

Henning Sämisch<sup>\*)</sup>/Dominik Noffz<sup>\*\*)</sup>/Theresa Haug<sup>\*\*\*)</sup>

## Besser spät als nie – das neue Eigenverwaltungsrecht

*Eine wenig beachtete Neuerung des SanInsFoG ist die Reform des Eigenverwaltungsrechts. Obwohl sie neben der Schaffung eines außerinsolvenzlichen Restrukturierungsrahmens vergleichsweise klein anmutet, verbirgt sich hinter ihr der (wohl nie endende) Versuch, der Insolvenz einen (noch) positiveren Anstrich zu verpassen. Ob dies gelingen kann, soll im Folgenden näher betrachtet werden. Hierzu wird ein umfassender Rundumblick über die neuen Regelungen vorgenommen und es werden Stärken und Schwächen der Regelungen ausgelotet. Zusätzlich widmet sich der Beitrag der Detailfrage, wie gut das neue Eigenverwaltungsrecht die Unabhängigkeit des Sachwalters adressiert. Insgesamt wird die Reform positiv bewertet, wobei jedoch die Ausbesserung kleinerer „Schönheitsfehler“ angeregt wird.*

### I. Einleitung

Wie die ESUG-Evaluation<sup>1)</sup> offenbarte, bedurfte das Eigenverwaltungsrecht schon seit längerem einer Reform. Zu viele Verfahren scheiterten<sup>2)</sup> und warfen so ein schlechtes Licht auf die Sanierungsmöglichkeiten innerhalb der Insolvenz. Der Gesetzgeber kam diesem Reformbedürfnis mit dem Erlass des SanInsFoG nun endlich nach. Im Folgenden werden nach einem historischen Überblick die neuen Regelungen den alten systematisch gegenübergestellt und Änderungen des Eigenverwaltungsrechts ausführlich aufgearbeitet. Zudem werden die aufkommenden Problemfelder des neuen Rechts erörtert und sachnahe Lösungen geboten, um einen möglichst rechtssicheren Ausgangspunkt der Eigenverwaltungsreform zu gewährleisten. Die Ausführungen werden abgerundet mit einem Blick auf den sich abzeichnenden Problemschwerpunkt der Unabhängigkeit des Sachwalters in den neuen Regelungen sowie einem kurzen Überblick über die Anwendung des alten Rechts nach § 5 COVInsAG.

### II. Historie des Eigenverwaltungsrechts

Das Instrument der Eigenverwaltung wurde mit der Insolvenzordnung (InsO) eingeführt.<sup>3)</sup> Durch die Eigenverwaltung sollte das Insolvenzverfahren<sup>4)</sup> in zeitlicher und kostentechnischer Hin-

sicht effektiver gestaltet werden.<sup>5)</sup> Zudem sollte das Eigeninsolvenzverfahren dem Wunsch des Schuldners, die Kontrolle über sein Unternehmen nicht aus den Händen geben zu müssen, Rechnung tragen.<sup>6)</sup> Ursprünglich waren im Gesetzgebungsverfahren geringe Zugangshürden vorgesehen, insbesondere sollte in Kleinverfahren von der Hinzuziehung eines Sachwalters abgesehen werden können.<sup>7)</sup> Nach anhaltender Kritik<sup>8)</sup> wurde die Eigenverwaltung letztlich jedoch an striktere Zugangskriterien geknüpft und sollte die Ausnahme bleiben.<sup>9)</sup>

Größere Änderungen an diesen bestehenden Regelungen wurden erst wieder im Zuge des ESUG vom 7. 12. 2011 vorgenommen. Hintergrund der Anpassungen war die bis dahin praktische Bedeutungslosigkeit der Eigenverwaltung.<sup>10)</sup> Zudem sollte das negative Stigma der Insolvenz weiter abgeschwächt werden.<sup>11)</sup> In diesem Zuge wurden die Zugangsvoraussetzungen zur Eigenverwaltung gelockert;<sup>12)</sup> die Zweifelsregel des § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO a. F. wurde zugunsten des Schuldners geändert.<sup>13)</sup> Zuvor musste das Gericht positiv ausschließen, dass Gläubiger

<sup>\*)</sup> Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter, SHNF, Hamburg

<sup>\*\*)</sup> Cand. iur., SHNF, Hamburg

<sup>\*\*\*)</sup> Cand. iur., SHNF, Hamburg

1) Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole, Evaluierung – Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/101018\\_Gesamtbericht\\_Evaluierung\\_ESUG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/101018_Gesamtbericht_Evaluierung_ESUG.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 23. 8. 2021).

2) Vgl. Allgemeiner Teil der Begründung zum InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 84.

3) S. Begründung zu §§ 331 ff. InsO-RegE, BT-Drucks. 12/2443, S. 223.

4) Zuvor: Konkursverfahren.

5) HambKomm-Fiebig, InsO, 7. Aufl., 2019, Vor §§ 270 ff. Rz. 3.

6) Vgl. KPB/Pape, InsO, Stand: 4/2012, § 270 Rz. 4.

7) Begründung zu §§ 347 ff. InsO-RegE, BT-Drucks. 12/2443, S. 227.

8) S. hierzu MünchKomm-Kern, InsO, 4. Aufl., 2020, § 270 Rz. 7.

9) Begründung zu § 331 Abs. 2 InsO-RegE, BT-Drucks. 12/7302, S. 185.

10) Allgemeiner Teil der Begründung zum InsO-RegE, BT-Drucks. 17/5712, S. 17.

11) Trilling, Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren nach dem ESUG, 2014, S. 3 f.; vgl. Schmidt/Uhlenbruck/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl., 2016, 4. Teil, B. Sanierung im Insolvenzverfahren, Rz. 4.9.

12) Allgemeiner Teil der Begründung zum InsO-RegE, BT-Drucks. 12/5712, S. 19.

13) Begründung zu § 270 InsO-RegE, BT-Drucks. 12/5712, S. 38.

benachteiligt werden; durch das ESUG entfiel eine solche positive Feststellung.<sup>14)</sup> Das Gericht durfte die Eigenverwaltung nur nicht zulassen, wenn es Anhaltspunkte für mögliche Nachteile sah; eine gesonderte Prüfung ohne konkrete Verdachtsmomente fand nicht statt.<sup>15)</sup> Zudem entfiel durch das ESUG das Vetorecht des den Insolvenzantrag stellenden Gläubigers in § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO a. F. Dafür wurde durch das ESUG die Rolle der Gläubiger im Eröffnungsverfahren gestärkt.<sup>16)</sup> So wurde dem Gläubigerausschuss durch den durch das ESUG geänderten § 270 Abs. 3 InsO a. F. ein Äußerungsrecht zum Eigenverwaltungsantrag des Schuldners eingeräumt. Bei einstimmiger Unterstützung des Antrags wird unwiderleglich vermutet, dass die Eigenverwaltung für die Gläubiger nicht nachteilig ist.<sup>17)</sup> Das Gericht wurde außerdem im Falle der Ablehnung des Eigenverwaltungsantrags eine Begründungspflicht auferlegt (§ 270 Abs. 4 InsO a. F.).

Die Regelungen zur Eigenverwaltung wurden zum 1. 1. 2021 durch das SanInsFoG erneut erheblich angepasst. Hierdurch sollten auch insbesondere die Ergebnisse der ESUG-Evaluation in das Eigenverwaltungsrecht eingearbeitet werden.<sup>18)</sup> Die Rechtsicherheit sollte erhöht und das Vertrauen in das Instrument der Eigenverwaltung gestärkt werden.<sup>19)</sup> Auch sollten die Erfolgsaussichten gut vorbereiteter Sanierungen im Eigenverwaltungsverfahren gesteigert werden.<sup>20)</sup> Das alte Recht findet über das COVInsAG teilweise auch über den 1. 1. 2021 hinaus noch Anwendung.<sup>21)</sup>

### III. Neuregelungen

Im Folgenden sollen die einzelnen Neuregelungen durch das SanInsFoG näher beleuchtet werden. Hierbei sollen insbesondere die Auswirkungen der Neuregelungen sowie etwaige Anwendungsschwierigkeiten diskutiert werden.

#### 1. § 270 InsO

§ 270 InsO entspricht dem bisherigen § 270 Abs. 1 InsO a. F. Die weiteren bislang in § 270 InsO a. F. enthaltenen Regelungen wurden in die §§ 270a ff. InsO überführt.

#### 2. § 270a InsO

§ 270a InsO betrifft die mit dem Eigenverwaltungsantrag vorzulegenden Unterlagen und abzugebenden Erklärungen. Diese umfassen:

- Finanzplan,
- Durchführungskonzept für das Insolvenzverfahren,
- Darstellung des Verhandlungsstands mit den Gläubigern,
- Darstellung der Vorkehrungen, die der Schuldner getroffen hat, um seine Fähigkeit sicherzustellen, insolvenzrechtliche Pflichten zu erfüllen,
- Begründete Darstellung etwaiger Mehr- und Minderkosten,
- Vorhandensein und Umfang von Verzug bei bestimmten Forderungen,

- Frühere Vollstreckungs- oder Verwertungssperren,
- Erfüllung der Offenlegungspflichten nach §§ 325 – 328, 339 HGB in den letzten drei Geschäftsjahren.

Hierdurch wurden die bisher in § 270 Abs. 3 Nr. 2 InsO a. F. festgelegten Voraussetzungen für das Eigenverwaltungsverfahren konkretisiert.<sup>22)</sup> Zuvor war als Zugangsvoraussetzung lediglich das Fehlen von Nachteilen für die Gläubiger normiert (§ 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO a. F.). Dieses Kriterium war stark auslegungsbedürftig, da insbesondere unklar war, was als Nachteil angesehen werden muss.<sup>23)</sup> Unklar war z. B., ob bereits eine Verlängerung des Verfahrens im Vergleich zum Regelinsolvenzverfahren einen Nachteil darstellte.<sup>24)</sup> Dies ermöglichte eine uneinheitliche Handhabung der Insolvenzgerichte und führte damit zu erheblicher Rechtsunsicherheit zulasten des Schuldners.<sup>25)</sup> Die neuen Regelungen stellen zwar keine Konkretisierung des Begriffs der „Nachteile“ an sich dar, knüpfen die Prognoseentscheidung des Gerichts jedoch an konkrete Bewertungsmaßstäbe. Dies entspricht auch den Empfehlungen der ESUG-Evaluation.<sup>26)</sup> Durch die Obliegenheit zur Einreichung der in § 270a InsO aufgelisteten Unterlagen und Erklärungen werden erheblich höhere Anforderungen an den Schuldner als nach bisherigem Recht gestellt. Dies ist zu befürworten: Bisher erwiesen sich viele Verfahren im Nachhinein als für die Eigenverwaltung ungeeignet.<sup>27)</sup> Hierzu dürfte auch das Vorschlagsrecht für den Sachwalter beigetragen haben. Man kann vermuten, dass gut organisierte Berater auch ungeeignete Verfahren – aus welchen Gründen auch immer – in ein Eigenverwaltungsverfahren geführt haben.<sup>28)</sup> Solche Verfahren können mithilfe der neuen Regelungen mit größerer Sicherheit von vornherein von der Eigenverwaltung ausgeschlossen werden.<sup>29)</sup> Insbesondere können Mitwirkungsobliegenheiten offenbaren, wenn der Schuldner ungeeignet oder ungewillt ist, das komplette Eigenverwaltungsverfahren in eigener Person durchzuführen. Die dadurch zu erwartende höhere Erfolgsquote der Eigenverwaltungsverfahren wird ggf. dazu beitragen, die Attraktivität des Eigenverwaltungsverfahrens zu erhöhen und hierdurch das Insolvenzverfahren insgesamt vom negativen Stigma zu befreien. Auf der anderen Seite könnte es ggf. auch zu einem höheren Anteil an Schutzschirmverfahren kom-

14) Vgl. § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO a. F.; geändert durch Art. 1 Nr. 45 lit. aa ESUG.

15) MünchKomm-Kern (Fußn. 8), § 270 Rz. 89.

16) MünchKomm-Kern (Fußn. 8), § 270 Rz. 14.

17) Vgl. auch MünchKomm-Kern (Fußn. 8), § 270 Rz. 14.

18) Allgemeiner Teil der Begründung zum InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 84.

19) Allgemeiner Teil der Begründung zum InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 84.

20) Allgemeiner Teil der Begründung zum InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 84.

21) Hierzu unten unter V.

22) BeckOK InsO/Kreutz/Ellers, 23. Ed. 2021, § 270a Rz. 1.

23) Vgl. MünchKomm-Kern (Fußn. 8), § 270 Rz. 47; s. auch die ausführliche Auslegung des Nachteilsbegriffs bei Uhlenbruck/Zipperer, InsO, 15. Aufl., 2019, § 270 Rz. 46.

24) Uhlenbruck/Zipperer (Fußn. 23), § 270 Rz. 45 m. w. N.

25) Vgl. Begründung zu §§ 270 ff. InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 202.

26) Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole (Fußn. 1), S. 79.

27) Allgemeiner Teil der Begründung zum InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 84.

28) Vgl. auch Schmittmann, ZInsO FOKUS Sanierung 2021, 211, 214.

29) Vgl. Allgemeiner Teil der Begründung zum InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 202 sowie BeckOK InsO/Kreutz/Ellers (Fußn. 22), § 270a Rz. 1.

men.<sup>30)</sup> Denn wenn der Schuldner aufgrund der gestiegenen Eingangshürden ohnehin den Stand der Verhandlungen mit allen Gläubigern beschreiben, eine detaillierte, schon bei Antragstellung vorliegende Finanzplanung für sechs Monate sowie eine detaillierte Kostenvergleichsrechnung zwischen den Kosten des Regelinsolvenzverfahrens und der Eigenverwaltung einreichen muss, fragt sich, warum nicht gleich ein Schutzschirmverfahren mit ausgearbeitetem Insolvenzplan durchlaufen werden sollte.<sup>31)</sup> Auf keinen Fall sollten die höheren Eingangsvoraussetzungen jedoch dazu führen, dass das reguläre Insolvenzverfahren mit allen Sanierungsmöglichkeiten abgewertet wird.

Der Schuldner hat einen Finanzplan, der den Zeitraum von sechs Monaten abdeckt und eine fundierte Darstellung der Finanzierungsquellen enthält, durch welche die Fortführung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes und die Deckung der Kosten des Verfahrens in diesem Zeitraum sichergestellt werden soll (§ 270a Abs. 1 Nr. 1 InsO), vorzulegen. Hierin sind die in den nächsten sechs Monaten zu erwartenden Kosten und verfügbaren liquiden Mittel aufzuführen.<sup>32)</sup> Die anzugebenden Kosten umfassen zumindest die für den Geschäftsbetrieb notwendigen Betriebskosten (wie z. B. Arbeitsentgelt) sowie die Kosten für die Krisenbewältigung, namentlich die Kosten des Eigenverwaltungsverfahrens inklusive der anfallenden Beraterkosten.<sup>33)</sup> Ob nicht regelmäßig anfallende Kosten im Finanzplan aufzuführen sind, hängt davon ab, ob diese innerhalb der nächsten sechs Monate Zahlungsverpflichtungen auslösen.<sup>34)</sup> Hinsichtlich der finanziellen Mittel genügt es, dass sie dem Schuldner mit überwiegender Wahrscheinlichkeit innerhalb des Planungszeitraums zur Verfügung stehen, so z. B. unechte Massekredite, deren Zustandekommen noch von der Eröffnung des Eigenverwaltungsverfahrens und der Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten abhängt.<sup>35)</sup> Um betriebswirtschaftlich unsinnige Maßnahmen aufzudecken, hat der Schuldner im Finanzplan offenzulegen, aus welcher Quelle die zur Verfügung stehenden liquiden Mittel stammen.<sup>36)</sup> Da der Schuldner jedoch ein legitimes Interesse an der Geheimhaltung dieser Informationen haben kann, sollte der Schuldner im Finanzplan – wie bereits mehrfach vorgeschlagen<sup>37)</sup> – lediglich auf Anlagen verweisen, die das Gericht dann in einem Sonderband aufnehmen und diesen von der Akteneinsicht ausschließen kann. Für den Fall, dass Finanzmittel, mit denen im Rahmen des Finanzplans gerechnet wurde, dennoch nicht zustande kommen (da z. B. ein eingeplantes Geschäft doch nicht zustande gekommen ist), sollte das Gericht die Realisierbarkeit des Finanzplans auch im Laufe des Planungszeitraums kontinuierlich und engmaschig überprüfen. Um zu vermeiden, dass die Realisierbarkeit im Verlauf des Verfahrens bei einer solchen Überprüfung verneint werden muss, sollte der Finanzplan möglichst umfassend und optimalerweise mit Alternativszenarien für den Fall des Wegfalls eingeplanter Mittel aufgestellt werden. Der Schuldner sollte sich hierzu um möglichst viele verschiedene Finanzierungsquellen bemühen. *Blankenburg* kritisiert indessen, dass der Finanzplan nicht die vollen Verfahrenskosten in die Planung mit einbezieht, da die gesamten Verfahrenskosten gedeckt sein müssen, um den Erfolg der Eigenverwaltung zu gewährleisten.<sup>38)</sup> Zudem berechneten sich die Verfahrenskosten

(mit Ausnahme etwaiger Beraterkosten) nicht durch Zeitablauf, sondern allein durch die Größe der Insolvenzmasse, so dass eine Planung auf Grundlage eines gewissen Zeitraums nicht sinnvoll erscheine.<sup>39)</sup> Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass die Einbeziehung der gesamten Verfahrenskosten den Finanzplan verzerrte, da zwar die über die gesamte Verfahrensdauer anfallenden Verfahrenskosten, demgegenüber aber nur die liquiden Mittel innerhalb der ersten sechs Monate einbezogen würden. Insofern wäre es, wollte man die gesamten Verfahrenskosten in die Planung miteinbeziehen, konsequent, auch den Rest der Finanzplanung auf den gesamten Verfahrenszeitraum zu erstrecken. Dies wird praktisch in der Regel jedoch kaum möglich sein, da sich ein Verfahren über mehrere Jahre erstrecken und die Verfahrensdauer bei Beginn des Verfahrens noch völlig unklar sein kann, so dass wohl kaum zu behobende Prognoseunsicherheiten bestehen. Es erscheint daher sinnvoll, den Planungszeitraum zu begrenzen. Ob die sechs Monate hierfür sachgerecht sind, wird sich im Laufe der kommenden Jahre zeigen.

Besonders begrüßenswert ist das Erfordernis der Dokumentierung des Stands der Verhandlungen mit den Gläubigern (§ 270a Abs. 1 Nr. 3 InsO). Damit wird für die Zukunft vermieden, dass einzelne möglicherweise unliebsame Gläubiger übergangen werden.<sup>40)</sup> Dies war im alten Recht ein oft zu Tage tretendes Phänomen.<sup>41)</sup> Es gilt hier grundsätzlich die Gläubigergleichbehandlung.

Nach § 270a Abs. 1 Nr. 5 InsO ist zudem eine Vergleichsrechnung zwischen den Kosten des Eigenverwaltungsverfahrens und denen eines Regelinsolvenzverfahrens anzustellen. Hierzu wurde verschiedentlich bereits angemerkt, dass die Prognose der anfallenden Kosten im Eröffnungsverfahren noch gar nicht möglich ist, da die Kosten wesentlich vom weiteren Verlauf des Verfahrens abhängen und dieser noch völlig unklar ist.<sup>42)</sup> Aus diesen Unsicherheiten ergibt sich zudem ein hohes Missbrauchspotenzial.<sup>43)</sup> Insbesondere die Bestimmung von etwaigen Zuschlägen zu der Vergütung von Insolvenzverwalter und Sachwalter könnte dem Schuldner bei der Erstellung der Vergleichsrechnung Pro-

30) *Boddenberg*, Feinjustierungen der insolvenzrechtlichen Sanierungsinstrumente, Vortrag, Der Betrieb-Jahrestagung Unternehmenssanierung, 21. 5. 2021, Zusammenfassung in: *Körner/Rendels*, INDat Report 05/2021, 58, 63 f.

31) *Steffan/Oberg/Poppe*, ZInsO FOKUS Sanierung 2021, 1116, 1127; *Boddenberg* (Fußn. 30), Zusammenfassung in: *Körner/Rendels*, INDat Report 05/2021, 58, 63 f.; hierzu sogleich auch unter III 5.

32) Begründung zu § 270a InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 204.

33) Begründung zu § 270a InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 204.

34) *BeckOK InsO/Kreutz/Ellers* (Fußn. 22), § 270a Rz. 12; unklar insoweit *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 755.

35) Begründung zu § 270a InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 204.

36) IDW ES 9 n. F. (Stand 12. 1. 2021), Rz. 39.

37) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 755; *Frind*, ZIP 2021, 171, 175; *BeckOK InsO/Kreutz/Ellers* (Fußn. 22), § 270a Rz. 12.

38) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 756.

39) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 756.

40) *Boddenberg* (Fußn. 30), Zusammenfassung in: *Körner/Rendels*, INDat Report 05/2021, 58, 63.

41) Vgl. *Boddenberg* (Fußn. 30), Zusammenfassung in: *Körner/Rendels*, INDat Report 05/2021, 58, 63.

42) AG Hamburg ZRI 2020, 451, 453; *Boddenberg* (Fußn. 30), Zusammenfassung in: *Körner/Rendels*, INDat Report 05/2021, 58, 63; *Bernsau/Weniger*, BB 2020, 2571, 2573.

43) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 757.

bleme bereiten. Es gilt der Grundsatz, dass für gleiche Tätigkeiten von Insolvenzverwalter und Sachwalter die gleichen Zuschlagssätze angesetzt werden müssen.<sup>44)</sup> Entfällt jedoch im Eigenverwaltungsverfahren die Erforderlichkeit der den Zuschlag begründenden Tätigkeit durch den Sachwalter, da diese vom Schuldner selbst übernommen werden kann, so kann und sollte dies in der Vergleichsrechnung berücksichtigt werden. Nicht zuzustimmen ist indes *Frind*,<sup>45)</sup> der aufgrund der Unvorhersehbarkeit von etwaigen Zuschlägen diese gar nicht berücksichtigen möchte. Zuschläge sind ebenso wie die übrigen Verfahrenskosten real anfallende Kosten, so dass eine Nichtberücksichtigung zu einer Verzerrung der Vergleichsrechnung führen würde. Zudem sind Zuschläge auch nicht mehr oder weniger vorhersehbar als andere Verfahrenskosten. Gleiches gilt für Beraterkosten,<sup>46)</sup> die zwar auch im Regelinsolvenzverfahren anfallen können, dort jedoch aufgrund der Expertise des Insolvenzverwalters in wesentlich geringerem Maß entstehen. U. E. sollte im Interesse der Transparenz auch angegeben werden, welche Kosten ggf. der Gesellschafter für den Berater trägt. Sie in die Vergleichsrechnung mit einzubeziehen, dürfte zwar nicht notwendig sein, doch die tatsächlichen Beratungskosten sollten allen gegenüber offengelegt werden. Die Kosten für das Regelinsolvenzverfahren erscheinen dann wenigstens in einem realistischen Licht, da sich ggf. offenbaren wird, dass die tatsächlichen Kosten für die Eigenverwaltung häufig höher sind. Das Verfahren wird ja auch im Interesse des Gesellschafters geführt. Im Übrigen gilt zu beachten, dass die in der Vergangenheit noch vorhandene Privilegierung des § 55 Abs. 4 InsO, wonach bestimmte Steuerverbindlichkeiten in der Eigenverwaltung als gewöhnliche Insolvenzforderungen, in der Regelinsolvenz jedoch als Masseverbindlichkeiten behandelt wurden,<sup>47)</sup> weggefallen ist. Daher wird es zukünftig schwieriger, die Eigenverwaltung „günstiger“ zu rechnen.<sup>48)</sup> Die Streichung dieser Privilegierung war überfällig. Mit Steuergeldern einen Anreiz zu schaffen für die Eigenverwaltung, erscheint fragwürdig und die Anpassung bzw. Streichung der Privilegierung im Rahmen von Eigenverwaltungen war seinerzeit wohl eher „vergessen“ worden.

### 3. § 270b InsO

Der neue § 270b InsO regelt die Prüfung des Eigenverwaltungsantrags und die Bestellung des Sachwalters durch das Insolvenzgericht. Dabei prüft das Gericht, ob das Insolvenzkonzept schlüssig ist und auf wahren Tatsachen beruht (§ 270b Abs. 1 InsO). Stellt das Gericht behebbare Mängel fest, liegt es im Ermessen des Gerichts, die Eigenverwaltung dennoch anzuordnen und dem Schuldner eine Nachbesserungsfrist von maximal 20 Tagen zu setzen. Durch diese Möglichkeit wird die Verschärfung der Zugangsvoraussetzungen in § 270a InsO wieder teilweise abgemildert. Dies ist sachgerecht, da so nur geringfügige Mängel dem Erfolg einer eigentlich aussichtsreichen Eigenverwaltung nicht gleich zum Verhängnis werden. Gleichzeitig ist zu begrüßen, dass es sich um eine Ermessensregelung handelt, da auf diese Weise eine Nachbesserungsfrist für zwar behebbare, aber auf die Ungeeignetheit des Schuldners hinweisende Mängel nicht gesetzt werden muss. § 270b Abs. 2 InsO begründet eine noch eng-

maschigere Prüfungspflicht des Gerichts, wenn konkrete, sich aus den nach § 270a InsO einzureichenden Unterlagen und Erklärungen ergebende Anhaltspunkte vorliegen, die sich im Hinblick auf ein Eigenverwaltungsverfahren als problematisch erweisen können. Hierzu zählen z. B. Zahlungsrückstände gegenüber Arbeitnehmern, mangelnde Deckung der Kosten der Eigenverwaltung und der Fortführung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs oder in den letzten drei Jahren angeordnete Vollstreckungs- oder Verwertungssperren. In diesem Zusammenhang besonders kritisch zu sehen sind aufgrund der hohen sozialen Relevanz auch Rückstände bei Sozialversicherungsbeiträgen. Hier sollten bereits erhobene Säumniszuschläge einer kritischen Betrachtung unterzogen werden. Hier sollte das Gericht besonders die Prüfung von Anfechtungsmöglichkeiten durch den Sachwalter im Blick haben. In diesen Fällen kann die Bestellung eines Sachwalters nur erfolgen, wenn dennoch zu erwarten ist, dass der Schuldner bereit und in der Lage ist, die Geschäftsführung an den Gläubigerinteressen auszurichten. In solchen Konstellationen ist das Gericht gehalten, die möglichen Auswirkungen der in § 270b Abs. 2 InsO gelisteten Aspekte auf das Verfahren dezidiert zu prüfen und die Person des Schuldners nochmals einer genaueren Prüfung zu unterziehen. Richtigerweise sollte aber auch der Prüfung generell, unabhängig von den einzelnen von Absatz 2 benannten Aspekten, eine höhere Aufmerksamkeit gewidmet werden. „Viele Köche verderben den Brei“ ist hier als Argument nicht angebracht, sondern eher „vier Augen sehen mehr als zwei“, denn nur auf diese Weise wird das Eigenverwaltungsverfahren konsensual ablaufen und bei allen Gläubigern auf Akzeptanz stoßen. Ein Kippen in ein Regelinsolvenzverfahren sollte verhindert werden. Es sollte dann lieber gleich ein Regelinsolvenzverfahren, welches ebenfalls erhebliches Sanierungspotential hat, in die Wege geleitet werden, denn ein erfahrener vorläufiger Insolvenzverwalter arbeitet ohnehin nicht wesentlich anders als ein vorläufiger Sachwalter. Dieser baut in der Regel ein Vertrauensverhältnis zum Schuldner auf.

Bevor die Entscheidung über die Eigenverwaltung ergeht, ist gem. § 270b Abs. 3 InsO dem vorläufigen Gläubigerausschuss grundsätzlich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Einstimmige Beschlüsse bzgl. der Eigenverwaltung sind in beide Richtungen für das Gericht bindend. Im Falle eines solchen Beschlusses hat eine weitere Prüfung durch das Gericht im Interesse der Verfahrensbeschleunigung zu unterbleiben.

44) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 757.

45) *Frind*, ZIP 2021, 171, 176.

46) So auch *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 757; a. A. *Bernsau/Weniger*, BB 2020, 2571, 2573.

47) Sog. Fiskusprivileg; näher hierzu *Bisle*, GWR 2011, 352; *Sterzinger*, BB 2011, 1367.

48) Vgl. *Schmittmann*, ZInsO FOKUS Sanierung 2021, 211, 214; *Mocker*, Umsatzsteuerverbindlichkeiten in der vorläufigen Eigenverwaltung nach dem SanInsFoG, 6. 1. 2021, abrufbar unter: <https://blog.handelsblatt.com/steuerboard/2021/01/06/umsatzsteuerverbindlichkeiten-in-der-vorlaeufigen-eigenverwaltung-nach-dem-saninsfog/> (zuletzt abgerufen am: 23. 8. 2021.); *Madaus*, Stellungnahme zum RegE des SanInsFoG sowie zum diesbezüglichen Antrag der Fraktion der FDP, 12. 11. 2020, S. 10, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/806302/5235168ddc676b9436c8540322e53865/madaus-data.pdf> (zuletzt abgerufen am: 23. 8. 2021).

Nach abschließender Prüfung durch das Gericht, entscheidet es über die Bestellung eines vorläufigen Sachwalters. Fällt die Prüfung des Gerichts positiv aus bzw. liegt ein entsprechender einstimmiger Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses vor, bestellt das Gericht einen vorläufigen Sachwalter, ansonsten bestellt es einen vorläufigen Insolvenzverwalter, wobei gem. § 270b Abs. 4 InsO eine schriftliche Begründung zu geben ist. Hier sollte man beachten, dass auch im regulären Verfahren ähnlich gute Ergebnisse wie im Eigenverwaltungsverfahren erzielt werden können, sofern es gelingt, eine am Gläubigerinteresse ausgerichtete Zusammenarbeit mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter herzustellen.

#### 4. § 270c InsO

§ 270c InsO enthält eine bunte Mischung von Regelungen, auf die im Folgenden einzeln eingegangen werden soll.

##### 4.1 Berichterstattung durch den Sachwalter, § 270c Abs. 1 InsO

Gem. § 270c Abs. 1 InsO kann das Gericht nach seinem Ermessen den vorläufigen Sachwalter beauftragen, ihm über die in § 270c Abs. 1 InsO normierten Aspekte Bericht zu erstatten. Diese umfassen die Eigenverwaltungsplanung, die Vollständigkeit und Geeignetheit der Rechnungslegung und Buchführung als Grundlage für die Eigenverwaltungsplanung sowie das Bestehen von Haftungsansprüchen des Schuldners gegen amtierende oder ehemalige Mitglieder der Organe. Dabei steht es ebenfalls im Ermessen des Gerichts, über alle, mehrere oder auch nur einzelne Aspekte berichten zu lassen.<sup>49)</sup> Der Gesetzgeber wollte hierdurch die Ermittlung der Aufhebungsgründe nach § 270e Abs. 1 Nr. 1 InsO<sup>50)</sup> vereinfachen.<sup>51)</sup> Für den Fall des „mitgebrachten“ Sachwalters mutet diese Dependenz des Gerichts vom Bericht des Sachwalters indes eigenartig an, da der „mitgebrachte“ Sachwalter, der in der Regel das Vertrauen des Schuldners besitzt, auch über potenzielle Haftungs- und Anfechtungsansprüche bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit gegen den Schuldner informieren soll. Hier hätte man mit dem Institut des Sondersachwalters Abhilfe schaffen können.<sup>52)</sup> Umso wichtiger dürfte daher die Unabhängigkeit des Sachwalters sein.

##### 4.2 Informationspflicht des Schuldners, § 270c Abs. 2 InsO

Gem. § 270c Abs. 2 InsO hat der Schuldner das Gericht und den vorläufigen Sachwalter unverzüglich über die Eigenverwaltungsplanung betreffende wesentliche Änderungen zu informieren. Welche Änderungen als wesentlich anzusehen sind, wird nicht weiter definiert. Das Gericht bzw. der vorläufige Sachwalter soll hierdurch fundiert über eine Aufhebung der Eigenverwaltung bzw. über ein Hinwirken hierauf entscheiden können.<sup>53)</sup> In Anbetracht dieser Zielsetzung wird der Begriff der Wesentlichkeit wohl weit zu verstehen sein, da die Relevanz von Informationen fließend und im Einzelfall schwer zu beurteilen sein kann. Dem Schuldner wird daher in jedem Fall zu raten sein,

jegliche Änderungen mitzuteilen. Dem Gericht ist indes dennoch zu empfehlen, sich nicht auf die Mitteilung durch den Schuldner zu verlassen, sondern die Lage des Schuldners, insbesondere ob die Liquiditätsplanung weiter realistisch und aussichtsreich erscheint, engmaschig zu überprüfen. Zu empfehlen ist, dem Gericht gegenüber wöchentlich, mindestens jedoch alle zwei Wochen zu berichten. Auf diese Weise wird das Gericht in die Lage versetzt, sich ein eigenes Bild vom prognostizierten Erfolg des Verfahrens zu verschaffen und kann treffende Nachfragen stellen.

##### 4.3 Vorläufige Maßnahmen und Verfügungsvorbehalt, § 270c Abs. 3 InsO

Absatz 3 regelt die Möglichkeit der Anordnung vorläufiger Maßnahmen und eines Verfügungsvorbehalts. Das Gericht kann somit durch den Verweis auf § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a, 3 und 5 InsO nach seinem Ermessen einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen oder eine Zwangsvollstreckungs- und Verwertungssperre anordnen. Zudem kann es aufgrund der Verweisung auf den Generalatbestand des § 21 Abs. 1 InsO weitere, nicht näher bezeichnete Maßnahmen treffen, die erforderlich sind, um eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage abzuwenden. Wenn die Eigenverwaltungsplanung des Schuldners behebbare Mängel aufweist und sich das Gericht dazu entschließt, eine entsprechende Nachbesserungsfrist zu setzen, gibt der § 270c Abs. 3 Satz 2 InsO dem Gericht zudem ausdrücklich die Möglichkeit, den Schuldner einem Verfügungsvorbehalt zu unterstellen, so dass sämtliche Verfügungen seitens des Schuldners zuvor vom vorläufigen Sachwalter genehmigt werden müssen. Der Verfügungsvorbehalt ist aufzuheben, wenn die beanstandeten Mängel der Eigenverwaltungsplanung behoben sind, da dann der Grund für den Verfügungsvorbehalt entfällt.<sup>54)</sup> Aus der expliziten Regelung der Zulässigkeit der Anordnung eines Verfügungsvorbehalts folgt, dass eine solche Anordnung ausschließlich auf die Fälle des § 270b Abs. 1 Satz 2 InsO beschränkt bleiben muss und in anderen Fällen unzulässig ist.<sup>55)</sup> Zudem muss sich die Anordnung auf einen Vorbehalt beschränken und darf nicht als komplettes Verfügungsverbot ausgestaltet sein.<sup>56)</sup> Diese umfassenden Möglichkeiten des Gerichts gewähren den Gläubigern bereits im Eröffnungsverfahren einen ausreichenden Schutz vor nachteiligen Handlungen des Schuldners und Benachteiligungen gegenüber den anderen Gläubigern. Die Regelungen sind daher geeignet, das Vertrauen der Gläubiger in das Eigenverwaltungsverfahren weiter zu steigern, so dass häufiger mit Unterstützung des Eigenverwaltungsantrags durch

49) Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 763; BeckOK InsO/Ellers/Kreutz, 23. Ed., 2021, § 270c Rz. 10.

50) Dazu sogleich unter III 6.

51) Begründung zu § 270c InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 206.

52) S. unten unter IV 1.; hierzu näher auch Sämisch, ZInsO Fokus 2020, 2364.

53) Begründung zu § 270c InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 206.

54) Begründung zu § 270c InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 206; Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 763.

55) Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 763.

56) Begründung zu § 270c InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 206; Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 763.

die Gläubiger gerechnet werden kann. Sie diszipliniert weiter zu einer detaillierten Vorbereitung.

#### 4.4 Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten, § 270c Abs. 4 InsO

Nach § 270c Abs. 4 Satz 1 InsO hat das Gericht auf Antrag des Schuldners anzuordnen, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründet.<sup>57)</sup> Dies entspricht insoweit der Vorgängerregelung des § 270b Abs. 3 Satz 1 InsO a. F. Jedoch betraf § 270b Abs. 3 Satz 1 InsO a. F. ausschließlich das Schutzschirmverfahren, so dass strittig war, ob auch außerhalb dessen die Anordnung der Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den Schuldner möglich war.<sup>58)</sup> Dieser Streit erübrigt sich nunmehr durch die Neuregelung, indem die bestehende BGH-Rechtsprechung<sup>59)</sup> insoweit kodifiziert wurde.<sup>60)</sup> Die Rechtssicherheit wird hierdurch erhöht. Die Ermächtigung darf ausschließlich auf Antrag des Schuldners und auch nur zu dessen Gunsten erteilt werden.<sup>61)</sup>

Nach Satz 2 des Absatzes 4 können Ermächtigungen mit besonderer Begründung auch für nicht im Finanzplan aufgeführte Forderungen erteilt werden. Hieraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass sich die Ermächtigungen grundsätzlich nur auf im Finanzplan aufgeführte Forderungen beziehen sollen.<sup>62)</sup> Global- und Gruppenermächtigungen würden diese grundsätzliche Bindung an den Finanzplan und die in ihm dezidiert aufgeführten Forderungen unterminieren.<sup>63)</sup> Daher geht mit der Neuregelung ein grundsätzliches Verbot aller Globalermächtigungen und auch Gruppenermächtigungen einher.<sup>64)</sup> Zulässig bleibt eine Gruppenbildung in kleinem Maßstab, da eine solche regelmäßig auch im Finanzplan vorzufinden sein wird und im Einzelfall unklar sein kann, bei welchem Gläubiger einer abgrenzbaren Gruppe eine Forderung begründet werden wird.<sup>65/66)</sup> Diese Gebotenheit eng umgrenzter Gruppenermächtigungen übersieht der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung indessen und geht einzig von der Zulässigkeit von Einzelermächtigungen aus.<sup>67)</sup> Hierbei ist aus vorgenannten Gründen jedoch von einem redaktionellen Versehen auszugehen, so dass Ermächtigungen in hier beschriebenen Maßstab möglich sind. Die Erfüllung der Masseverbindlichkeiten muss dabei stets sichergestellt sein.<sup>68)</sup> Dies ergibt sich daraus, dass die Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten grundsätzlich an den Finanzplan geknüpft ist und eine Aufnahme nicht gedeckter Forderungen in den Finanzplan sinnlos wäre.<sup>69)</sup> Liegen diese Voraussetzungen vor, muss das Gericht den Schuldner zur Begründung der Masseverbindlichkeiten ermächtigen, ohne dass ein Ermessen besteht.<sup>70)</sup> *Blankenburg* wirft in diesem Zusammenhang das Problem auf, dass der Schuldner durch das Fehlen eines Ermessensspielraums den Grundsatz der gleichen Gläubigerbefriedigung untergraben könnte, indem er gezielt einzelne Gläubiger für die Begründung von Masseverbindlichkeiten auswählt.<sup>71)</sup> Inwieweit dies ein praktisch relevantes Problem wird, erscheint fraglich, da auch nach der bisherigen Regelung des § 270b Abs. 3 InsO a. F. in Verbindung mit der diesen auch auf Eigenverwaltungen außerhalb des Schutzschirmverfahrens erweiternden Rechtsprechung kein ge-

richtliches Ermessen bestand. Insofern ist nicht davon auszugehen, dass die Neuregelung zu größeren Problemen führen wird. Hiervon abgesehen ist das Fehlen eines Ermessensspielraums an gesetzgeberische Entscheidung hinzunehmen. Falls sich dies Themenkomplex entgegen den Erwartungen dennoch als problematisch darstellen sollte, kann der Gesetzgeber ggf. über eine entsprechende Missbrauchskontrolle im Rahmen der nächsten Reform nachdenken.

Irritationen verursacht der aus der Vorgängerregelung übernommene Verweis auf § 55 Abs. 2 InsO.<sup>72)</sup> Zuvor wurde der Verweisdahingehend ausgelegt, dass auch eine Globalermächtigung zulässig ist.<sup>73)</sup> Wie zuvor dargestellt, ist dies nach der neuen Rechtslage jedoch gerade nicht gewollt. Der Verweis auf § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO ist daher redundant, da hier nur geregelt ist, dass Masseverbindlichkeiten begründet werden können.<sup>74)</sup> Insoweit erweist sich der Verweis als deklaratorisch. Der Gesetzgeber dürfte wohl eher den § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO im Auge gehabt haben. Dieser legt fest, dass auch Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen als Masseverbindlichkeiten in Betracht kommen. Die entsprechende Anwendung dürfte daher so zu verstehen sein, dass das Gericht den Schuldner auch zur Begründung von Dauerschuldverhältnissen ermächtigen kann. Hieran nimmt *Blankenburg*<sup>75)</sup> Anstoß, der in diesem Zusammenhang von einer „Globalermächtigung „light““ spricht. Er geht davon aus, dass die Masse durch die Regelung des § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO „automatisch“ mit einer Reihe von Forderungen belastet würde, die weder im Finanzplan aufgeführt noch im Voraus vom Schuldner vorhersehbar seien.<sup>76)</sup> Diese Kritik verfehlt indes nicht. Tatsache ist, dass Dauerschuldverhältnisse für einen ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb unabdingbar sind. Es erscheint daher geboten, auch die Begründung von Dauerschuldverhältnissen durch den Schuldner zuzulassen. Hieran sind indes die gleichen Voraussetzungen wie an andere Masseverbindlichkeiten zu knüpfen: Sie müssen einerseits vollständig im Finanzplan aufgelistet und andererseits muss ihre Finanzierung gesichert sein. An de-

57) Stimmiger wäre wohl die Formulierung, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründen kann.

58) Befürwortend: BGH ZVI 2019, 23 = NJW 2019, 224, 226 m. w. N.; *Klinck* ZIP 2013, 853, 859 f.; ablehnend dagegen AG Fulda ZIP 2012, 1471, 1473

59) BGH ZVI 2019, 23.

60) Siehe zur neuen Rechtslage auch *Klinck*, ZIP 2021, 1189.

61) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 763.

62) Vgl. *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 764.

63) Begründung zu § 270c InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 206 f.; *Blankenburg* ZInsO 2021, 753, 764.

64) Begründung zu § 270c InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 206 f.; BeckOK InsO/Ellers/Kreutz (Fußn. 49), § 270c Rz. 25 f.; *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 764.

65) Z. B. weil im Voraus noch nicht feststeht, welcher Zulieferer eine bestimmte Ware vorrätig hat, vgl. BeckOK InsO/Ellers/Kreutz (Fußn. 49), § 270c Rz. 25.1.

66) So auch richtigerweise *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 764.

67) S. Begründung zu § 270c InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 206 f.

68) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 764.

69) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 764.

70) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 764.

71) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 764.

72) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 764.

73) *Uhlenbruck/Zipperer* (Fußn. 23), § 270b Rz. 69.

74) Vgl. *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 764.

75) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 764 f.

76) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 764.

letzteren Voraussetzung fehlt es, wenn im Voraus nicht absehbar ist, wie hoch etwaige Masseverbindlichkeiten ausfallen (z. B. bei Krediten mit variablem Zinssatz). Dem Gericht ist hier im Rahmen einer Prognoseentscheidung ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen. Dies erscheint zum einen vor dem Hintergrund der Unabdingbarkeit von Dauerschuldverhältnissen sowie zum anderen in Anbetracht der bei variablen Zinssätzen häufig günstigeren Finanzierungsmöglichkeiten geboten. Hiervon abgesehen ist nicht ersichtlich, dass in einer Vielzahl von Fällen unklar ist, welche Forderung begründet werden.<sup>77)</sup> Die Bezeichnung der Begründung konkreter Dauerschuldverhältnisse als „Globalermächtigung, light“<sup>78)</sup> erscheint schon deshalb nicht sachgerecht, da sich eine Ermächtigung durch das Gericht stets nur auf einzelne, genau umgrenzte Dauerschuldverhältnisse beziehen kann.

#### 4.5 Rücknahmemöglichkeit des Insolvenzantrags, § 270c Abs. 5 InsO

Fehlen die Voraussetzungen der Eigenverwaltung und hat der Schuldner einen Eigenantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt, weist das Insolvenzgericht den Schuldner auf seine Bedenken in Bezug auf die Eigenverwaltung hin und gibt ihm Gelegenheit, seinen Insolvenzantrag zurückzuziehen (§ 270c Abs. 5 InsO). Drohend zahlungsunfähige Schuldner, die ihren Insolvenzantrag in Hoffnung auf die Durchführung eines Eigenverwaltungsverfahrens gestellt hatten, erhalten hierdurch die Möglichkeit, ihre Entscheidung zu überdenken und ein Regelinsolvenzverfahren zu vermeiden. Dies könnte insbesondere im Hinblick auf eine vorinsolvenzliche Sanierung bzw. Restrukturierung von Interesse sein. So steht drohend zahlungsunfähigen Schuldnern z. B. regelmäßig auch die Möglichkeit zur Durchführung einer Restrukturierung nach dem StaRUG offen.<sup>79)</sup> Ob aber dann das Restrukturierungsverfahren die optimale Möglichkeit ist, eine Sanierung in die Wege zu leiten, wenn nicht einmal die Voraussetzungen für ein Eigenverwaltungsverfahren geschaffen werden können, bleibt fraglich. Es sollte vielmehr die Option der Sanierung im Regelverfahren in Betracht gezogen werden.

#### 5. § 270d InsO

Die Vorschrift des § 270d InsO entspricht fast vollständig den bisherigen Vorschriften zum Schutzschirmverfahren in § 270b InsO a. F. Insbesondere ist nach wie vor Voraussetzung, dass der Schuldner noch nicht zahlungsunfähig ist. Fraglich ist indessen, warum der Gesetzgeber weiterhin eine Bescheinigung durch eine geeignete Person für das Schutzschirmverfahren, die ausagt, dass der Schuldner nicht zahlungsunfähig und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist, voraussetzt.<sup>80)</sup> Durch die oben beschriebene Verschärfung der Zugangsvoraussetzung zur Eigenverwaltung insgesamt, dürften regelmäßig auch die zu bescheinigenden Voraussetzungen vorliegen.<sup>81)</sup> Dies gilt zumindest, soweit aufgrund des mit der Vorgängerregelung identischen Wortlauts eine Verschärfung der zusätzlichen Zugangshürden speziell für das Schutzschirmverfahren abge-

lehnt wird.<sup>82)</sup> In jedem Fall ergäbe sich das Nichtvorliegen der zu bescheinigenden Voraussetzungen aber aus den mit dem Eigenverwaltungsantrag vorgelegten Unterlagen.<sup>83)</sup> Angesichts dessen dürfte es letztlich zeitsparender und kosteneffizienter sein, stattdessen dem Gericht die Prüfung der Voraussetzungen des Schutzschirmfahrens zu übertragen.<sup>84)</sup> Angesichts des nur geringen zusätzlichen Aufwands, der mit der Einholung der Bescheinigung einhergeht, ist diese gesetzliche Fehlkonstruktion jedoch zu verschmerzen, auch wenn eine Streichung der Bescheinigung sicherlich erfreulich wäre.

Durch eine systematische Umstellung der Sätze des Absatzes 1 im Vergleich zum alten § 270b Abs. 1 a. F. ist zudem nun klar gestellt, dass das Gericht nur das formale Vorliegen der Bescheinigung zu prüfen hat.<sup>85)</sup> Dies erscheint insoweit konsequent, als eine zusätzliche materielle Prüfung durch das Gericht bei Vorliegen der Bescheinigung als überflüssiger Aufwand erscheint. Liegt die Bescheinigung vor, muss das Gericht dem Schuldner auf dessen Antrag eine Frist von maximal drei Monaten zur Einreichung eines Insolvenzplans setzen.<sup>86)</sup>

Aus Sicht des Schuldners stellt es sich als Vorteil dar, dass ihm gem. § 270d Abs. 2 InsO ein Vorschlagsrecht bzgl. des vorläufigen Sachwalters zukommt, wobei das Gericht vom Vorschlag des Schuldners nur ausnahmsweise bei offensichtlicher Ungeeignetheit der vorgeschlagenen Person abweichen darf. Zudem kann die Inanspruchnahme des Schutzschirmverfahrens in der Außenkommunikation des Schuldners zu einem „Rebranding“ des Insolvenzverfahrens dienen.<sup>87)</sup> Abgesehen von diesen Nebensächlichkeiten bietet das Schutzschirmverfahren indes weiterhin keinen erheblichen Mehrwert, so dass zu erwarten ist, dass die Bedeutung des Schutzschirmverfahrens auch in Zukunft gering bleiben wird.<sup>88)</sup> Andererseits ist wegen des gesteigerten Aufwandes bei der gewöhnlichen Eigenverwaltung ggf. mit mehr Schutzschirmverfahren zu rechnen.<sup>89)</sup> Insgesamt bleibt die zukünftige Entwicklung daher abzuwarten.

#### 6. § 270e InsO

Erstmals werden durch § 270e InsO die Aufhebungsgründe der vorläufigen Eigenverwaltung gesetzlich geregelt. Eine solche Liste von Aufhebungsgründen wurde bereits in der ESUG-Evaluation angeregt.<sup>90)</sup> Der Katalog des § 270e Abs. 1 InsO gilt sowohl für

77) So aber Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 764.

78) Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 764.

79) S. Sämisch, ZRI 2020, 513, 514.

80) S. Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 765.

81) Steffan/Oberg/Poppe, ZInsO FOKUS Sanierung 2021, 1116, 1126.

82) Zweifelnd BeckOK InsO/Ellers/Martini, 23. Ed., 2021, § 270d Rz. 33.

83) Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 765.

84) Kritisch auch Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 765.

85) Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 765.

86) BeckOK InsO/Ellers/Martini (Fußn. 82), § 270d Rz. 57 f.

87) Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 766.

88) Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 766.

89) So zumindest Boddenberg (Fußn. 30), Zusammenfassung in: Körner/Rendels, INDat Report 05/2021, 58, 63 f.

90) Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole (Fußn. 1), S. 117.

die normale Eigenverwaltung als auch für das Schutzschirmverfahren.<sup>91)</sup>

### 6.1 Schwerwiegende Pflichtverstöße, § 270e Abs. 1 Nr. 1 InsO

§ 270e Abs. 1 Nr. 1 InsO enthält zunächst eine Generalklausel.<sup>92)</sup> So wird die vorläufige Eigenverwaltung durch Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters aufgehoben, wenn der Schuldner in schwerwiegender Weise gegen insolvenzrechtliche Pflichten verstößt oder sich auf sonstige Weise zeigt, dass er nicht bereit oder in der Lage ist, seine Geschäftsführung am Interesse der Gläubiger auszurichten. Die lit. a – c nennen sodann Regelbeispiele,<sup>93)</sup> wann dies der Fall ist.

Als Erstes kommt eine Aufhebung der vorläufigen Eigenverwaltung in Betracht, wenn sich herausstellt, dass die Eigenverwaltungsplanung auf unzutreffenden Tatsachen beruht. Bloße Zweifel an der Richtigkeit der Tatsachen genügen hierfür grundsätzlich nicht.<sup>94)</sup> Die falschen Tatsachen müssen außerdem erheblich sein. *Blankenburg* tritt zudem dafür ein, dass der Schuldner schuldhaft gehandelt haben muss.<sup>95)</sup> Hierfür spricht, dass schuldloses Handeln keine Aussagefähigkeit im Hinblick auf die Eignung des Schuldners besitzt. Andererseits konfliktiert diese Ansicht mit dem an sich eindeutig verschuldensunabhängigen Wortlaut. Letztlich dürfte der Streit in der Praxis wenig Bedeutung haben, da zumeist mindestens fahrlässiges Handeln vorliegen dürfte.

Als weiterer Aufhebungsgrund wird der Verstoß gegen die Pflicht zur Anzeige wesentlicher Änderungen gem. § 270c Abs. 2 InsO explizit aufgeführt, § 270e Abs. 1 Nr. 1 lit. a. Auch hier stellt sich jedoch die Frage nach der Erforderlichkeit schuldhaften Handelns.<sup>96)</sup> Der Streit ist ebenfalls nach den vorgenannten Maßstäben aufzulösen, wobei auf eine einheitlich-konsequente Lösung zu achten ist.<sup>97)</sup>

Als weiteren Aufhebungsgrund nennt § 270e Abs. 1 Nr. 1 lit. b InsO eine mangelhafte bzw. unvollständige Buchführung. Die Mängel müssen so schwerwiegend sein, dass eine Beurteilung der Eigenverwaltungsplanung unmöglich ist. Ein schuldhaftes Handeln ist hier unstrittig nicht Voraussetzung der Aufhebung.<sup>98)</sup> Dies erscheint insoweit konsequent, als eine mangelnde Beurteilungsgrundlage der Eigenverwaltungsplanung die Eigenverwaltung bereits objektiv unmöglich macht.

Zuletzt führt § 270e Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c InsO die Erschwerung der Durchsetzung von Haftungsansprüchen gegen amtierende oder ehemalige Mitglieder der Organe des Schuldners an. Das Bestehen von Haftungsansprüchen allein indiziert aufgrund der Verstrickung des Schuldners in das Unternehmen bereits, dass deren Durchsetzung in der Eigenverwaltung erschwert ist, so dass lediglich in atypischen Fällen von einer Aufhebung abgesehen werden dürfte.<sup>99)</sup> Ein solcher atypischer Fall liegt z. B. vor, wenn vor Einleitung des Eigenverwaltungsverfahrens die gesamte Führungsetage, oder zumindest ein beträchtlicher Teil, ausgetauscht wurde,<sup>100)</sup> da in diesem Fall davon auszugehen ist,

dass die neuen Verantwortlichen u. U. kein Eigeninteresse an der Nichtdurchsetzung etwaiger Haftungsansprüchen hegen. Es sind denn, es sind geschäftliche Verbindungen zwischen dem alten und den neuen Organen vorhanden.

Neben den genannten Beispielen können weitere Verstöße zur Aufhebung führen („insbesondere“), soweit sie von ähnlicher Schwere wie die aufgeführten Regelbeispiele sind. Entscheidend ist eine Gesamtschau der Umstände und eine Beurteilung der Auswirkungen auf das Eigenverwaltungsverfahren.

### 6.2 Nicht rechtzeitige Nachbesserung der Eigenverwaltungsplanung, § 270e Abs. 1 Nr. 2 InsO

Die vorläufige Eigenverwaltung wird gem. § 270e Abs. 1 Nr. 2 InsO ebenfalls aufgehoben, wenn dem Schuldner bei Mängel in der Eigenverwaltungsplanung nach § 270b Abs. 1 Satz 2 InsO eine Nachbesserungsfrist gesetzt wurde und diese erfolglos verstrichen ist.

### 6.3 Aussichtslosigkeit des Eigenverwaltungsziels, § 270e Abs. 1 Nr. 3 InsO

Ferner hebt das Gericht die Eigenverwaltung auf, wenn sich die Erreichung des Eigenverwaltungsziels als aussichtslos erweist.<sup>101)</sup> § 270e Abs. 1 Nr. 3 InsO. Dies ist sowohl bei anfänglicher als auch bei erst später aufgrund veränderter Entwicklungen eintretender Aussichtslosigkeit möglich.<sup>101)</sup> Das Eigenverwaltungsziel kann sich insbesondere aus dem Durchführungskonzept nach § 270a Abs. 1 Nr. 2 InsO ergeben.<sup>102)</sup> Anhaltspunkte für die Aussichtslosigkeit können u. a. aus pflichtgemäßer Mitteilung des Schuldners nach § 270c Abs. 2 InsO ersichtlich sein.<sup>103)</sup> Da eine spätere Einstellung der Eigenverwaltung jederzeit möglich ist, sollte eine Aussichtslosigkeit der Erreichung des Eigenverwaltungsziels eher zurückhaltend angenommen werden.<sup>104)</sup> Dabei können fernliegende Chancen der Erreichung des Eigenverwaltungsziels jedoch außer Betracht bleiben.

91) BeckOK InsO/Kreutz/Ellers (Fußn. 22), § 270e Rz. 1.

92) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 766.

93) BeckOK InsO/Kreutz/Ellers (Fußn. 22), § 270e Rz. 3.

94) BeckOK InsO/Kreutz/Ellers (Fußn. 22), § 270e Rz. 3; *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 766.

95) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 766; so auch BeckOK InsO/Kreutz/Ellers (Fußn. 22), § 270e Rz. 3.

96) Befürwortend *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 766; ablehnend dagegen BeckOK InsO/Kreutz/Ellers (Fußn. 22), § 270e Rz. 3.

97) Anders anscheinend BeckOK InsO/Kreutz/Ellers (Fußn. 22), § 270e Rz. 3.

98) S. *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 766.

99) BeckOK InsO/Kreutz/Ellers (Fußn. 22), § 270e Rz. 3; *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 767.

100) BeckOK InsO/Kreutz/Ellers (Fußn. 22), § 270e Rz. 3; *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 767.

101) Begründung zu § 270e InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 207.

102) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 767.

103) Begründung zu § 270e InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 207; BeckOK InsO/Kreutz/Ellers (Fußn. 22), § 270e Rz. 7.

104) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 767.

#### 6.4 Antragstellung der am Verfahren Beteiligten, § 270e Abs. 1 Nr. 4, 5, Abs. 2 InsO

Die vorläufige Eigenverwaltung wird auch auf Antrag bestimmter am Verfahren beteiligter Personen aufgehoben. Ohne weitere Voraussetzungen antragsberechtigt sind gem. § 270e Abs. 1 Nr. 5 InsO der Schuldner sowie gem. § 270e Abs. 1 Nr. 4 Var. 2 InsO der vorläufige Gläubigerausschuss. Zudem kann auch der vorläufige Sachwalter die Aufhebung beantragen, dies jedoch nur mit Zustimmung des vorläufigen Gläubigerausschusses, § 270e Abs. 1 Nr. 4 Var. 1 InsO. Durch das Zustimmungserfordernis des vorläufigen Gläubigerausschusses erscheint das Antragsrecht des vorläufigen Sachwalters überflüssig. Ökonomischer wäre gewesen, vollständig auf ein Antragsrecht zu verzichten. Auch in diesem Fall stünde es dem vorläufigen Sachwalter offen, den vorläufigen Gläubigerausschuss über seine Bedenken bzgl. der Eigenverwaltung in Kenntnis zu setzen, damit dieser dann ggf. einen Aufhebungsantrag stellen kann. Es wird davon auszugehen sein, dass dies auch der in der Zukunft in der Praxis meist gewählte Weg sein wird, da er den Beteiligten einen zusätzlichen Zwischenschritt erspart. Man hätte jedoch auch dem Sachwalter ein eigenes Antragsrecht – ohne es an die Zustimmung von Gläubigern zu knüpfen – einräumen können.

Schließlich haben auch die Absonderungs- und Insolvenzgläubiger gem. § 270e Abs. 2 InsO ein Antragsrecht. Hierfür muss der antragstellende Gläubiger glaubhaft machen, dass die Anordnungsvoraussetzungen der Eigenverwaltung nicht vorliegen und ihm durch die Eigenverwaltung erhebliche Nachteile drohen. Diese Regelung weist deutliche Parallelen zu § 270 Abs. 2 InsO a. F. auf.<sup>105)</sup> Dieser verhinderte die Einleitung eines Eigenverwaltungsverfahrens, soweit Nachteile für Gläubiger absehbar waren. Im Gegensatz zu § 270 Abs. 2 InsO a. F. ist der Wortlaut des § 270e Abs. 2 InsO indes verschärft worden. Nunmehr ist für die Abwendung der Eigenverwaltung durch einzelne Gläubiger die Geltendmachung *erheblicher* Nachteile erforderlich. Daher lässt sich die bisherige Rechtsprechung nur insoweit übertragen,<sup>106)</sup> als ein Erheblichkeitsmaßstab angelegt wird. Während z. B. nach früherer Rechtslage jegliche Masseschmälerungen<sup>107)</sup> oder Verfahrensverzögerungen<sup>108)</sup> genühten, dürfte nunmehr eine größere Masseschmälerung oder eine wesentliche Verfahrensverzögerung erforderlich sein.<sup>109)</sup> Der antragstellende Gläubiger muss das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsvoraussetzungen glaubhaft machen. Dies dürfte sich v. a. in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit der Nachteile praktisch schwierig gestalten, so dass zukünftig nicht von einer hohen Erfolgsquote von Gläubigeranträgen auszugehen sein wird.<sup>110)</sup> Die für einzelne Gläubiger erschwerte Möglichkeit, eine Verfahrensaufhebung herbeizuführen, korrespondiert dabei mit den erhöhten Zugangsvoraussetzungen des Eigenverwaltungsverfahrens. Da der Schuldner nur unter rigiden Konditionen die Chance auf ein Eigenverwaltungsverfahren erhält, erscheint es insoweit gerechtfertigt, das Eigenverwaltungsverfahren vor vorschneller Aufhebung zu schützen. Den Gläubigerinteressen ist mit der an keine weiteren Voraussetzungen geknüpften Möglichkeit, das Verfahren durch Antrag des vorläufigen Gläubigerausschusses aufheben zu lassen, hinreichend Geltung verschafft worden.

#### 6.5 Rechtsfolgen der Aufhebung der Eigenverwaltung

Bevor die Eigenverwaltung nach § 270e Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 3 InsO aufgehoben wird, muss nach § 270e Abs. 4 InsO dem vorläufigen Gläubigerausschuss grundsätzlich Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden sein. Enge Ausnahmen sind durch den Verweis in § 270e Abs. 4 Satz 2 InsO nur unter den Voraussetzungen des § 270b Abs. 3 Satz 2 InsO möglich. Im Falle eines Aufhebungsantrags eines einzelnen Gläubigers ist gem. § 270e Abs. 3 Satz 2 InsO vor der Aufhebung verpflichtend und ausnahmslos der Schuldner anzuhören. Dies ist indes explizit nur für den Fall eines Gläubigerantrags geregelt, so dass sich die Frage stellt, inwieweit die Nicht-Anhörung in den anderen Fällen eines Aufhebungsantrags mit dem Grundsatz rechtlichen Gehörs vereinbar ist.<sup>111)</sup> Es ist festzustellen, dass die Aufhebung der Eigenverwaltung für den Schuldner eine erhebliche Belastung darstellt.<sup>112)</sup> Die Entscheidung des Gesetzgebers, dem Schuldner die Gelegenheit zur Stellungnahme in den allermeisten Fällen zu verwehren, mutet daher etwas befremdlich an. Insbesondere bei einer Aufhebung wegen Aussichtslosigkeit der Sanierung sowie bei Feststellung der Ungeeignetheit des Schuldners i. S. d. § 270e Abs. 1 Nr. 1 InsO erscheint es sinnvoll, auch die Sicht des Schuldners einzuholen,<sup>113)</sup> da dieser sehr sachkundig ist und ggf. Zweifel des Gerichts ausräumen kann. Es erscheint daher einzig sinnvoll, den Kreis der Aufhebungsgründe, derentwegen der Schuldner angehört werden muss, zumindest zu erweitern. Am naheliegendsten wäre indes die verpflichtende Anhörung des Schuldners in allen Fällen der Aufhebung der (vorläufigen) Eigenverwaltung.<sup>114)</sup> Dies würde auch alle verfassungsrechtliche Bedenken an der Regelung ausräumen. Fraglich ist indes, wie mit der nunmehr bestehenden, missglückten Regelung umzugehen ist. Zu denken ist hier an die Möglichkeiten der verfassungskonformen Auslegung oder der analogen Anwendung, so dass der Schuldner dennoch (zumindest in bestimmten weiteren Fällen) anzuhören ist. Dem Gericht wäre zu empfehlen, den Schuldner trotz der dem Wortlaut nach nicht bestehenden Notwendigkeit vor jeder Aufhebung anzuhören. Hierdurch vermeidet das Gericht die Gefahr der Aufhebung seiner Entscheidungen und gewährleistet einen reibungslosen Ablauf der Insolvenz. In der Praxis wird ohnehin der vorläufige Sachwalter versuchen, den Schuldner von der Notwendigkeit der Überleitung in ein Regelinsolvenzverfahren zu überzeugen.

Die Aufhebung der vorläufigen Eigenverwaltung erfolgt sodann nach § 270e Abs. 1 InsO durch Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters, so dass das Verfahren nahtlos in das Regelinsolvenzverfahren überführt wird. Dabei kann gem. § 270e

105) Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 767.

106) So auch BeckOK InsO/Kreutz/Ellers (Fußn. 22), § 270e Rz. 21; Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 767.

107) Uhlenbruck/Zipperer (Fußn. 23), § 270 Rz. 46.

108) AG Hamburg ZIP 2013, 1684; AG Köln NZI 2015, 282, 283.

109) Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 767.

110) Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 767.

111) Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 768.

112) Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 768.

113) Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 768.

114) So auch Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 768.

Abs. 3 InsO auch der vorläufige Sachwalter zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt werden. Dabei wird im Einzelfall jedoch genau zu prüfen sein, inwieweit der bisherige vorläufige Sachwalter aufgrund seiner Verstrickung in das bisherige Eigenverwaltungsverfahren in der Lage ist, seine Aufgaben als vorläufiger Insolvenzverwalter unabhängig wahrzunehmen.<sup>115)</sup> Es bestehen immer dann Bedenken gegen die Unabhängigkeit des „mitgebrachten“ Sachwalters, wenn ein Dienstleister das Verfahren bzw. die Organe oder den Eigentümer vor dem eigentlichen Antrag umfassend betreut und sodann einen Sachwalter vorschlägt, wie es offenbar teilweise gängige Praxis ist.<sup>116)</sup> Hierbei hat das Gericht den Amtsermittlungsgrundsatz zu beachten.<sup>117)</sup> Immerhin handelt es sich bei dem Merkmal der Unabhängigkeit des Sachwalters um ein Tatbestandsmerkmal, dessen nicht ausreichende Prüfung durch das Gericht bei nachweislichem Schaden bei der Amtsführung auch generell zu Amtshaftungsansprüchen führen kann. Diese Unsicherheit kann aufgelöst werden, wenn das Gericht vor Bestellung des vorgeschlagenen Sachwalters den Fragebogen des VID bzw. BAKInso verlangt oder sich die Einhaltung der GOI versichern lässt. Bestehen jedoch keine Bedenken in Bezug auf die Unabhängigkeit, erscheint die Einsetzung des bisherigen vorläufigen Sachwalters zweckmäßig, da dieser bereits mit dem Verfahren vertraut ist.<sup>118)</sup> Ein Automatismus ist dies allerdings nicht.

Im Falle der Aufhebung aufgrund eines Gläubigerantrags steht dem Schuldner als Rechtsmittel die sofortige Beschwerde zu, § 270e Abs. 2 Satz 3 InsO. In allen anderen Fällen der Aufhebung ist – wie schon bereits bei der Anhörung des Schuldners – diese Möglichkeit nicht vorgesehen, so dass sich wiederum verfassungsrechtliche Bedenken ergeben, konkret in Bezug auf die Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG.<sup>119/120)</sup> Hier ist kein objektiver Grund für eine Differenzierung zwischen den Aufhebungsgründen ersichtlich. Aufgrund der erheblichen Belastung des Schuldners durch die Aufhebung der Eigenverwaltung besteht (außer im Falle eines Aufhebungsantrags durch den Schuldner selbst) in allen Fällen das Rechtsschutzbedürfnis des Schuldners gleichermaßen.<sup>121)</sup> *Kreutz/Ellers* werfen daher die Frage auf, ob eine Lösung über § 270 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 21 Abs. 1 Satz 2 InsO erfolgen könnte.<sup>122)</sup> Dies erscheint indes nicht zielführend, da die Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters bei Aufhebung der Eigenverwaltung ausschließlich nach § 270e Abs. 1 InsO und nicht nach § 21 Abs. 1, 2 Satz 1 Nr. 1 InsO erfolgt, so dass § 21 InsO unanwendbar ist.<sup>123)</sup> Daher erscheint eine analoge Anwendung des § 270e Abs. 2 Satz 3 InsO geboten. Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre jedoch eine Korrektur durch den Gesetzgeber wünschenswert. In der Praxis wird der Schuldner sich in der Regel im eigenen Interesse jedoch einer Bestellung eines vorläufigen Verwalters nicht verwehren und die Aufhebung dulden.

## 7. § 270f InsO

Absatz 1 des § 270f InsO regelt die Voraussetzungen für die Anordnung der Eigenverwaltung und ersetzt § 270 Abs. 2 – 4 InsO a. F. Demnach wird die Eigenverwaltung angeordnet, wenn

die Voraussetzungen der vorläufigen Eigenverwaltung nach § 270 InsO sowie keine Aufhebungsgründe nach § 270e InsO vorliegen. Insgesamt wird das Eigenverwaltungsverfahren damit – wie oben bereits erwähnt – deutlich höheren Anforderungen unterstellt.<sup>124)</sup> Hierdurch wird für den Schuldner ein erheblicher Mehraufwand begründet.<sup>125)</sup> Dies führt zwar zu einer Steigerung der Seriosität des Eigenverwaltungsverfahrens, lässt aber andere Seiten auch befürchten, dass immer mehr kleinere und mittlere Unternehmen den zusätzlichen Aufwand scheuen und aus diesem Grund auf ein Eigenverwaltungsverfahren verzichten werden.<sup>126)</sup> Die Abstufung der Anforderungen für KMUs wäre den noch keine gangbare Alternative, da das Gläubigerinteresse bei KMUs nicht weniger schutzwürdig als bei Großunternehmen ist. Es ist daher zu hoffen, dass sich KMUs mit guten Eigenverwaltungsansätzen dazu durchringen, den für die Eigenverwaltung erforderlichen Mehraufwand aufzubringen. Ggf. bietet sich hier die Schaffung von Beratungsangeboten speziell für KMU im Hinblick auf die Eigenverwaltung an. Es gilt aber immer zu beachten, dass es ebenfalls hervorragende Sanierungsmöglichkeiten in einem regulären Verfahren gibt. Dies setzt jedoch voraus, dass die Insolvenz nicht – wie in der Vergangenheit häufig – zur reinen Abwicklung mit rein negativen Auswirkungen diskreditiert wird. Es gilt endlich anzuerkennen, dass im Gegensatz zu anderen europäischen Ländern in Deutschland dank des InsO seit 1999 die Möglichkeit zur Sanierung im Insolvenzverfahren besteht.

Absatz 2 entspricht § 270c InsO a. F. und regelt die Bestellung eines Sachwalters anstelle eines Insolvenzverwalters. Die Bestellung eines Sachwalters anstelle eines Insolvenzverwalters stellt einen Mittelweg zwischen der grundsätzlichen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners und dem Bedürfnis der Gläubiger nach dessen Überwachung dar.<sup>127)</sup> Die Stellung des Sachwalters ist in den §§ 274, 275, 280 InsO näher ausgestaltet.

Nach Absatz 3 ist § 270b Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, 3 entsprechend anzuwenden. Somit ist insbesondere dem Gläubigerausschuss vor Anordnung der Eigenverwaltung grundsätzlich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, wobei eine Bindungswirkung einstimmiger Beschlüsse des Gläubigerausschusses besteht.

115) So auch *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 768.

116) Vgl. sog. „Bremer Modell“, s. *Smid*, ZInsO 2021, 981.

117) § 5 Abs. 1 Satz 1 InsO, vgl. *Braun/Blümle*, InsO, 8. Aufl., 2020, § 56a Rz. 31.

118) *BeckOK InsO/Kreutz/Ellers* (Fußn. 22), § 270e Rz. 30.

119) Vgl. aber *Höfling*, Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde 1 BvR 2530/04, S. 10 ff., 22 ff., abrufbar unter: [https://www.vid.de/wp-content/uploads/2016/12/20398\\_stellungna.pdf](https://www.vid.de/wp-content/uploads/2016/12/20398_stellungna.pdf) (zuletzt abgerufen am 23. 8. 2021), der die Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 4 GG auf Entscheidungen des Insolvenzgerichts ablehnt, aber auf den allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch verweist.

120) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 768.

121) Vgl. *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 768.

122) *BeckOK InsO/Kreutz/Ellers* (Fußn. 22), § 270e Rz. 29.

123) *BeckOK InsO/Kreutz/Ellers* (Fußn. 22), § 270e Rz. 29.

124) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 768.

125) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 768.

126) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 768.

127) *MünchKomm-Kern* (Fußn. 8), § 270c Rz. 1.

## 8. § 270g InsO

§ 270g InsO enthält Sonderregelungen für die Eigenverwaltung von Schuldner, die Teil einer Unternehmensgruppe sind. Er entspricht vollständig dem bisherigen § 270d InsO a. F.

## 9. § 272 InsO

§ 272 InsO regelt parallel zu § 270e InsO die Aufhebungsgründe für die endgültige Eigenverwaltung. Die Gründe entsprechen dabei im Wesentlichen denen des § 270e InsO. Eine Neuerung des § 272 InsO besteht darin, dass das Eigenverwaltungsverfahren von Amts wegen aufgehoben werden kann.<sup>128)</sup> Hierfür wurden die entsprechenden Tatbestände in § 272 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO ergänzt. Eine Aufhebung war nach vorheriger Rechtslage nur möglich, wenn ein Verfahrensbeteiligter einen Aufhebungsantrag gestellt hat;<sup>129)</sup> eine Aufhebung von Amts wegen in unbenannten Fällen war nach herrschender Meinung nicht möglich.<sup>130)</sup>

*Blankenburg*<sup>131)</sup> wirft in diesem Zusammenhang berechtigterweise die Frage nach dem praktischen Anwendungsbereich des § 272 Abs. 1 Nr. 1 lit. b und c InsO auf. Es erscheint wohl in der Tat eher fernliegend, dass sich erst im eröffneten Verfahren herausstellt, dass die Rechnungslegung und Buchführung so unvollständig oder mangelhaft sind, dass keine Beurteilung der Eigenverwaltungsplanung möglich ist, da in diesem Fall die zur endgültigen Anordnung der Eigenverwaltung führende Prüfung nach § 270f Abs. 1, § 270b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO kaum möglich gewesen wäre.<sup>132)</sup> Auch das Vorhandensein von Haftungsansprüchen gegen Organe des Schuldners dürfte im Regelfall bereits aus dem Eröffnungsverfahren bekannt sein.<sup>133)</sup> Hier wäre jedoch zumindest noch denkbar, dass erst später anspruchsbegründende Tatsachen bekannt werden. Der praktische Anwendungsbereich des lit. b bleibt dagegen völlig nebulös. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber hier den Gleichlauf mit § 270e Abs. 1 Nr. 1 InsO in den Vordergrund gestellt hat. Dies ist angesichts des zumindest theoretischen Anwendungsbereichs nicht dramatisch und ist auch der Rechtsklarheit nicht abträglich.

*Blankenburg*<sup>134)</sup> schlägt darüber hinaus vor, eine Aufhebung nach § 272 InsO nur bei erst im eröffneten Verfahren bekannt gewordenen Tatsachen möglich sein soll, da ansonsten die Heilungswirkung des Eröffnungsantrags gefährdet sei. Dem ist so nicht zuzustimmen. Der Gesetzgeber hat explizit die Aufhebungsmöglichkeit nach § 272 InsO vorgesehen und diese nicht auf nachträglich gewordene Tatsachen beschränkt. Dies erscheint auch in Anbetracht der generellen Verschärfung der Zugangsvoraussetzungen stringent und der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung dienlich.

Angesichts der auch in § 272 Abs. 2 InsO erneut auf die Aufhebung aufgrund Gläubigerantrags reduzierte Anhörung des Schuldners sowie Rechtsmittelmöglichkeit, stellen sich auch vorliegend die Fragen nach der Vereinbarkeit mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör und der Rechtsweggarantie.<sup>135)</sup> Dieses Spannungsverhältnis ist entsprechend oben genannten Vorschlägen<sup>136)</sup> aufzulösen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass das Konfliktpo-

tential mit verfassungsrechtlichen Prinzipien vor dem Hintergrund des bereits eingeleiteten Eigenverwaltungsverfahrens noch stärker hervortritt.

## 10. § 274 InsO

Letzte Neuerung im Eigenverwaltungsrecht ist § 274 Abs. 2 Satz 2 InsO. Dieser bietet dem Gericht die Möglichkeit, anzuordnen, dass der Sachwalter den Schuldner bei der Insolvenzgeldvorfinanzierung, der insolvenzrechtlichen Buchführung und der Verhandlungen mit Kunden und Lieferanten unterstützen kann. *Frind* kritisiert diese Neuregelung als „Fremdkörper“ und wirft ihr vor, die Voraussetzung der Eigenverwaltungsfähigkeit des Schuldners gem. § 270a Abs. 1 Nr. 4 InsO zu unterlaufen.<sup>137)</sup> Der Schuldner müsse, um die Eigenverwaltung für sich beanspruchen zu können, in der Lage sein, die damit einhergehenden Pflichten eigenständig zu erfüllen.<sup>138)</sup> Ist dies der Fall, bräuchte der Schuldner jedoch keine Unterstützung durch den Sachwalter. Durch die Neuregelung besteht daher die Gefahr, eigentlich ungeeignete Schuldner künstlich in das Eigenverwaltungsverfahren zu schleppen und später eine Aufhebung der Eigenverwaltung herbeizuführen. Dies würde die Insolvenz unnötig in die Länge ziehen und Gläubigerinteressen missachten. Zumindest würde durch die erforderliche Vergütung des Sachwalters für die zusätzliche Unterstützung die Masse unnötigerweise über Gebühr belastet.

Zudem ist die Verhandlungsführung des Sachwalters mit den Lieferanten für den Schuldner mit der neutralen Stellung des Sachwalters unvereinbar.<sup>139)</sup> So hat auch schon früher der BGH eine „Verhandlungsführung“ durch den Sachwalter abgelehnt.<sup>140)</sup> Auch durch Einfügung der neuen Regelung hat sich an der mit einer Verhandlungsführung durch den Sachwalter verbundenen Problematik nichts geändert. Die Unterstützung unter § 274 Abs. 2 Satz 2 InsO muss daher auf schon zuvor vom BGH als zulässig befundene Tätigkeiten wie z. B. eine „begleitende Kontrolle“<sup>141)</sup> beschränkt bleiben. Die neue Vorschrift wird insgesamt äußerst restriktiv auszulegen und anzuwenden sein, um Spannungen zu der neutralen Stellung des Sachwalters zu vermeiden.<sup>142)</sup> Auf der anderen Seite haben beispielsweise Banken auch bereits in der Vergangenheit in Verhandlungen verlangt, dass der vorläufige

128) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 768.

129) § 272 Abs. 1 InsO a. F.

130) Gottwald/Haas/Haas, Insolvenzsrechts-Handbuch, 6. Aufl., 2020; Uhlenbruck/Zipperer (Fußn. 23), § 272 Rz. 2; K. Schmidt/Undritz, InsO, 19. Aufl., § 272 Rz. 2; a. A. aber Wimmer/Foltis, InsO, 9. Aufl., 2018, § 272 Rz. 6.

131) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 768.

132) Ähnlich auch *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 768.

133) Vgl. *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 768.

134) *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 768.

135) Anders indes *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 769, der von einem gegenüber § 270e InsO erweiterten Anhörungsrecht und einer erweiterten Beschwerdebefugnis des Schuldners ausgeht.

136) S. oben unter III 6.5.

137) *Frind*, ZIP 2021, 171, 177.

138) *Frind*, ZIP 2021, 171, 177.

139) *Frind*, ZIP 2021, 171, 177.

140) BGH ZIP 2016, 1981, Rz. 56.

141) BGH ZVI 2016, 497 = ZIP 2016, 1592, Rz. 80.

142) Ähnlich auch *Frind*, ZIP 2021, 171, 177.

Sachwalter eine Stellungnahme abgibt. Hierfür könnte die Regelung eine willkommene Lösung bieten.

### 11. Vergütung des vorläufigen Sachwalters

Erstmals wurde mit § 12a InsVV auch ein eigenständiger Vergütungsanspruch des vorläufigen Insolvenzverwalters im Gesetz verankert. Im Gegensatz zum vorläufigen Insolvenzverwalter fehlte bisher eine entsprechende Regelung in der InsVV, so dass der vorläufige Sachwalter insoweit ungleich behandelt wurde. Nach der bisherigen Rechtsprechung waren die Vergütungsregelungen für den vorläufigen Insolvenzverwalter auch nicht analog anzuwenden; stattdessen rechtfertigt die Tätigkeit als vorläufiger Sachwalter einen bloßen Zuschlag i. H. v. 25 % auf die Vergütung als Sachwalter, so dass der Sachwalter insgesamt eine Vergütung i. H. v. 85 % der Regelvergütung des Insolvenzverwalters erhielt.<sup>143)</sup> Im Fall der Nichtbestellung zum Sachwalter, wurde der vorläufige Sachwalter bei Abschluss des Verfahrens anteilig vergütet.<sup>144)</sup> Die Berechnungsgrundlage war hierbei jeweils ein und dieselbe,<sup>145)</sup> so dass der vorläufige Sachwalter regelmäßig aufgrund einer Masse vergütet wurde, die nicht (vollständig) auf seiner Tätigkeit beruht.<sup>146)</sup> Da der Gesetzgeber für diese Ungleichbehandlung keinen haltbaren Grund gesehen hat, hat er nunmehr den neuen Tatbestand explizit an die Regelung zur Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters, § 11 InsVV, angelehnt.<sup>147)</sup> In § 12a Abs. 1 Satz 1 InsVV ist nunmehr gesetzlich geregelt, dass die Tätigkeit des vorläufigen Sachwalters gesondert vergütet wird. Die Höhe der Vergütung beträgt nach § 12a Abs. 1 Satz 2 InsVV regelmäßig 25 % der Vergütung des Sachwalters bezogen auf das Vermögen, auf das sich seine Tätigkeit während des Eröffnungsverfahrens bezieht. Somit hat sich im Vergleich zur bisherigen Praxis die Berechnungsgrundlage geändert: Bezog sich die Vergütung bislang auf die im gesamten Verfahren generierte, ist der Bezugspunkt nunmehr nur noch die im Eröffnungsverfahren akkumulierte Masse.<sup>148)</sup> Dies ist zu begrüßen, da unklar ist, aus welchem Grund der vorläufige Sachwalter auch aus dem Teil der Masse entlohnt werden sollte, den er nicht selbst zu verantworten hat. Nach § 12a Abs. 3 InsVV sind Art, Dauer und Umfang der Tätigkeit des vorläufigen Sachwalters bei der Vergütung zu berücksichtigen. Hierbei können alle Tätigkeiten, zu denen der vorläufige Sachwalter entweder qua Gesetz oder aufgrund einer Anordnung durch das Insolvenzgericht verpflichtet ist, berücksichtigt werden.<sup>149)</sup> Nicht zu einem Zuschlag führen jedoch Tätigkeiten, die der vorläufige Sachwalter über seine Pflichten hinaus erbringt.<sup>150)</sup> Da der Tatbestand des § 12a Abs. 3 InsVV sehr offen ausgestaltet ist, ist für die Konkretisierung auf die allgemeinen Regelungen zu Zu- und Abschlägen in § 3 InsVV zurückzugreifen.<sup>151)</sup> Auslagen werden gem. § 12a Abs. 5 InsVV entsprechend § 12 Abs. 3 i. V. m. § 8 Abs. 3 InsVV nach Wahl des vorläufigen Sachwalters entweder in tatsächlich entstandener Höhe oder mittels eines Pauschbetrages ersetzt. Insgesamt erweist sich die Neuregelung des Vergütungsrechts im Hinblick auf den vorläufigen Sachwalter als sachgerecht. Die Beseitigung der bisherigen, nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter war längst überfällig. Die Berechnungsgrund-

lage erscheint in Bezug auf die Tätigkeit des vorläufigen Sachwalters als angemessen.

### IV. Brennpunkt: Unabhängigkeit des Sachwalters

Herzstück des Eigenverwaltungsverfahrens ist der Kompromiss zwischen Überwachung des Schuldners in Form des Sachwalters auf der einen sowie dem Verbleib der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bei dem Schuldner.<sup>152)</sup> Das Öl im Getriebe dieses Kompromisses stellt die Unabhängigkeit des Sachwalters dar: Ohne einen unabhängigen Sachwalter können weder die Interessen der Gläubiger noch die Interessen des Schuldners ausreichend geschützt werden, so dass das Verfahren zum Scheitern verurteilt ist. Die Unabhängigkeit des Sachwalters ist von derart zentraler Bedeutung, dass selbst bei einstimmigen Konsens der Gläubiger bzgl. der Person des Sachwalters vor einer Bestellung abgesehen werden muss, wenn sich der gewählte Sachwalter als nicht in ausreichendem Maße unabhängig erweist.<sup>153)</sup> Es stellt sich daher die Frage, durch welche Regelungen das neue Eigenverwaltungsrecht die Unabhängigkeit beeinflusst und ob diese hinreichend abgesichert ist.

#### 1. Möglichkeit der Bestellung eines Sondersachwalters<sup>154)</sup>

Ursprünglich noch im Gesetzentwurf vorgesehen war die Person des sogenannten Sondersachwalters. Die Bestellung eines Sondersachwalters war möglich, soweit bei der Bestellung des Sachwalters einem Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses oder des Schuldners gefolgt wurde. Der Sachwalter wird sofern er durch Gläubigerausschuss oder Schuldner vorgeschlagen wurde, regelmäßig eine besondere Nähe zu einem der Beteiligten aufweisen. Durch diese Verstrickung ist zu befürchten, dass er aus Gründen des Schutzes des ihm nahestehenden Beteiligten seine Rolle sehr voreingenommen wahrnimmt.<sup>155)</sup> Um die Unabhängigkeit zu wahren und den Sachwalter zu kontrollieren, erschien es notwendig, eine zusätzliche, nicht durch Vorschlagsrechte beeinflusste Person zu beauftragen.<sup>156)</sup> Während der Sondersachwalter im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens gestrichen wurde,<sup>157)</sup> bestehen die Vorschlagsrechte indes fort. Während dem vorläufigen Gläubigerausschuss ein uneingeschränktes Vorschlagsrecht aus § 274 Abs. 1 i. V. m. § 56a Abs. 2 Satz 1 InsO zusteht, steht dem Schuldner zwar nur im Schutz-

143) BGH DZWIR 2017, 529, 530.

144) BGH ZVI 2016, 497 = NZI 2016, 796, 797.

145) BGH DZWIR 2017, 529, 530; BGH ZVI 2016, 497 = NZI 2016, 796, 797.

146) Begründung zu § 12a InsVV-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 213.

147) Begründung zu § 12a InsVV-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 213.

148) BeckOK KostR/Budnik, 34. Ed., 2021, § 12a InsVV Rz. 8.

149) Frind, ZIP 2021, 171, 177.

150) BeckOK KostR/Budnik (Fußn. 148), § 12a InsVV Rz. 9.

151) BeckOK KostR/Budnik (Fußn. 148), § 12a InsVV Rz. 9.

152) MünchKomm-Kern (Fußn. 8), § 270c Rz. 1.

153) Braun/Blümle (Fußn. 117), § 56a Rz. 31.

154) Zum Institut des Sondersachwalters näher Sämisch/Deichgräber, ZInsO FOKUS Sanierung 2020, 2364.

155) Vgl. Sämisch/Deichgräber, ZInsO FOKUS Sanierung 2020, 2364, 2365.

156) Allgemeiner Teil der Begründung zum InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 94.

157) Begründung zur Streichung des § 274a InsO-RegE, BT-Drucks. 19/25353, S. 14.

schirmverfahren ein entsprechendes Vorschlagsrecht zur Verfügung (§ 270d Abs. 2 Satz 2 InsO). Doch wie oben dargelegt,<sup>158)</sup> unterscheiden sich die Voraussetzungen des Schutzschirmverfahrens nicht mehr erheblich von den Zugangsvoraussetzungen der Eigenverwaltung selbst, so dass im Ergebnis jedem Schuldner die Möglichkeit offensteht, ein entsprechendes Vorschlagsrecht für sich in Anspruch zu nehmen. Die Bestellung eines Sondersachwalters hätte in den meisten Fällen auch nicht zu einer Masseschmälerung, sondern vielmehr zu einem Massezuwachs geführt.<sup>159)</sup> Es verwundert daher, dass der Gesetzgeber auf eine Absicherung der Unabhängigkeit verzichtet hat. Hier wurde eine wichtige Chance, die Neutralität des Verfahrens zu fördern und das Vertrauen in das Verfahren zu stärken, vertan.

## 2. Anpassung des § 56 InsO

Im Zuge des SanInsFoG wurde § 56 Abs. 1 Satz 2 InsO neu eingefügt. Dieser ist über § 274 Abs. 1 InsO auch auf die Bestellung des Sachwalters anwendbar. § 56 Abs. 1 Satz 2 InsO regelt, dass ein vorheriger Restrukturierungsbeauftragter oder Sanierungsmoderator des Schuldners nur mit Zustimmung des vorläufigen Gläubigerausschusses zum Sachwalter desselben Schuldners bestellt werden kann, wenn mindestens zwei der drei Voraussetzungen des § 22a Abs. 1 InsO vorliegen. Sind weniger als zwei Voraussetzungen des § 22a Abs. 1 InsO erfüllt, entfällt das Zustimmungserfordernis des vorläufigen Gläubigerausschusses, so dass das Gericht allein über die Bestellung zum Sachwalter entscheiden kann.<sup>160)</sup> Die Unabhängigkeit des Sachwalters ist damit in erheblich geringerem Umfang abgesichert als beim Vorhandensein eines vorläufigen Gläubigerausschusses. Dies ist nicht einsichtig, da auch in kleineren Verfahren die Gläubigerinteressen nicht minder schutzwürdig sind. Da in solchen Verfahren kein vorläufiger Gläubigerausschuss gebildet wird, wäre hier über andere Schutzmechanismen nachzudenken. In Betracht käme beispielsweise ein Vetorecht der Gläubigerschaft in der Form, dass in einer bestimmten Frist nach Bestellung des Sachwalters durch das Gericht eine Mehrheit der Gläubiger der Bestellung widersprechen kann. Dies würde den zügigen Ablauf des Verfahrens nicht über Gebühr behindern, den Gläubigerinteressen jedoch angemessen Rechnung tragen.

Da es sich bei dem Merkmal der Unabhängigkeit des Sachwalters um ein Tatbestandsmerkmal handelt, sind die Tatbestandsvoraussetzungen durch das Gericht von Amts wegen zu prüfen.<sup>161)</sup> Zur Feststellung der Unabhängigkeit dürfte es in der Regel genügen, wenn der (vorläufige) Sachwalter mindestens den Fragebogen des VID<sup>162)</sup> oder des BAKinso<sup>163)</sup> vor Bestellung vorlegt und die Einhaltung der GOI versichert.<sup>164)</sup> Hierin werden alle Gesichtspunkte abgefragt, die die Unabhängigkeit der Amtsführung oder der Tätigkeit abstrakt beeinflussen können. Das Gericht hat die Möglichkeit, Erkenntnisse zu gewinnen, Zweifel auszuräumen und trotzdem die Unabhängigkeit nach eigenen Maßstäben zu definieren. Der Unabhängigkeit abträglich ist in der Regel eine Vorberatung zwischen dem Schuldner und dem künftigen Sachwalter.<sup>165)</sup> Abzugrenzen ist eine solche Vorberatung jedoch von einem informationellen Gespräch, in dem le-

diglich allgemeine Informationen ausgetauscht werden, ohne dass der (künftige) Sachwalter dem Schuldner jedoch Ratschläge erteilt.<sup>166)</sup> Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist dabei der Inhalt der Gespräche. Hierbei kann sich an dem ebenfalls neu in die InsO aufgenommenen § 10a Abs. 1 InsO orientiert werden. Die dort aufgeführten (nicht abschließenden)<sup>167)</sup> Themen dürfen in aller Regel als typische Gegenstände eines Informationsgesprächs im o. g. Sinne zu einzuordnen sein. Um keine Zweifel an der Unabhängigkeit des (künftigen) Sachwalters aufkommen zu lassen, sollte jedoch auch ein solches Informationsgespräch auf ein Minimum beschränkt werden. Unterlässt das Gericht die Prüfung und unterlässt der eingesetzte Sachwalter beispielsweise die ordnungsgemäße Ermittlung und Durchsetzung von Haftungsansprüchen, dürfte bei Schaden für die Gläubiger auch ein Amtshaftungsanspruch zu prüfen sein. Die unterlassene Prüfung ist unter keinen Umständen durch die Notwendigkeit schneller Entscheidungen zu rechtfertigen.

## 3. Entlassung des Sachwalters, § 274 Abs. 1 i. V. m. § 59 InsO

Des Weiteren wurde die Möglichkeit zur Entlassung des Sachwalters gem. § 274 Abs. 1 i. V. m. § 59 InsO angepasst. Nunmehr steht neben dem Gläubigerausschuss, der Gläubigerversammlung und dem Sachwalter selbst auch dem Schuldner sowie einzelnen Insolvenzgläubigern ein Antragsrecht zu,<sup>168)</sup> wenn auch unter zusätzlichen Voraussetzungen. Schuldner und Insolvenzgläubiger müssen den Antrag auf Entlassung des Sachwalters innerhalb von sechs Monaten nach Bestellung stellen und zudem die mangelnde Unabhängigkeit des Sachwalters glaubhaft machen, § 59 Abs. 1 Satz 3 InsO. Die Aufnahme des Schuldners und einzelner Insolvenzgläubiger in den Kreis der Antragsberechtigten ist zu begrüßen. Hierdurch wird sichergestellt, dass

158) S. oben unter III. 5.

159) S. hierzu ausführlich *Sämisch/Deichgräber*, ZInsO FOKUS Sanierung 2020, 2364, 2366; anders aber Begründung zur Streichung des § 274a InsO-RegE, BT-Drucks. 19/25353, S. 14.

160) Begründung zu § 56 InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 197.

161) Vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 InsO; Braun/*Blümle* (Fußn. 117), § 56a Rz. 31; MünchKomm-Graeber, InsO, 4. Aufl., 2019, § 56 Rz. 25.

162) Abrufbar unter <https://www.bak-inso.de/app/download/11676093898/bakinsos%20fragebogen%20unabhngigkeit%20stand%205112012.pdf?t=1563790430> (zuletzt abgerufen am 23. 8. 2021).

163) Abrufbar unter <https://www.bak-inso.de/app/download/11676093898/bakinsos%20fragebogen%20unabhngigkeit%20stand%205112012.pdf?t=1563790430> (zuletzt angerufen am 23. 8. 2021).

164) Ebenfalls für die Verwendung von Fragebögen eintretend: Andres/Leithaus/Andres, InsO, 4. Aufl., 2018, § 56 Rz. 4 unter Verweis auf den Fragebogen von *Frind u. a.*, ZInsO 2012, 368; Braun/*Blümle* (Fußn. 117), § 56 Rz. 42; gegen Fragebögen argumentierend dagegen *Siemon*, ZInsO 2014, 938.

165) Nerlich/Römermann/*Delhaes/Römermann*, InsO, 42. Erg.-Lfg., Stand: Februar 2021, § 56 Rz. 17.

166) Vgl. § 56 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 InsO.

167) Begründung zu § 10a InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 192 f.; BeckOK InsO/*Madaus*, InsO, 23. Ed., § 10a Rz. 4.

168) Dies beruht insoweit auf Art. 26 Abs. 1 lit. d RL (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlamentes und des Rates über präventive Restrukturierungsmaßnahmen, über Entschuldung sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz).

auch Benachteiligungen des Schuldners oder einzelner Insolvenzgläubiger sanktioniert werden können. Die Bürde der Glaubhaftmachung ist dabei zwar eine hohe Hürde, die aber zur Verhinderung des Missbrauchs des Antragsrechts erforderlich ist. Die Entlassung des Sachwalters auf Antrag der Betroffenen kann jedoch nur ultima ratio sein, angebracht wäre es stattdessen, abhängige Sachwalter von vornherein von dem Amt fernzuhalten bzw. sie zumindest der Kontrolle einer zweiten – neutralen – Person<sup>169)</sup> zu unterstellen. Zumindest ist durch die Entlassungsmöglichkeit und der ggf. daran anschließenden Haftung nach § 274 Abs. 1 i. V. m. § 60 InsO jedoch eine Grundtendenz der Absicherung der Unabhängigkeit erkennbar.

#### 4. „Bremer Modell“<sup>170)</sup>

Dass die bisherigen Sicherungsmechanismen nicht ausschöpfend sind, zeigt das sog. „Bremer Modell“. Das „Bremer Modell“ beschreibt die gängige Praxis einiger Insolvenzdienstleister, durch Ausnutzung von Zuständigkeits- und Vorschlagsregelungen die Bestellung des gewünschten Insolvenzverwalters bzw. Sachwalters bewusst herbeizuführen.<sup>171)</sup> Zunächst akquirieren Insolvenzdienstleister geeignete Unternehmen, lassen sich die Gesellschaftsanteile übertragen und tauschen die Führungsebene durch eigene Mitarbeiter aus.<sup>172)</sup> Kern des Bremer Modells ist dabei die Vorgehensweise, den Unternehmenssitz an einen bestimmten Ort zu verlegen und eine Umfirmierung der Gesellschaft vorzunehmen.<sup>173)</sup> Hierdurch konnte der konkret zuständige Insolvenzrichter eigenhändig „ausgewählt“ werden.<sup>174)</sup> Dieser Richter folgt sodann dem Vorschlag des schuldnerischen Unternehmens zur Bestellung eines gewünschten Insolvenzverwalters oder Sachwalters.<sup>175)</sup> Im letzten Schritt folgt dann die Beauftragung des Insolvenzdienstleiters durch den Insolvenzverwalter bzw. Sachwalter.<sup>176)</sup> Diese Vorgehensweise, für die enge Verflechtungen zwischen Insolvenzdienstleister, in dessen Hand sich das schuldnerische Unternehmen befindet, und vorgeschlagenem Insolvenzverwalter bzw. Sachwalter symptomatisch sind, stellt die Unabhängigkeit des Sachwalters in vielen Fällen in Frage.<sup>177)</sup> Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters bzw. des Sachwalters ist in diesen Fällen derart erschüttert, dass eine Bestellung unter keinen Umständen erfolgen darf.<sup>178)</sup> Da die Unabhängigkeit des Sachwalters Tatbestandsvoraussetzung (§ 56 Abs. 1 Satz 2 InsO) ist, ist sie für das Gericht von Amts wegen zu prüfen.<sup>179)</sup> Soweit das Gericht von einem solchen System Kenntnis erlangt, muss vom Vorschlag des schuldnerischen Unternehmens zwingend abgewichen werden, da ansonsten die Integrität des Verfahrens sowie das Gläubigerinteresse nachhaltig beeinträchtigt würden. Es ist zu befürchten, dass der Sachwalter u. U. von einer Anfechtung der Zahlungen des schuldnerischen Unternehmens an den Insolvenzdienstleister absieht, um abzusichern, dass er auch bei künftigen Insolvenzfällen, die der Insolvenzdienstleister betreut, als Sachwalter oder Insolvenzverwalter vorgeschlagen wird.<sup>180)</sup> Auch die Geschäftsleiterhaftung gem. § 15b InsO<sup>181)</sup> erscheint gefährdet,<sup>182)</sup> da eine Belangung der ehemaligen Geschäftsleitung den Ruf des Insolvenzdienstleiters schädigen und so künftige Beauftragungen unterbinden könnte. Zudem dürfte der bestellte Sachwalter bzw. Insolvenzverwalter den Insolvenzdienst-

leister regelmäßig beauftragen unabhängig davon, ob eine Eauftragung tatsächlich erforderlich und sinnvoll ist, da ansonst der Insolvenzdienstleister nicht von der Bestellung des vorgeschlagenen Insolvenzverwalters bzw. Sachwalters profitiert. Hierdurch würde die Masse über Gebühr belastet.<sup>183)</sup> Da die Unabhängigkeit durch alle diese Punkte bedroht wird und diese Systeme nicht zusätzlich begünstigt werden sollten, ist eine Bestellung des vorgeschlagenen Insolvenzverwalters bzw. Sachwalters in solchen Fällen ausnahmslos immer abzulehnen. Zusätzlich sollte dem „Bremer Modell“ durch weitere gesetzliche Hürden begegnet werden.<sup>184)</sup> Hier käme z. B. eine Anpassung der Regelungen zur Zuständigkeit der Insolvenzgerichte betrachtet, wonach eine Verlegung des Unternehmenssitzes innerhalb eines bestimmten Zeitraums vor Insolvenzantragstellung (z. B. sechs Monate) außer Betracht bleibt.<sup>185)</sup> Sofern dies nicht pauschal gelten soll, kann u. U. auch eine besondere Begründungspflicht des Schuldners zur Verlegung des Unternehmenssitzes vorgesehen werden. Damit einhergehend sollte dann eine besondere Prüfungspflicht des Gerichts gesetzlich verankert werden, wonach ein Gericht seine Zuständigkeit nur annehmen kann, wenn für die Verlegung des Unternehmenssitzes nachhaltige Gründe bestehen und die Unabhängigkeit des Verfahrens gewährleistet ist. Die strikte Beachtung der Unabhängigkeit durch das Gericht dient auch dem Schutz der in ggf. in Abhängigkeit geratende Verwalter bzw. Sachwalter.

#### V. Anwendung des alten Rechts nach dem COVInsAG

Nach Darstellung des neuen Eigenverwaltungsrechts sowie seiner Problemfelder, verbleibt lediglich der Hinweis, dass das alte Eigenverwaltungsrecht gem. § 5 Abs. 1 COVInsAG weiterhin auf Insolvenzverfahren Anwendung findet, wenn diese im Jahr 2020 beantragt werden und auf die COVID-19-Pandemie zurückzuführen sind. Der Nachweis der Pandemiebedingtheit kann dabei

169) Z. B. der Sondersachwalter, s. oben unter IV 1.

170) Vgl. *Smid*, ZInsO 2021, 981.

171) Ausführlich und umfassend *Smid*, ZInsO 2021, 981.

172) *Smid*, ZInsO 2021, 981, 982 f.

173) *Wehmeyer*, Geheim-Absprachen, Drohungen, Justiz-Krimi: So soll sich ein deutsche Top-Kanzlei das Insolvenzverfahren einer Milliarden-Pleite erschlichen haben, *Business Insider* v. 27. 9. 2020, abrufbar unter: <https://www.businessinsider.de/wirtschaft/heimlich-absprachen-drohungen-justiz-krimi-so-soll-sich-eine-deutsche-top-kanzlei-das-insolvenzverfahren-einer-milliarden-pleite-erschlichen-haben/> (zuletzt abgerufen am 9. 8. 2021).

174) Vgl. *Wehmeyer* (Fußn. 173).

175) *Smid*, ZInsO 2021, 981, 983.

176) *Smid*, ZInsO 2021, 981, 983.

177) *Smid*, ZInsO 2021, 981, 989.

178) Nuanciert *Smid*, ZInsO 2021, 981, 989.

179) Vgl. auch § 5 Abs. 1 Satz 1 InsO; *Braun/Blümle* (Fußn. 117), § 56a Rz. 31; *MünchKomm-Graeber* (Fußn. 161), § 56 Rz. 25.

180) *Smid*, ZInsO 2021, 981, 983.

181) Ehemals § 64 GmbHG, § 92 Abs. 2, § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, § 130a Abs. 1, 2 auch i. V. m. § 177a HGB, § 34 Abs. 2, 3 Nr. 4, § 99 GenG.

182) Vgl. *Smid*, ZInsO 2021, 981, 983.

183) Vgl. *Smid*, ZInsO 2021, 981, 983.

184) Näher zu Reformvorschlägen infolge des „Bremer Modells“ *Smid*, NZI 2021, 710.

185) Ähnlich auch *Smid*, NZI 2021, 710, 711 f., der in Anlehnung an Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 2 EUInsOV eine dreimonatige Nichtberücksichtigungsfrist für eine Sitzverlegung vorschlägt.

erbracht werden, indem eine Bescheinigung einer geeigneten Person vorgelegt wird, aus der die Erfüllung von drei kumulativen Kriterien hervorgeht, § 5 Abs. 2 COVInsAG. Zum einen darf vor dem 1. 1. 2020 noch keine Insolvenzreife vorgelegen haben. Zweitens muss im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr vor der Pandemie ein Gewinn erzielt worden sein. Und drittens muss das Unternehmen während der Pandemie eine Umsatzeinbuße i. H. v. mehr als 30 % erlitten haben. Die beiden letztgenannten Voraussetzungen können gem. § 5 Abs. 2 Satz 2 COVInsAG ggf. durch Darlegung branchenspezifischer Besonderheiten oder sonstiger Umstände oder Verhältnisse, aus denen sich die Pandemiebedingtheit der Insolvenzreife ergeben, ersetzt werden. Alternativ zur Bescheinigung kann der Schuldner gem. § 5 Abs. 3 COVInsAG im Eröffnungsantrag darlegen, dass vor dem 1. 1. 2020 keine fälligen, unbestrittenen Forderungen gegen ihn bestanden. Der Schuldner muss dabei die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Angaben versichern. Die Absätze 2 und 3 des § 5 COVInsAG begründen lediglich Vermutungen, so dass weitere ungenannte Fälle möglich sind.<sup>186)</sup>

In diesem gegebenen Rechtsrahmen könnte problematisch sein, dass der Schuldner eine Quasi-Rechtswahl zwischen dem alten und dem neuen Recht vornehmen könnte, indem er bewusst die Bescheinigung nach § 5 Abs. 2 COVInsAG vorlegt oder auch eben nicht.<sup>187)</sup> Dies ist indes nur auf den ersten Blick der Fall, da die Absätze 2 und 3 lediglich unwiderlegliche Vermutungen aufstellen, das Gericht also auch bei Nichtvorlage der Bescheinigung die Pandemiebedingtheit der Insolvenzreife von Amts wegen zu prüfen hat.<sup>188)</sup> Hierzu ist ggf. die Hinzuziehung von Sachverständigen erforderlich, was die Masse belasten kann.<sup>189)</sup> Dies ist im Interesse eines ordnungsgemäßen Verfahrens indes hinzunehmen. Die einzige denkbare Situation einer missbräuchlichen tatsächlichen Quasi-Rechtswahl durch den Schuldner ist die Ausstellung einer falschen Bescheinigung zugunsten des Schuldners. In Anbetracht der Professionalität der nach dem COVInsAG zur Ausstellung berechtigten Personen, dürfte dies aber eher fernliegend sein, so dass dieser theoretisch denkbare Fall zu vernachlässigen ist.

§ 5 Abs. 6 COVInsAG enthält eine Modifikation des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO a. F. Demnach sind Nachteile für die Gläubiger nicht schon allein deshalb anzunehmen, wenn der Schuldner keine Vorkehrungen zur Sicherstellung seiner Fähigkeit zur Erfüllung insolvenzrechtlicher Pflichten getroffen hat. Im Gegenzug<sup>190)</sup> werden dafür durch § 5 Abs. 5 COVInsAG die Befugnisse des (vorläufigen) Sachwalters in Form der möglichen Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts erweitert.

Stellt das Insolvenzgericht im Nachhinein fest, dass es die Pandemiebedingtheit fehlerhaft bestätigt hat, so kann es die (vorläufige) Eigenverwaltung gem. § 5 Abs. 4 COVInsAG aufheben. Dem Gericht wurde mithin Ermessen hinsichtlich der Aufhebung ein-

geräumt. Das Gericht kann daher die Eigenverwaltung bestehen lassen, wenn sich hieraus keine Nachteile oder sogar Vorteile für die Gläubiger ergeben.<sup>191)</sup> Eine Aufhebung ist dagegen angezeigt, wenn der Schuldner missbräuchlich gehandelt hat, z. B. wenn er sich bewusst eine fehlerhafte Bescheinigung gem. § 5 Abs. 2 COVInsAG hat ausstellen lassen oder absichtlich unwahre Erklärungen gem. § 5 Abs. 3 COVInsAG abgegeben hat.<sup>192)</sup>

## VI. Fazit

Die längst überfällige Reform des Eigenverwaltungsrechts ist ausdrücklich zu begrüßen. Der Gesetzgeber lässt mit den Neuregelungen sehr gute Ansätze erkennen und regelt die Eigenverwaltung erstmals stringent und systematisch. Durch die erhöhten Zugangsvoraussetzungen werden ungeeignete Verfahren in Zukunft mit größerer Wahrscheinlichkeit als bisher von vornherein aussortiert, so dass Insolvenzverfahren von Anfang an wirtschaftlich gestaltet werden können. Schuldner werden angehalten, die Eigenverwaltung sorgfältig vorzubereiten, so dass zukünftig mit einer erhöhten Erfolgsquote von Eigenverwaltungsverfahren zu rechnen ist, was das Negativstigma der Insolvenz weiter abmildern wird. Dabei sind die Anforderungen an den Schuldner nunmehr transparent geregelt, was zu einer Erhöhung der Rechtssicherheit beiträgt. Schuldner können hierdurch zudem besser abschätzen, ob das Eigenverwaltungsverfahren für sie in Betracht kommt und werden nicht durch unvorhersehbare Anforderungen überfordert. Es zeigen sich hier und dort kleinere Unstimmigkeiten, die der Gesetzgeber besser hätte vermeiden können. Hier bietet es sich an, diese durch kompakte Reformen während der nächsten Legislaturperiode auszubessern, um eine reibungslose Anwendung der Vorschriften zu gewährleisten. Deutlicher Verbesserungsbedarf besteht indes noch in Bezug auf die Sicherstellung der Unabhängigkeit des Sachwalters. Der Gesetzgeber sollte der Neutralität des Sachwalters als Herzstück der Eigenverwaltung mehr Aufmerksamkeit widmen und einen stärkeren Schutz gewährleisten. Hier wäre insbesondere die Wiedereinführung des Sondersachwalters begrüßenswert und würde dem Verfahren zu mehr Integrität verhelfen.<sup>193)</sup> Insgesamt lässt sich die Neufassung des Eigenverwaltungsrechts jedoch sehen und stellt sich als sinnvolle, die zentralen Empfehlungen der ESUG-Evaluation beherzigende Gesetzesreform dar. Wie sich das neue Recht in der Praxis behauptet, bleibt abzuwarten.

186) BeckOK InsO/Ellers, 23. Ed., 2021, § 5 COVInsAG Rz. 8.

187) Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 754.

188) Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 754.

189) Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 754.

190) Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 754; vgl. auch Nerlich/Römermann/Römermann, InsO, 42. Erg.-Lfg. Stand: Februar 2021, § 5 COVInsAG Rz. 48.

191) BeckOK InsO/Ellers (Fußn. 186), § 5 COVInsAG Rz. 34.

192) BeckOK InsO/Ellers (Fußn. 186), § 5 COVInsAG Rz. 34.

193) S. hierzu auch Sämisch/Deichgräber, ZInsO 2020, 2364, 2366.