WHOA-Vereinbarung nicht schlechter gestellt sein sollten als bei einem Konkurs. In diesem Zusammenhang ist es auch wichtig, mögliche betrügerische Handlungen in der Verwaltung und mögliche Gründe für die Haftung der Geschäftsführer zu prüfen. Eine mögliche Haftung der Unternehmensleitung im Konkursfall kann zu Erlösen für die Masse und die Gläubiger führen und ist aus diesem Grund wichtig. Es ist ein heikles Thema in der Beziehung zum Schuldner, aber ich habe aus diesem Grund (begrenzte) Nachforschungen zur Legitimität angestellt. Ich denke auch, dass man das als Beobachter tun muss (vor allem bei einer Liquidationsvereinbarung). **RD:** In meinem Fall handelte es sich um eine Sanierungsvereinbarung, und ich habe auch eine begrenzte Legitimationsprüfung hinsichtlich möglicher Gründe für die Haftung der Geschäftsführer durchgeführt. **KM:** Das habe ich auch getan. Das gehört dazu, um die Interessen der Gläubiger im Auge zu behalten. Als Beobachter hat man jedoch nur ein begrenztes Budget, das eine vollständige Rechtmäßigkeitsuntersuchung nicht zulässt. Als Beobachter führt man diese Untersuchung nicht umfassend durch. Als Treuhänder würde ich meine Rolle fortsetzen und weitere Nachforschungen anstellen. In der Praxis lief es für mich darauf hinaus, Fragen zu stellen. **AB:** Es ist wichtig, die Frage einzubeziehen, ob die Geschäftsführer im Falle einer Haftung der Geschäftsführer für Abhilfe sorgen. **KM:** Dem stimme ich zu, also fragen Sie nach der Haftpflichtpolice. Das ist sehr wichtig.

DS: Ich habe auch ein wenig recherchiert und darüber in meiner Stellungnahme an das Gericht berichtet. **KM:** Ich auch. Wenn man als Beobachter in seiner Stellungnahme nicht darauf eingeht, weiß das Gericht nichts davon. Ich habe aufgeschrieben, was ich beobachtet habe. **JW:** Das Gericht berührt es also doch. **KM:** Ja, aber so ist es. Ich werde von den Gläubigern angegangen, wenn es Unregelmäßigkeiten gibt, die ich meiner Meinung nach nicht erwähnt habe. **KB:** Nach der parlamentarischen Geschichte ist die vom WHOA gebotene Möglichkeit, einen Beobachter zu benennen, teilweise ein Mittel gegen die missbräuchliche Verwendung des WHOA. Es wäre schön gewesen, wenn eine ähnliche Bestimmung wie § 68(2) Fw in Bezug auf das WHOA in das Gesetz aufgenommen worden wäre. **KM:** Ich stimme dem zu.

Während des Treffens wiesen die Teilnehmer außerdem darauf hin, dass man argumentieren könnte, dass ein Beobachter auch die Liste der Gläubiger überprüfen sollte. Schließlich kann es auf der Liste Gläubiger geben, die bei einer Abstimmung einen relevanten Einfluss haben, aber in Wirklichkeit keine Forderung haben und deshalb zur Beeinflussung der Abstimmung herangezogen werden. In jedem Fall sollte ein Beobachter kritisch gegenüber Positionen von Gläubigern sein, die ihnen eine entscheidende Stimme geben.

Gemäß § 376(5) und (11) und § 384(7) der Fw gibt der Beobachter eine Stellungnahme zu einem Antrag auf Verlängerung der Bedenkzeit und der Zulassung einer Vereinbarung ab. Wie haben Sie dies interpretiert?

DS: Ich habe damit gerungen, wie der Blickwinkel sein sollte. Soll man als Beobachter aufschreiben, was man gesehen ("beobachtet") hat, oder soll man auch eine Position einnehmen oder eine Meinung abgeben. **JW:** Ich hatte auch Probleme mit dem Blickwinkel und damit, was die Richter verlangen. Ich habe eine positive Stellungnahme (für die Homologation) in meine

Ansicht aufgenommen. Das Gericht ist dieser Meinung gefolgt.

KM: Ich fand es auch schwierig, den Standpunkt zu schreiben. Es steht nirgends, dass eine Stellungnahme zu einer Position oder Meinung führen muss. Ich war in meiner Stellungnahme recht kritisch in dem Sinne, dass ich kritische Beobachtungen mit dem Gedanken teilte, dass es dem Gericht obliegt, daraus Schlussfolgerungen zu ziehen

dazu. Meine kritischen Bemerkungen führten zu einer langen Anhörung. Während der Anhörung wurde ich vom Gericht aufgefordert, etwas Substanzielles zu finden.

DS: Das ist auch meine Erfahrung. Ich habe mich auch neutral verhalten, aber während der Anhörung hat mich das Gericht um eine inhaltliche Stellungnahme gebeten. Das Gericht ist dabei ziemlich weit gegangen. Das Gericht hat detaillierte Fragen zu verfahrensrechtlichen Aspekten gestellt, bis hin zu der Frage, ob ich geprüft habe, ob und wie die Vereinbarung allen einzelnen Gläubigern vorgelegt wurde. Das macht den Beisitzer zu einem Vestibül für das Gericht und auch zu einem "Berater des Gerichts". Ich frage mich, wie weit die Beobachterrolle nun geht und ob das Gericht nicht zu viel von einem Beobachter erwartet. Das vom Gericht zugewiesene Budget ist recht begrenzt. Ist sich das Gericht darüber im Klaren, dass das Budget es dem Beobachter nicht erlaubt, die Kommunikation mit allen Gläubigern zu führen?

KB: Ich denke schon, dass man als Beobachter in der Stellungnahme auch inhaltlich Stellung beziehen sollte. In meinem Fall war die Klasseneinteilung meiner Meinung nach nicht korrekt, und ich habe dies in meiner Stellungnahme erwähnt.

JW: Alle sind noch auf der Suche. *AB:* Ja, das ist richtig. Es war wirklich bahnbrechend. Ich wurde gebeten, nach zwei Wochen einen ersten Überblick aufzuschreiben. Bis dahin hatte ich jedoch noch keinen vollständigen Überblick. Also nannte ich diesen ersten Überblick Vorbericht und kombinierte ihn mit meinem Budget.

Haben Sie dem Schuldner und den betroffenen Gläubigern Ihre Meinung mitgeteilt?

DS: Meiner Ansicht nach schließt die Abgeschlossenheit des WHOA-Verfahrens einen Meinungsaustausch mit den an dem Vergleich beteiligten Gläubigern nicht aus. Auf meinen Antrag hin wurden meine Ansichten vor der Anhörung im Datenraum aufgezeichnet, zu dem alle Gläubiger Zugang hatten. Ich habe das Gericht auch darüber informiert, dass meine Meinung mit allen Gläubigern geteilt wurde. *JW:* Auch ich habe meinen Standpunkt vor der Anhörung mitgeteilt. *KM:* Nachdem ich meinen Standpunkt mitgeteilt hatte, bat ein Institut, das als Bürge aufgetreten war, um eine Kopie. Aufgrund des nichtöffentlichen Charakters des Verfahrens war dies jedoch nicht möglich. Das Unternehmen sagte auch: "Nein, ich möchte nicht, dass Sie dies mit dem Bürgen teilen".

Das Gesetz geht davon aus, dass der Beobachter seine Meinung vor der Anhörung kundtut. Sollte die Meinung zur Zulassung nicht vor der Abstimmung mit den Gläubigern geteilt werden?

In drei der fünf Verfahren, an denen die Beobachter beteiligt waren, fand eine Abstimmung über den Vergleich statt. In all diesen Fällen gaben die Beobachter ihre Stellungnahme erst nach der Abstimmung ab und teilten sie in zwei Fällen mit den beteiligten Gläubigern. Die Beobachter

stimmen jedoch zu, dass es sinnvoll sein kann, die Meinung des Beobachters zur Zulassung vor der Abstimmung mitzuteilen, damit die Gläubiger deren Inhalt bei ihren Überlegungen berücksichtigen können.

KM: Wenn es mögliche Gründe für die Haftung von Direktoren gibt, ist dies eine Information, die für die abstimmenden Gläubiger wichtig ist, um sich eine Meinung zu bilden. Sie sollten diese Informationen als Beobachter vor der Abstimmung melden.

Übrigens, wie war Ihr Verhältnis zum Gericht und die Kommunikation mit ihm?

KB: Die Beziehungen und die Kommunikation sind ganz anders als in einem Konkursverfahren. In einem Konkursverfahren können Sie sich als Treuhänder mit dem Konkursrichter beraten. Als Beobachter in einem WHOA gibt es diese Möglichkeit nicht. Das WHOA sieht nicht die Ernennung eines RC vor. Das Gericht muss Entscheidungen treffen und dabei kontradiktorische Verfahren anwenden. Das macht eine informelle Konsultation mit dem Gericht unmöglich. Sie müssen mit dem Gericht auf förmlichem Wege kommunizieren. Das macht es manchmal ziemlich einsam. *JW:* Ja, das ist wahr. Ich habe auch die Erfahrung gemacht, dass es außerhalb dieser formalen Kanäle keine Beziehung zwischen dem Beobachter und dem Gericht gibt.

AB: Ich hatte den Eindruck, dass ich dem Gericht jederzeit Zwischenberichte vorlegen darf, auch außerhalb der Situation des § 380 Abs. 2 Fw^[31]. *KM:* Sie können sich an den Standesbeamten wenden. Der kann es dann an das Gericht weiterleiten.

Welche Erfahrungen haben Sie im Umgang mit dem Schuldner gemacht? Haben Sie ohne große Diskussionen Zugang zu Informationen und Dokumenten erhalten oder war es schwierig?

AB: Der Schuldner schlug zunächst vor, mich einmal im Monat über den Stand der Dinge zu informieren. Ich habe sofort klargestellt, dass das nicht funktionieren würde. Ich hielt es für notwendig, mich stärker in den Prozess einzubringen, damit ich die Interessen der Gläubiger so gut wie möglich wahrnehmen konnte. Anfangs schien es ein gewisses Misstrauen seitens des Vorstands zu geben, aber nach einigen guten Gesprächen war das Verhältnis gut. *JW:* In meinem Fall hat der Schuldner schnell erkannt, dass er den Beobachter braucht, um eine Einigung zu erzielen. Danach war die Beziehung in Ordnung.

KM: Bei mir wurde der rote Teppich nicht gerade ausgerollt. Die Kommunikation war nicht so gut, wie ich es mir wünschte, obwohl sie nie abbrach. Ich habe aber die notwendigen Unregelmäßigkeiten festgestellt. Dann wurde die Beziehung immer angespannter. *KB:* Es kommt sehr darauf an, wer den Prozess überwacht: Wenn es einen Anwalt gibt, dann wissen sie,

dass man gebraucht wird. Ich hatte vor ~~allen~~ Kontakt mit dem Anwalt, aber auch direkt mit dem Schuldner. ~~KM~~ Ich hatte auch Kontakt mit dem Anwalt des Schuldners; das funktioniert ohnehin am effizientesten. Aber ich hatte auch direkten Kontakt mit dem Schuldner.

JW: Ich habe alle Informationen erhalten, um die ich gebeten hatte. Das Gericht hat mich bei der Anhörung auch gefragt, ob ich alles gesehen habe. In Anbetracht dessen ist es gut, einen Datenraum zu haben. *DS:* Das ist auch meine Erfahrung. Das Gericht hat mir während der Anhörung sehr konkrete Fragen gestellt, und zwar auf einer detaillierten Ebene. Im Nachhinein bin ich froh, dass ich so detaillierte Informationen angefordert habe.

Das Gesetz bietet dem Beobachter in § 380 Fw die Möglichkeit, dem Gericht mitzuteilen, dass der Beobachter der Ansicht ist, dass es dem Schuldner nicht gelingen wird, eine Einigung zu erzielen oder dass die Interessen der Gesamtschuldner beeinträchtigt werden. Stellt diese eher "nukleare Option" ein ausreichendes Rechtsmittel dar? Haben Sie andere Rechte und Befugnisse vermisst?

DS: Die Übermittlung eines Art. 380-Schreibens wird in vielen Fällen zum Ende des WHOA-Verfahrens führen. Ich fand es schwierig zu bestimmen, unter welchen Umständen ich als Beobachter ein Art. 380-Schreiben an das Gericht schicken sollte. Die Rolle des Beobachters ist noch nicht klar. Es wäre gut, wenn es Leitlinien gäbe, zum Beispiel von Recofa oder INSOLAD. Jetzt ist es immer noch eine Menge Pionierarbeit.

AB: In meinem Fall gab es anfangs nicht genügend Informationen. Das stellte mich vor das Dilemma, ob der Mangel an Informationen ein Grund zum Rücktritt war oder ob ich nur zurücktreten sollte, wenn die Interessen der gemeinsamen Gläubiger geschädigt wurden. *KB:* Wenn Sie als Beobachter nicht die nötigen Informationen erhalten, müssen Sie das dem Gericht melden. Das muss sich dann sowieso dazu äußern, unabhängig davon, ob das ein Bescheid nach § 380 Fw im formalen Sinne ist. *DS:* Ich habe im alten Pre-Pack darauf hingewiesen, dass die Information innerhalb von drei Tagen zu erfolgen hat. *KM:* Das kann man auch als Beobachter machen. Wenn Sie Ihre Beobachtung, dass Informationen fehlen, zuerst mit dem Unternehmen teilen, können Sie ihm mitteilen, dass die Informationen innerhalb von drei Tagen geliefert werden müssen. *DS:* Ja, genau. Wenn die Informationen nicht innerhalb dieser Frist eingehen, können Sie das Gericht informieren. Dieses kann/sollte dann eine Entscheidung treffen. *AB:* Es wäre aber hilfreich, wenn das Gesetz mehr Hinweise geben würde. *KM:* Das müsste dann in Form eines Verhaltenskodex geschehen, der sich leichter an neue Erkenntnisse aus der Praxis anpassen lässt als ein Gesetz. *DS:* Regeln für die Praxis in der Tat.

DS: Gegenwärtig ist der Beobachter gemäß § 379 Fw nicht befugt, das Gericht zu ersuchen, Bestimmungen zu erlassen. Ich frage mich, ob die Gewährung dieser Befugnis etwas bringt. Das Gericht weiß weniger über das Unternehmen als der Beobachter. Kann das Gericht richtig entscheiden? *KM:* Ich sehe ein zeitliches Problem. Wenn Sie Fragen an das Gericht stellen, dauert es schnell drei Wochen, bis Sie eine Antwort erhalten. Dann gibt es eine Anhörung/einen Meinungsaustausch und erst dann eine Antwort/Entscheidung. Das ist ziemlich langsam. Es ist lästig, dass es so lange dauert. *JW:* Würde ein Richterkoordinator helfen? *KM:* Eine Notfalleinrichtung könnte vielleicht helfen, aber wenn drei Richter entscheiden müssen, ist das praktisch nicht machbar. *KB:* Außerdem sollte es immer kontradiktorische Anhörungen geben. Das kostet Zeit.

Nach § 380 Abs. 2 Fw kann das Gericht auf Hinweis des Beobachters einen Sanierungsgutachter bestellen. Wird dies in der Praxis so gehandhabt?

KM: Ich habe das in der Praxis noch nicht erlebt. Wenn die Vorbereitung der Vereinbarung schief geht, kann ich mir vorstellen, dass das Gericht das macht. Wenn ein Fachmann benötigt wird, um die Vereinbarung vorzubereiten. Der HD und der Beobachter können nicht nebeneinander bestehen. Also führt die Bestellung eines HD dazu, dass die Bestellung des Beisitzers zurückgenommen wird. **AB:** Das ist doch eigentlich verrückt, oder? Der HD und der Beobachter haben völlig unterschiedliche Aufgaben. **JW:** Ja, ich denke, das ist auch verrückt. **DS:** Ich denke, es ist sehr sinnvoll, den HD und den Beobachter einander gegenüberzustellen. Der HD als derjenige, der die Vereinbarung verfasst, hat eine mehr oder weniger parteiische Position. Der Beobachter, der die Interessen der gemeinsamen Gläubiger vertritt, ist unparteiisch.

Haben Sie direkt mit Gläubigern/Dritten Kontakt aufgenommen und mit ihnen gesprochen?

JW: Einzelne Gläubiger sind von Natur aus keine Gesprächspartner für einen Beobachter. Das entspricht eher der Position eines Insolvenzverwalters. Dabei spielt auch der geschlossene Charakter des Verfahrens eine Rolle. In dem Verfahren, in dem ich Beobachter war, hat sich ein Großgläubiger später bei mir gemeldet. Im Nachhinein hätte ich mir gewünscht, dass ich mich mit diesem Gläubiger früher hätte beraten können. Das war jetzt erst in der Anhörung möglich. Im Nachhinein dachte ich, dass das zu spät war. Ich hätte die Diskussion gerne früher geführt. Dann kann man sich auch beugen, wenn der Gläubiger einen Punkt hat.

KM: Der private Charakter des Verfahrens ist relativ. **KB:** Stimmt, aber ich fand es ziemlich schwierig zu bestimmen, was man Gläubigern, die sich als Beobachter an einen wenden, sagen kann und was nicht. **DS:** Ja, was sagen Sie, wenn Gläubiger als Beobachter zu Ihnen kommen. Der private Charakter des Verfahrens ist schön, aber die Gläubiger finden in der Praxis schnell heraus, dass und wer als Beobachter bestellt wurde. **KB:** Ich habe nicht bestritten, dass ich Beobachter bin. Ich habe die Gläubiger auch - über ihren Anwalt - um Unterlagen gebeten, um zum Beispiel nachzuweisen, dass es Vereinbarungen mit dem Schuldner gab. **DS:** Haben Sie die Rolle des Treuhänders so grundsätzlich übernommen? Mit einem Gläubiger habe ich selbst den Kontakt hergestellt (die Initiative ergriffen). Das war ein alter Vermieter und der mit Abstand größte Gläubiger, der sich gegen die Vereinbarung wehrte. Obwohl es sich um ein abgeschlossenes Verfahren handelte, habe ich ihn nach seinen Einwänden gegen die Vereinbarung gefragt. **AB:** Bei mir legte der Anwalt des Konkursantragstellers bald den Hörer auf. Das Gericht schickte meinen vorläufigen Bericht an die Antragsteller. **JW:** Ich habe viele Informationen von den Gläubigern angefordert.

Hatten Sie bei der direkten Kommunikation mit Gläubigern und Dritten nicht Angst, in eine Debatte mit allen möglichen Parteien verwickelt zu werden? Dass Sie Teil des Problems werden?

KB: Eine Reihe von Gläubigern hat mir auch ihre Meinung zu dem Vertragsentwurf mitgeteilt. Damit war ich eigentlich ganz zufrieden, weil ich dadurch Informationen erhielt. **AB:** Ich

musste auch als eine Art Vermittler fungieren, weil die Beziehungen zwischen den verschiedenen Interessengruppen ernsthaft gestört waren und das Unternehmen wirklich nur mit dem Engagement aller Beteiligten weitergeführt werden konnte. **JW**: Das ist eigentlich nicht die Aufgabe eines Beobachters. Das ist eher die Rolle von **HD**. **DS**: Sie können aber als lösungsorientierter Beobachter auftreten. **AB**: Ja, mit einer proaktiven Rolle. **KM**: Gut, aber das kann man nicht mit einem Budget von ein paar tausend Euro machen. In meinem Fall waren es

gibt es fünf bis sechs große Parteien. Dann wird die Debatte schnell sehr groß. DS: Die Fragen eines großen Gläubigers müssen Sie beantworten. Sie können dann nicht sagen, dass es nicht in den zugewiesenen Haushalt passt.

Welche Faktoren haben zum Zustandekommen und zur Ratifizierung des Abkommens beigetragen und welche Faktoren haben das Zustandekommen und die Ratifizierung des Abkommens erschwert oder sogar verhindert?

AB: Es ist wichtig, dass der Schuldner seine Unterlagen in Ordnung hält und ein Paket von Dokumenten für den Beobachter bereithält. Eine gute Vorbereitung mit vollständiger Information und Transparenz ist der Schlüssel. KM: Ja, in der Tat. Vorbereitung durch jemanden, der seinen Job versteht. Da Sie jemanden (teilweise) enteignen, sind umfassende Informationen und Transparenz sehr wichtig. Auch das Gericht hat dies sehr im Blick.

AB: Es wäre gut, wenn bei der Beantragung einer Bedenkzeit die Vorlage bestimmter Dokumente und Informationen vorgeschrieben würde. In meinem Fall waren die Informationen unzureichend, und meiner Meinung nach hätte dem Antrag auf eine Bedenkzeit wirklich nicht stattgegeben werden dürfen. KM: Eine solche Liste von Dokumenten wäre in der Tat nützlich. Dann kann man als Beobachter auch direkt mitteilen, was vorhanden ist und was nicht, was in Ordnung ist und was nicht. DS: Das könnte leicht als Teil der gerichtlichen Prüfung angewendet werden, ob die Zusage des Schuldners, innerhalb von zwei Monaten eine Einigung anzubieten, real ist.

JW: Die Zusammensetzung des Gerichts mit drei Richtern aus dem WHOA-Pool war angenehm und effizient. In meinem Fall hatten die Richter die Themen und Fragen aufgeteilt, und das hat gut funktioniert. KM: In meinem Fall hatten die Richter die Fragen und Themen nicht aufgeteilt, aber das tat der Entscheidungsfreude keinen Abbruch. DS: Die Fachrichter waren in der Tat sehr angenehm. Sie waren sachkundig und gingen detailliert vor.

Welchen Rat würden Sie neu ernannten Beobachtern geben?

AB: Ich bin schon oft von (angehenden) Beobachtern um praktische Ratschläge gebeten worden. Das ist von Fall zu Fall unterschiedlich, aber aufgrund meiner Erfahrungen rate ich dazu, genau zu beobachten und genügend Informationen zu sammeln, damit man weiß, was vor sich geht; mit anderen Worten, genau hinzusehen. Seien Sie dabei proaktiv und bitten Sie um eine Vorauszahlung. Einige Gläubiger dachten: "Jetzt können wir dem Beobachter vertrauen". Gehen Sie sorgfältig damit um (Erwartungsmanagement).

DS: Richten Sie sich selbst als proaktive Aufsichtsperson ein. Erklären Sie dem Schuldner klar und

deutlich, welche Rolle Sie spielen und wie Sie diese Rolle zu erfüllen gedenken, und dass der Schuldner alle Informationen zur Verfügung stellen muss; tut er dies nicht, hören Sie auf.

KM: Es ist eine Illusion, dass es ausreicht, wenn man als Beobachter "gut betreut" ist. Denken Sie daran, dass Sie von den Richtern substantielle Fragen erwarten können.

KB: Sie sind im Grunde die Augen und Ohren des Gerichts. Versuchen Sie, sich so schnell wie möglich einen Überblick zu verschaffen.

JW: Erstellung eines Protokolls mit Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Informationen und Dokumenten.

Schließen

Die Autoren dieses Beitrags danken den teilnehmenden Beobachtern herzlich für ihre Teilnahme an der Rundtischdiskussion und ihre Beiträge zum Text dieses Artikels. Der Artikel gibt den Lesern einen nützlichen Einblick in die Rolle des Beobachters in der Praxis und Ratschläge, von denen künftige Beobachter profitieren können.

Die folgenden Punkte sind hervorzuheben:

Die rechtliche Beschreibung der Aufgabe des Beobachters bietet wenig Anleitung und Orientierung für die praktische Umsetzung. Die Bezeichnung "Beobachter" ist irreführend. Es ist eine Illusion zu glauben, dass ein Beobachter eine passive Rolle der Überwachung aus der Ferne hat. Der Beobachter muss proaktiv Informationen sammeln und sich ein vollständiges Bild machen. Dabei muss der Beobachter auch eine (begrenzte) Rechtmäßigkeitsprüfung vornehmen.

Das dem Beobachter vom Gericht zugewiesene Budget ist begrenzt (5.000 bis 10.000 €). Legt man den Stundensatz eines Treuhänders von 360 € zugrunde, sind das 14 bis 28 Stunden. Ein solch begrenztes Budget ist nur schwer mit den Anforderungen des Gerichts an den Beobachter in Einklang zu bringen. In der Praxis stellt das Gericht dem Beobachter detaillierte Fragen, auch zum formalen Verfahren. Das Gericht übt auch den nötigen Druck auf den Beobachter aus, damit er zur Verlängerung der Bedenkzeit und zur Homologation inhaltlich Stellung nimmt. Es besteht Bedarf an Leitlinien (in Form von Verfahrensregeln), die die Aufgabe des Beobachters sowie den Inhalt und Umfang seiner Stellungnahme näher bestimmen. Das vom Gericht zugewiesene Budget sollte dann ausreichend großzügig bemessen sein, um diese Aufgabe zu erfüllen.

Ordnungsgemäße Aufzeichnungen und die Verfügbarkeit von Informationen entscheiden weitgehend über den Erfolg einer WHOA-Vereinbarung. Wenn das nicht der Fall ist, kann ein Beobachter seine Aufgabe nicht ordnungsgemäß erfüllen. In einem solchen Fall sollte das Gericht auch keine Bedenkzeit festsetzen. Es wäre gut, wenn das Gericht bei der Beantragung einer Bedenkzeit den Schuldner auffordert, eine Liste von Dokumenten und Informationen vorzulegen. Dies könnte Teil der gerichtlichen Prüfung sein, ob die Zusage des Schuldners, innerhalb von

zwei Monaten einen Vergleich anzubieten, real ist.

Praktische Tipps für künftige Beobachter sind:

- Bitten Sie um ein ausreichendes Budget
- Bitten Sie um eine Vorauszahlung
- Erklären Sie kurz nach Ihrer Ernennung deutlich, wie Sie die Rolle des Beobachters auszufüllen gedenken, welche Informationen Sie benötigen und dass Sie, falls diese Informationen nicht eintreffen, von Ihrer Ernennung zum Beobachter zurücktreten werden
- Erstellen Sie in Absprache mit dem Schuldner ein Protokoll mit Vereinbarungen über die Weitergabe von Dokumenten und Informationen
- Bereitstellung eines Datenraums, in dem Dokumente, Informationen und die Kommunikation mit Gläubigern gespeichert werden
- Wenn Sie als Beobachter mögliche Unregelmäßigkeiten beobachten, nehmen Sie diese Beobachtung in die Ansicht auf und machen Sie diese Ansicht den abstimmenden Gläubigern und Aktionären vor der Abstimmung über den Vergleich zugänglich.

[1] Der Grund dafür ist vermutlich, dass § 383 Abs. 4 und 5 Fw die Bestellung eines Beisitzers im Falle einer Homologation einer Vereinbarung, der nicht alle Klassen zugestimmt haben (*klassenübergreifender Cram Down*), vorschreibt.

[2] M. C. Bosch, F. Damsteegt-Molier, A. E. de Vos, 'The three wise men from the WHOA' in: R. F. Feenstra et al (ed.), Homologation Private Agreement Act, Insolad Yearbook 2021, Deventer: Wolters Kluwer 2021

[3] Nach § 380 Abs. 2 Fw ist der Beobachter verpflichtet, das Gericht zu benachrichtigen, sobald sich abzeichnet, dass der Schuldner mit einem Vergleichsangebot keinen Erfolg haben wird oder die Interessen der Gesamtgläubiger beeinträchtigt werden.

Schlüsselwörter

Insolvenzrecht
Beobachter
WHOA

Autor(en)

Stefan van Rossum

ist Rechtsanwalt bei Van Doorne N.V. in Amsterdam und Mitglied des Redaktionsausschusses dieser Publikation. [LinkedIn](#)

Olaf Poorthuis

Jurist/Kurator und OK-Beauftragter Watsonlaw Den Bosch

[LinkedIn](#)

mit Anne Verboom

ist Doktorand an der [Universität Leiden](#)

[LinkedIn](#)