

nicht unkritisch zu sehen.<sup>30</sup> Sie entspringt letztlich einem als solchen empfundenen Unwerturteil, welches die hierfür zuständigen Gläubiger nicht äußern und welches daher auf anderem Wege umgesetzt wird.

Diese mangelnde Beteiligung der Gläubiger verwundert jedoch nicht. Wie bereits festgestellt, werden bereits unerlaubte Handlungen nur ausnahmsweise geltend gemacht, obwohl ein möglicher Rechtsgrund dem Gläubiger bekannt ist. Die Entscheidung über eine Restschuldbefreiung wird zudem erst am Ende des Insolvenzverfahrens getroffen, das mitunter Jahre nach Eröffnung liegt, also zu einem Zeitpunkt, zu welchem die Gläubiger die vormalige Geschäftsbeziehung zum Schuldner bereits vergessen bzw. Forderungen abgeschrieben haben. Zudem erfordert ein Versagungsantrag gem. §§ 290 Abs. 1, 300 InsO, dass einer der dortigen Gründe angeführt wird. Sollten diese Gründe in der (fehlenden) Mitwirkung im laufenden Insolvenzverfahren verortet sein, setzt dies eine Verfahrensbeobachtung durch den Gläubiger voraus, eine faktisch realitätsfremde Prämisse.

#### IV. Fazit

Insgesamt ist festzustellen, dass die Beteiligungsrechte der Gläubiger in Sanierungs- und Insolvenzverfahren breit aufgestellt sind, jedoch in der Praxis nur wenig genutzt werden. Doch erfordert dies Änderungen? Nein. Das zurückhaltende

Engagement der Gläubigerschaft hat jeweils gute Gründe. Es gibt keinen Anlass, die Rechte der Gläubiger noch weiter auszubauen, wenn schon die vorhandenen nicht vollständig genutzt werden. Zu überlegen wäre ggf., die Möglichkeiten einer gerichtlichen Schuldenbereinigung auszuweiten oder die an die Stellung eines Gläubigerinsolvenzantrags geknüpften Voraussetzungen zu erleichtern. Für eine Beschneidung der Gläubigerrechte gibt es ebenfalls keinen Grund, ist die Gläubigerbefriedigung doch wesentliches Verfahrensziel und die zumindest eingeräumte theoretische Möglichkeit für die Gläubiger, sich zu engagieren, durchaus sachgerecht und legitim.

„Never change a running system“ ist daher hier kein Ausdruck einer Stagnation oder fehlender Änderungsbereitschaft. Vielmehr zeigt die Realität, dass die Arbeit gerade der Insolvenzverwalter und Insolvenzgerichte, basierend auf einem gut durchdachten Gesetzesrecht, in Deutschland ein hohes Niveau hat und ein besonderes Vertrauen der Gläubiger darin besteht, dass ihre Rechte auch ohne weiteres Zutun bestmöglich gewahrt werden. Dies ist ein Gütesiegel, auf das wir stolz sein können. Es bleibt daher auch abzuwarten, ob und in welchem Umfang die nationalen Standards u.a. die aktuellen Harmonisierungsbestrebungen auf EU-Ebene beeinflussen werden.

<sup>30</sup> Hackenberg, NZI 2022, 545.

## 11 Jahre Eigenverwaltung – Eine Bestandsaufnahme aus der Praxis

von Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht und Betriebswirt (IWW) Dr. Andreas Henkel, Hamburg\*

*14 Jahre nach Erscheinen des ersten ZInsO-Heftes trat im Jahr 2012 das ESUG in Kraft, mit welchem der Gesetzgeber u.a. das Rechtsinstitut der Eigenverwaltung aus dem Dornröschenschlaf holte. Nach einem holprigen und zu Recht kritisch beäugten (Neu-)Start sowie unausweichlichen Reformen durch das SanInsFoG im Jahr 2021 ist die (vorläufige) Eigenverwaltung heute ein gut funktionierendes Sanierungstool. Bei den anspruchsvollen und wirtschaftlich bedeutenderen Insolvenzverfahren hat sie die Fremdverwaltung, als sog. Regelverfahren, inzwischen verdrängt.*

### I. Historie

Zunächst soll – unvermeidbar etwas subjektiv gefärbt – die zeitliche Entwicklung in Erinnerung gerufen bzw. der jüngeren Leserschaft vorgestellt werden.

#### 1. Früher war nicht alles besser

Das Inkrafttreten der InsO im Jahr 1999 sowie die Einführung der Kostenstundung gem. § 4a InsO Ende 2001 führten zu einem deutlichen Anstieg eröffneter Insolvenzverfahren. Für einen weiteren Schub sorgte ab dem Jahr 2000 die Rezession durch das Platzen der New-Economy-Blase. Das Insolvenzrecht (vormals Konkursrecht) wurde relevanter, was zugleich der ZInsO neue Abonnenten bescherte.

#### a) Fremdverwaltung

In Relation zu den vielen Insolvenzverfahren, die fast sämtlich in Fremdverwaltung bearbeitet wurden, gab es in dieser Zeit

wenige Verwalter/innen, deutlich anders als heute. Allein aufgrund der Masse wurden viele Verfahren überwiegend durch sog. Schatten-<sup>1</sup> bzw. Grauverwalter<sup>2</sup> bearbeitet. Als Pendant hierzu hat sich in der Rechtsprechung später der Begriff Akquisitionsverwalter herausgebildet.<sup>3</sup> Gleichwohl gab es in den Kanzleien nur eine überschaubare Neigung, über neue Verwalter nachzudenken, die vorwiegend als Konkurrenz wahrgenommen wurden.<sup>4</sup>

\* Der Autor arbeitet in der Kanzlei SHNF in Hamburg und ist als Insolvenzverwalter/Sachwalter und Generalbevollmächtigter bzw. Berater in der Eigenverwaltung tätig. Er ist Mit-Herausgeber der ZInsO.

1 S. dazu: Smid, ZInsO 2018, 1815, 1827; Blankenburg, ZInsO 2018, 73, 74; Frind, ZInsO 2002, 745, 748.

2 BVerfG v. 3.8.2009 – 1 BvR 369/08, ZInsO 2009, 1641 Rn. 24; Pape, ZInsO 2015, 1650; 1652; Frind, InsbÜrO 2015, 47.

3 BVerfG v. 3.8.2009 – 1 BvR 369/08, ZInsO 2009, 1641 Rn. 24; BGH v. 13.10.2016 – IX AR (VZ) 7/15, ZInsO 2016, 2196 Rn. 14.

4 Zu dem v.a. damals weit verbreiteten sog. Gebietsschutz s. Frind, ZInsO 2002, 745, 747.

Betriebsfortführungen beschränkten sich vielfach auf den Insolvenzzgeldzeitraum. Nach Verfahrenseröffnung gab es meist entweder eine schnelle übertragende Sanierung oder eine Betriebseinstellung, ggf. verbunden mit einer Masseunzulänglichkeit. Häufig war gar nicht bekannt, welches Betriebsergebnis das insolvente Unternehmen aktuell erwirtschaftete und welche Handlungsoptionen sich daraus ableiten konnten. Gelegentlich verkauften Verwalter kleine Unternehmen – um unwirtschaftliche Masseverbindlichkeiten zu vermeiden – im Rahmen eines asset-deals an „irgendjemanden“, der dann z.T. wenige Monate später wieder Insolvenz anmeldete.

Im driver's seat saß bei der Verfahrensbearbeitung allein der unabhängige (vorläufige) Insolvenzverwalter. Für das Eröffnungsverfahren hatte sich als mildere Sicherungsmaßnahme – auch um die Haftungsgefahr für den vorläufigen Verwalter zu verringern – der Zustimmungsvorbehalt gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. InsO durchgesetzt. Der praktische Unterschied zur starken vorläufigen oder endgültigen Insolvenzverwaltung war und ist jedoch für den Schuldner – was der BGH so nicht sieht<sup>5</sup> – letztlich gering, u.a. weil die Verfügungsbefugnis über das Treuhandkonto, mithin i.a.R. dem neuen schuldnerischen „Geschäftskonto“, allein der schwache vorläufige Verwalter hatte und hat.

Juristische oder betriebswirtschaftliche Berater mit vertieften insolvenzspezifischen Kenntnissen, die – wie man das früher z.T. nannte – als „Gegenspieler“ des Verwalters auftreten konnten, gab es – anders als heute – kaum. Insolvenzen oder Konkurse hatten unter Anwälten und Beratern noch immer ein Schmuddel-Image. Im Rheinland machte damals das (angebliche) Bonmot eines Verwalters zu den Zielen eines Insolvenzverfahrens die Runde: 1. Vergütung erhöhen, 2. Haftung vermeiden und 3. Gläubigerbefriedigung anstreben.

## b) Eigenverwaltung

Anders als zu Zeiten der KO stand zwar die Eigenverwaltung seit 1999 im Gesetz (wie schon zuvor in der VerglO), wurde aber nur sehr selten angewandt oder beantragt. Das lag v.a. an zu hohen gesetzlichen Hürden: § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO a.F. regelte eine schuldnerungünstige Feststellungs-/Darlegungslast. Und das Eröffnungsverfahren, in dem die Weichen gestellt werden, konnte bei später beabsichtigter Eigenverwaltung nur als vorläufige Insolvenzverwaltung organisiert werden, sodass mit Eröffnung ein Wechsel der Verfahrensart unvermeidbar war, der zu unnötigen Reibungsverlusten führte.

Es bestand generell wenig Offenheit gegenüber diesem neuen Instrument, was seinen Grund auch in diversen ungeklärten Rechtsfragen<sup>6</sup> hatte. Einige – so wurde es seinerzeit in der ZInsO berichtet<sup>7</sup> – empfanden einen Eigenverwaltungsantrag geradezu als Zumutung. Die damals vorherrschende Sichtweise verdeutlicht ein in der ZInsO veröffentlichter Aufsatz eines Verwalters, wonach es beim Wesen der Eigenverwaltung darum gehe, die Position des Schuldners zu stärken und die des Verwalters zu schwächen.<sup>8</sup> So als sei ein Insolvenzverfahren eine Art Zweikampf und der Sachwalter der eigentliche Verwalter.

Die Gerichte waren ebenfalls zurückhaltend: Das AG Darmstadt führte aus, dass jemandem, der sein Unternehmen nicht aus eigener Kraft hat retten können, auch nicht die Sanierung und die Befriedigung seiner Gläubiger anvertraut werden könne.<sup>9</sup> In der Insolvenz – so das AG Duisburg – dürfe nicht „der Bock zum Gärtner gemacht“ werden.<sup>10</sup> Die Beauftragung vom Schuldner ausgewählter Sanierungs- und Insolvenzfachleute bedeute Fremdverwaltung im Kostüm der Eigenverwaltung unter Umgehung des § 56 InsO a.F.<sup>11</sup> Nach Ansicht des LG Bonn spreche – wegen der anonymen Struktur einer juristischen Person – eine indizielle Vermutung dafür, dass die Fortdauer der freien Verfügungsbefugnis der Schuldnerin zu einer Gefährdung der Masse führen kann.<sup>12</sup> „Dumm gelaufen! ... Nix mit Eigenverwaltung“ kommentierte wörtlich in einer Anmerkung ein Insolvenzverwalter, der mit diesem Rechtsinstitut offensichtlich nichts anfangen konnte.<sup>13</sup>

Eine in der ZInsO 2008 veröffentlichte ausführliche Untersuchung kam zu dem Ergebnis, dass für einen Anstieg der Zahl der Eigenverwaltungen ein umfassender Mentalitätswandel im Umgang mit Unternehmenskrisen und der Erfahrung des Scheiterns nötig sei.<sup>14</sup>

## 2. Gesetzgeberische Reformen

Dieser Wandel setzte allmählich ein. Zugleich stießen die Machtfülle der Insolvenzverwalter und die Art, wie mit dieser z.T. umgegangen wurde, trotz deutlicher Professionalisierung auf immer weniger Verständnis bei den Verfahrensbeteiligten. Im Nachgang zur Finanzkrise aus den Jahren 2007 und 2008 entwickelte sich – so in einem weiteren Aufsatz – die Erkenntnis, dass wir uns die allseits anzutreffende Ignoranz gegenüber der Eigenverwaltung eigentlich gar nicht leisten können.<sup>15</sup>

### a) ESUG

Der damalige Gesetzgeber reagierte und stärkte – nach längerer Diskussion – im Frühjahr 2012 mit dem ESUG die Beteiligungsrechte der Gläubiger und die Eigenverwaltung deutlich.<sup>16</sup> In diesem Zuge wurde auch die vorläufige Eigenverwaltung eingeführt (§§ 270a, 270b InsO a.F.).

5 BGH v. 21.7.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 66, wonach der (vorläufige) Sachwalter „die Fortführung durch den Schuldner ... lediglich zu überwachen“ habe und dies „Nicht anders ... bei dem schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter“ sei. Auch die Ausführungen von *Undritz*, FS Wehr, 2012, S. 339 Rn. 10, nach dem bei schwacher vorläufiger Insolvenzverwaltung im Ausgangspunkt der Schuldner über das Wie der Unternehmensfortführung entscheidet, beschreiben eher den theoretischen Ansatz des Gesetzgebers, nicht aber die gelebte Praxis.

6 S. dazu: *Köchling*, ZInsO 2003, 53; *Frind*, ZInsO 2002, 745, 751 f.

7 *Huntemann/Dietrich*, ZInsO 2001, 13, 14.

8 *Förster*, ZInsO 2003, 402 („Klartext: Wem nützt die Eigenverwaltung?“), der *Grub*, ZIP 1993, 393, 396 zitiert.

9 AG Darmstadt v. 26.2.1999 – 9 IN 1/99, ZInsO 1999, 176, 177.

10 AG Duisburg v. 1.9.2002 – 62 IN 167/02, ZInsO 2002, 1046, 1047.

11 AG Duisburg v. 1.9.2002 – 62 IN 167/02, ZInsO 2002, 1046, 1047.

12 LG Bonn v. 23.7.2003 – 6 T 135/03, ZInsO 2003, 806, 807.

13 *Förster*, ZInsO 2003, 808.

14 *Kranzusch*, ZInsO 2008, 1346, 1354.

15 *Pape*, ZInsO 2010, 1582, 1583.

16 BGH v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, ZInsO 2018, 1200 Rn. 20.

Ähnlich wie schon bei Einführung der InsO<sup>17</sup> war es das Ziel, das frühzeitigere Stellen von Insolvenzanträgen und die Planung der Verfahren zu fördern.<sup>18</sup> Es sollte – um die Sanierungschancen zu verbessern – vermieden werden, dass der Schuldner die Kontrolle über sein Unternehmen verliert und das Vertrauen der Geschäftspartner in die Geschäftsleitung des Schuldners zerstört wird.<sup>19</sup> Dabei geht es darum, die Kenntnisse und Erfahrungen der bisherigen Geschäftsleitung am besten zu nutzen.<sup>20</sup> Der vom Gericht eingesetzte (vorläufige) Sachwalter, der zwingend neutral und unabhängig sein muss, hat dabei grds. nur Überwachungs- und Kontrollaufgaben.<sup>21</sup> Obwohl die Eigenverwaltung bis dahin 14 Jahre lang im Gesetz stand, war sie zu dieser Zeit immer noch überwiegend Neuland. Verschiedene Rechtsfragen mussten erst noch geklärt werden, etwa die Haftung der Geschäftsleiter, die der BGH dann mit einer Analogie zu §§ 60, 61 InsO gelöst hat.<sup>22</sup>

## b) SanInsFoG

Das Eigenverwaltungsrecht in der Fassung des ESUG war sehr liberal und verzichtete weitgehend auf klare Vorgaben. Es stieß – auch unter Berücksichtigung der Umsetzung in der Praxis – zu Recht auf Kritik, so auch später im Bericht der seitens des BMJ beauftragten Forschergemeinschaft zur ESUG-Evaluierung v. 30.4.2018. Nach neuerlicher Diskussion zog der Gesetzgeber daraufhin mit Wirkung ab dem 1.1.2021 deutlichere Grenzen und erhöhte die Anforderungen an die Vorbereitung des Verfahrens.<sup>23</sup> Der kaum greifbare Nachteilsbegriff in § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO a.F. wurde abgeschafft.

Nach geltendem Recht ist nun ausdrücklich ein Konzept für die Eigenverwaltung samt Auseinandersetzung mit den Krisenursachen notwendig, § 270a Abs. 1 Nr. 2 InsO. Dieses Konzept kann einen Insolvenzplan, eine übertragende Sanierung oder in Ausnahmefällen auch eine Liquidation des Schuldners vorsehen.<sup>24</sup> Es muss nicht den Anforderungen des IDW S 6 genügen.<sup>25</sup> Anders als z.T. vertreten wird,<sup>26</sup> ist es nicht notwendig, konkrete Vorteile der angedachten Eigenverwaltung im Vergleich zur Fremdverwaltung aufzuführen.<sup>27</sup> Denn das Gesetz sieht weder ein Schlechterstellungsverbot noch – abgesehen von der Prognose zu den Verfahrenskosten gem. § 270a Abs. 1 Nr. 5 InsO – eine dahin gehende Vergleichsrechnung vor, wie sie im Insolvenzplanrecht geregelt sind (s. dort etwa §§ 220 Abs. 2 Satz 2, 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO).

(Erhebliche) Zahlungsrückstände sind nun grds. ein Ausschlusskriterium, § 270b Abs. 2 Nr. 1 InsO. Die Sicherstellung der Erfüllung insolvenzrechtlicher Pflichten und die Notwendigkeit, die Geschäftsführung an den Interessen der Gläubiger auszurichten (was schon bislang relevant war),<sup>28</sup> sind seit der Überarbeitung klar als Voraussetzung normiert (§§ 270a Abs. 1 Nr. 4, 270b Abs. 2 a.E. InsO). Dazu ist entsprechende Expertise hinsichtlich der Einhaltung der insolvenzrechtlichen Pflichten notwendig, die etwa durch Generalbevollmächtigte oder Berater sichergestellt werden kann.<sup>29</sup> Die Durchsetzung etwaiger Haftungsansprüche gegen Vertretungsorgane darf ausdrücklich nicht erschwert werden (§§ 270c Abs. 1 Nr. 3, 270e Abs. 1 Nr. 1 c), 272 Abs. 1 Nr. 1 c) InsO). Im Eigenver-

waltungsantrag ist der Stand von Verhandlungen mit Stake- und Shareholdern zu den in Aussicht genommenen Maßnahmen darzustellen, § 270a Abs. 1 Nr. 3 InsO. Zu den Kosten der Eigenverwaltung gibt es nun ebenfalls eine Regelung, wonach diese die Kosten des sog. Regelverfahrens grds. nicht wesentlich übersteigen dürfen, ausnahmsweise aber sogar eine wesentliche Überschreitung möglich ist, § 270b Abs. 2, 2. Alt. InsO. Im Rahmen der dazu notwendigen Vergleichsrechnung gem. § 270a Abs. 1 Nr. 5 InsO ist es – aufgrund der deutlich reduzierten Aufgaben des (vorläufigen) Sachwalters im Vergleich zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter – geboten, bei den fiktiven Kosten der Fremdverwaltung höhere Zuschläge gem. § 3 Abs. 1 InsVV anzusetzen als bei der (vorläufigen) Sachwalterung.<sup>30</sup>

Die parallel erfolgte Einführung des StaRUG verdeutlicht, dass der deutsche und der europäische Gesetzgeber zunehmend darauf setzen, es den Krisen-Unternehmen zu ermöglichen, die Sanierung/Restrukturierung ohne stärkere Eingriffe in die Verfügungsbefugnis selbst in die Hand zu nehmen (§§ 32 Abs. 1 Satz 1, 76 Abs. 2 Nr. 2 StaRUG). Diese Entwicklung wird aktuell noch dadurch getoppt, dass in dem diskutierten Richtlinienentwurf der EU v. 7.12.2022 für kleinere, auch stillgelegte Unternehmen sogar ein verwalterloses Insolvenzverfahren vorgesehen ist.<sup>31</sup> Die Prüfung von Anfechtungs-/Haftungsansprüchen scheint dabei nebensächlich zu sein. Dieser Ansatz schießt deutlich über das Ziel hinaus und ist mit dem Geist des deutschen Eigenverwaltungsrechts nicht kompatibel.

## II. Recht und Psychologie

In wirtschaftlichen Krisensituationen sind die Nerven angespannt. Darauf reagiert jede/r Beteiligte individuell und hat

17 BGH v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, ZInsO 2018, 1200 Rn. 16.

18 BT-Drucks. 17/5712, S. 19.

19 BGH v. 22.11.2018 – IX ZR 167/16, ZInsO 2018, 2796 Rn. 9.

20 BT-Drucks. 17/5712, S. 19; BGH v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, ZInsO 2018, 1200 Rn. 16, 63.

21 BGH v. 22.6.2017 – IX ZB 91/15, ZInsO 2017, 1813 Rn. 21, 25, 27, 28; v. 22.9.2016 – IX ZB 71/14, ZInsO 2016, 2077 Rn. 5; v. 21.7.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 43, 70.

22 BGH v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, ZInsO 2018, 1200; s. ferner: OLG Saarbrücken v. 7.12.2022 – 5 U 67/21, ZInsO 2023, 680, 690.

23 BT-Drucks. 19/24181, S. 202.

24 BT-Drucks. 19/24181, S. 204; HambKomm-InsO/Fiebig, 9. Aufl. 2022, § 270a Rn. 9; Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 756; kritisch bzgl. der Liquidation: Sämisch, ZInsO 2022, 438, 441.

25 HambKomm-InsO/Fiebig (Fn. 24), § 270a Rn. 9; Schoene, BB 2022, 586, 588.

26 Sämisch, ZInsO 2022, 438, 442.

27 So klingt es auch in der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 19/24181, S. 205) an: „Daneben können, müssen jedoch nicht, auch etwaige erwartete mittelbare werterhaltende Effekte eines Eigenverwaltungsverfahrens dargestellt werden.“

28 BGH v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, ZInsO 2018, 1200 Rn. 21, 28, 61; v. 20.12.2011 – VI ZR 14/11, ZInsO 2012, 878 Rn. 42; v. 7.12.2006 – V ZB 93/06, ZInsO 2007, 100 Rn. 8.

29 BT-Drucks. 19/24181, S. 205.

30 Schoene, BB 2022, 586, 590; s. ferner: Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 757.

31 Dazu: Smid/Wehdeking, ZInsO 2023, 198.

dabei unterschiedliche Motive für sein/ihr Verhalten und unterschiedliche Erwartungen an ein mögliches, aber meistens nicht gewolltes Insolvenzverfahren. Nicht immer – das ist auch klar – geht es dabei vorrangig um die Sache oder das große Ganze. Das neue Eigenverwaltungsrecht knüpft an diese Ausgangssituation an und versucht, eine mögliche (vorläufige) Eigenverwaltung in geordnete Bahnen zu lenken.

## 1. Handeln statt behandelt zu werden

Die Erfahrungen in der Praxis zeigen, dass es den Schuldner – als natürliche Person oder Vertretungsorgan einer (Kapital-)Gesellschaft – fast immer wichtig ist, in einer sich anbahnenden Insolvenz ihres noch lebenden Unternehmens die Zügel möglichst in der Hand zu behalten.<sup>32</sup> Von Ausnahmen abgesehen ziehen sie es vor, mit einem Sanierungsberater oder einer Sanierungsberaterin zusammenzuarbeiten, die sie (mit) ausgewählt haben und mit denen die Chemie stimmt, anstatt einem (vorläufigen) Insolvenzverwalter, der – je nach Typ – alle Entscheidungen allein trifft, nur zuzuarbeiten. Sie sind meist deshalb Unternehmer geworden, weil sie ihre Geschicke selbst regeln möchten und an die Idee der Eigenverantwortung glauben. Dieses Handlungsmotiv wirkt in der Krise fort.

Das Gesetz trägt dem Rechnung, indem die (vorläufige) Eigenverwaltung – wenn die erhöhten Voraussetzungen vorliegen – angeordnet werden muss<sup>33</sup> (s. etwa §§ 270f Abs. 1, 270b Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 InsO). Die Gesetzesbegründung zum SanInsFoG spricht davon, dass dem Schuldner ein rechtssicherer Weg in die Eigenverwaltung aufgezeigt wird.<sup>34</sup> Dabei dient das Insolvenzverfahren aber weiterhin nicht den Interessen des Schuldners und die maßgebliche Entscheidung, ob es in (vorläufiger) Eigenverwaltung durchgeführt werden soll oder nicht, obliegt den Gläubigern<sup>35</sup> (§§ 270e Abs. 1 Nr. 4, 272 Abs. 1 Nr. 3, 4 InsO). Ein unbedingtes, subjektives Recht des Schuldners auf Durchführung des Verfahrens in Eigenverwaltung gibt es nicht.<sup>36</sup>

Eigenverwaltungsverfahren sind bei Betriebsfortführungen inzwischen seit vielen Jahren Realität, bei großen Unternehmen und auch bei den KMU. Es ist kein Grund ersichtlich, warum in geeigneten Verfahren der redliche Schuldner – nur weil dieses Projekt wirtschaftlich (zunächst) gescheitert ist – nicht berechtigt sein soll, sich aktiv und gestaltend in die Sanierung einzubringen oder im Rahmen einer Liquidation daran mitzuwirken, den Schaden für alle Beteiligten in Grenzen zu halten. Ein starker zwangsweiser Eingriff in die Rechte des Schuldners,<sup>37</sup> der für ihn naturgemäß sehr belastend sein kann,<sup>38</sup> ist kein Selbstzweck und entspricht zumindest seit dem Jahr 2012 nicht mehr per se dem Willen des Gesetzgebers. Entscheidend ist die Dosis und auch im Rahmen einer (vorläufigen) Eigenverwaltung sind die Handlungsmöglichkeiten des Schuldners ja eingeschränkt.

## 2. Kultur der zweiten Chance

Nicht überzeugend ist es, alle Schuldner über einen Kamm zu scheren, wie das z.T. früher gemacht wurde.<sup>39</sup> Der Anteil von Kriminalinsolvenzen, die ohnehin nicht eigenverwaltungsge-

eignet sind, ist gering. Und auch der Anteil von beteiligten Hedge-Fonds, für die es vorteilhaft sei, für einen „2. Aufguss“ im driver's seat zu bleiben,<sup>40</sup> sollte nicht aufgebauscht werden. Sofern diese im Rahmen einer Eigenverwaltung die unbedingte wirtschaftliche Optimierung ihres Einsatzes bei gleichzeitigen Einschnitten zulasten der (Finanzierungs-)Gläubiger durchboxen wollen,<sup>41</sup> bietet das Recht – jdf. heute – genügend Möglichkeiten, dem entgegenzutreten.

Die Schuldner bzw. dessen Vertretungsorgane, die etwa Ingenieure/innen, Diplom-Kaufleute/Betriebswirte, ausgebildete Meister, Natur- oder Geisteswissenschaftler/innen oder gelernte Fachkräfte etc. sind, können – in Verfahren, die sich für die Eigenverwaltung eignen – mit ihrer Qualifikation, ihrer Erfahrung und ihrem Netzwerk ein Insolvenzverfahren konstruktiv nach vorn bringen. Notwendig ist dafür die vertrauensvolle Zusammenarbeit mit einem Generalbevollmächtigten, einem CRO oder einem Berater mit insolvenzrechtlicher Expertise. Gerade die Tatsache, dass diese Tätigkeiten in der Praxis vorwiegend durch Verwalterkanzleien abgedeckt werden, bietet – so viel Eigenlob auf die eigene Zunft darf sein – Gewähr dafür, dass diese Verfahren i.d.R. funktionieren.

Gerade angesichts der aktuellen massiven Herausforderungen braucht eine Volkswirtschaft Unternehmergeist und Innovationskraft. Deshalb sollten den Unternehmen, die sich an die Regeln halten, nicht unnötig Steine in den Weg gelegt werden, weder bei der Gründung noch bei der Restrukturierung bzw. beim Marktaustritt. Demotivation bringt uns nicht voran und bei eigenverwaltungsgeeigneten Verfahren und einem entsprechenden Antrag bewirkt starker Druck oft keine guten Ergebnisse. Dabei geht es nicht darum, lautstarken Gruppen und ihren Eigeninteressen zu folgen.<sup>42</sup> Unsere Wirtschaft und wir als Gesellschaft profitieren von einer Kultur der zweiten Chance, wie es sie in anderen Ländern längst gibt.<sup>43</sup> Diese haben wir in Deutschland grds. bei der Privatinsolvenz und brauchen sie auch für Unternehmen.<sup>44</sup>

32 Auch *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 762 berichtet von dem häufig vorgebrachten Wunsch der Geschäftsleitung, dass man sich mit der Eigenverwaltung wohler fühle.

33 *HambKomm-InsO/Fiebig* (Fn. 24), § 270b Rn. 2, § 270f Rn. 11; *FK-InsO/Oberle*, 10. Aufl. 2023, § 270b Rn. 7, § 270f Rn. 4; *Sämisch*, ZInsO 2022, 438, 444; *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 762 („kein Ermessen“).

34 BT-Drucks. 19/24181, S. 203.

35 BGH v. 27.1.2022 – IX ZB 41/21, ZInsO 2022, 526 Rn. 19, 21.

36 BGH v. 27.1.2022 – IX ZB 41/21, ZInsO 2022, 526 Rn. 17; a.A. wohl: *HambKomm-InsO/Fiebig* (Fn. 24), § 270b Rn. 2 („Rechtsanspruch“).

37 Nach *Weitzmann*, FS Wehr (Fn. 5), S. 385 Rn. 34 ist dieser im Rahmen einer „Beordnung“ gerechtfertigt, weil der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, seinen rechtlichen Verpflichtungen nachzukommen.

38 *Ries*, ZInsO 2013, 1612, 1617.

39 *Förster*, ZInsO 1999, 153 („Klartext: Von Böcken und Gärtnern“).

40 *Weitzmann* (Fn. 37), S. 385 Rn. 39.

41 Das ist die Befürchtung von *Weitzmann* (Fn. 37), S. 385 Rn. 39.

42 Dies befürchtet *Weitzmann*, ZInsO 2022, 447, 455.

43 <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/mittelstand/start-up-verband-fordert-kultur-der-zweiten-chance/19679460.html>; <https://gruenderfreunde.de/scheitern>.

44 *Pape*, ZInsO 2010, 1582, 1583.

### 3. Realitätsverdrängung

„Der Erfolg hat viele Väter, der Misserfolg ist ein Waisenkind“, lautet ein altes Zitat. Menschliche Schwächen, die jede/r hat, zeigen sich v.a. in Krisen, etwa wenn man sich bei einem Scheitern darauf konzentriert, nach Schuldigen zu suchen (meistens bei den anderen), anstatt nach vorn zu blicken und an Lösungen zu arbeiten. Unreflektierte Schuldner führen – was absurderweise in der Praxis immer wieder zu hören ist – z.B. das Finanzamt, die Steuerberaterin, die jeweilige Regierung, die Hausbank oder die Mitarbeitenden als Verantwortliche an oder berufen sich auf globale/nationale Krisen, von denen ihr Unternehmen eigentlich kaum betroffen ist. Das Gesetz macht nun unmissverständlich deutlich, dass fehlende Selbstkritik und das Verdrängen von Problemen nicht eigenverwaltungsgeeignet sind (s. etwa §§ 270a Abs. 1 Nr. 2, 270b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO). Vielmehr wird – so die Gesetzesmaterialien<sup>45</sup> – der die Eigenverwaltung anstrebende Schuldner angehalten, diese sorgfältig vorzubereiten und sich dabei selbst der Sinnhaftigkeit und Realisierbarkeit des Vorhabens zu versichern.

### III. Teamarbeit statt Vollstreckung

Die heutige Akzeptanz der Eigenverwaltung und ihre Dominanz bei den wirtschaftlich bedeutenderen Verfahren dürfte – neben den Modernisierungen im Recht – auch mit gesellschaftlichen Veränderungen und einer veränderten Arbeitswelt zu tun haben. Transparenz, Kommunikation, Beteiligung oder konstruktive Fehlerkultur werden heute zu Recht vermehrt eingefordert. Der Verwaltertyp, der alles kann und alles weiß (oder jdf. so tut), fast unbeschränkt agieren kann und einsam seine Entscheidungen trifft, ist kaum noch zeitgemäß. Das bestätigt ein Blick in die Medizin, wo die Rolle des „Halbgott in weiß“ sowohl bei den Patienten<sup>46</sup> als auch den Ärzten/innen selbst<sup>47</sup> kaum noch akzeptiert wird.

#### 1. Blick über den fachlichen Tellerrand

Die Insolvenz-/Konkursverwaltung ist seit Jahrzehnten stark juristisch geprägt. Das ist grds. auch richtig, v.a. bei der Vielzahl der sog. Ordnungsverfahren oder Privatinsolvenzen. Aber wenn es für die Beteiligten um Mehr geht, dann ist auch Mehr gefordert, sowohl bei der Eigen- als auch der Fremdverwaltung. Um ein Unternehmen durch die Krise zu führen und zu sanieren oder komplexe Werte bestmöglich zu erhalten, genügt die nur juristische oder vollstreckungsrechtliche Perspektive nicht. Es hat seinen Grund, weshalb Unternehmen nicht durch die Rechts- oder die Buchhaltungsabteilung geführt werden.

Die Eigenverwaltung hat dabei den Charme, dass sie im Idealfall (den es in der Praxis natürlich nicht immer gibt) in der Leitung des Insolvenzverfahrens mehrere Sichtweisen zusammenbringt, was idealerweise zu besseren Ergebnissen führt. Der/die Generalbevollmächtigte oder Berater/in inklusive Team bringt die Erfahrung in der Führung von Unternehmen, die sich in einer starken Krise befinden, sowie das insolvenzspezifische juristische und betriebswirtschaftliche Know-How mit. Und der Schuldner kennt im Idealfall sein Unternehmen

samt Geschäftsmodell gut und lange und verfügt über belastbare, gewachsene Geschäftsbeziehungen zu den Kunden, Lieferanten, Dienstleistern, Finanzierern und der Belegschaft, an die sich anknüpfen lässt. Anders als z.T. angenommen wird, werden diese Beziehungen i.a.R. durch die Insolvenz in Eigenverwaltung nicht gestört, zumal es bei dieser grds. keine Rückstände gegenüber den Arbeitnehmern und keine wesentlichen gegenüber weiteren Gläubigern geben darf (§§ 270a Abs. 2 Nr. 1, 270b Abs. 2 Nr. 1 InsO). Die Eigenverwaltung steht bei den Stakeholdern eher für Kontinuität und kann – als eines von mehreren Merkmalen – Vertrauen für die geplante Sanierung aufbauen.

#### 2. „Entscheidend ist, was hinten rauskommt“

So wie dieses bekannte Zitat von Helmut Kohl ist auch die Perspektive der Beteiligten eines Insolvenzverfahrens vorrangig ergebnisorientiert: Die Gläubiger wollen eine möglichst hohe Quote, die nicht allzu spät ausgezahlt wird, bzw. einen möglichst hohen Erlös aus ihren Absonderungsrechten. Bei einem lebenden Unternehmen wollen die Mitarbeitenden ihre Arbeitsplätze behalten, die Stakeholder ihren Vertragspartner nicht verlieren und der Schuldner will sein Unternehmen retten (meistens nach Möglichkeit für sich). Der Zweck eines Insolvenzverfahrens darf deshalb v.a. bei Betriebsfortführungen nicht auf die Gesamtvollstreckung reduziert werden (s. § 1 Satz 1 InsO für das Insolvenzplanverfahren). Nach richtiger, aber nicht einhelliger Meinung reichen Aufgabe und Mandat des Insolvenzrechts de facto und de jure deutlich über die Befriedigungs- bzw. Verteilungsfunktion hinaus<sup>48</sup> und stellt die bestmögliche Gläubigerbefriedigung kein absolutes Ziel der InsO dar.<sup>49</sup>

Für die Beteiligten, denen es mithin primär um das wirtschaftliche Ergebnis des Insolvenzverfahrens geht, spielt die Beschäftigung mit juristischen oder betriebswirtschaftlichen Detailproblemen – gerade in einer Sanierungssituation – kaum eine Rolle. In der Praxis werden diese Themen, wenn sie zu breit ausgewalzt werden, eher als Bremsklotz wahrgenommen. Gefragt ist somit vorrangig eine generalistische Perspektive,<sup>50</sup> ein gesundes Maß an Pragmatismus und Entscheidungsfreude. Die Eigenverwaltung, bei welcher der Schuldner als Unternehmer das Verfahren gemeinsam mit Insolvenzexperten steuert, kann diesen Ansatz – zum Wohl der Gläubiger – idealerweise verstärken. Das bedeutet nicht, dass nicht auch die Fremdverwaltung zu guten wirtschaftlichen Ergeb-

45 BT-Drucks. 19/24181, S. 203.

46 *Kiehn-Müller*, Deutsches Ärzteblatt 2010; 107 (42).

47 *Reuter-Herkner*, Deutsches Ärzteblatt 2020; 117 (35 – 36).

48 *Paulus*, ZIP 2022, 2465, 2471.

49 *HambKomm-InsO/A. Schmidt* (Fn. 24), § 1 Rn. 42; a.A.: *MünchKomm-InsO/Ganter/Bruns*, 4. Aufl. 2019, § 1 Rn. 85. Diese Diskussion zum Verfahrenszweck wirkt sich aber letztlich fast nie unterschiedlich aus. Denn die Sanierung eines Unternehmens inklusive Erhalt eines Großteils der Arbeitsplätze führt ohnehin fast immer dazu, dass auch die Quote für die Insolvenzgläubiger höher ausfällt.

50 <https://www.wiwo.de/erfolg/management/generalisten-gesucht-warum-aus-spezialisten-keine-guten-manager-werden/10805256.html>.

nissen führen kann. Beide Verfahrensarten stehen heute quasi im Wettbewerb, auf Augenhöhe.

#### IV. Fazit

Die Eigenverwaltung hat sich etabliert und wird vermutlich bleiben. Sie ist ein wichtiger Baustein auf dem Weg zu einer neuen, moderneren Sanierungskultur in Deutschland.<sup>51</sup> Dazu

passt zum Abschluss ein Zitat eines anderen verstorbenen Kanzlers: „...nur wenig ist von Dauer. ... und ... jede Zeit [will] eigene Antworten“ (Willy Brandt).

51 <https://www.finance-magazin.de/transformation/insolvenz/10-jahre-esug-praktiker-ziehen-bilanz-111342>.

## 25 Jahre ZInsO – 25 Jahre Insolvenzsteuerrecht: ein Rückblick

von Professor Dr. Jens M. Schmittmann, Essen\*

*Das Insolvenzsteuerrecht ist mangels einer detaillierten gesetzlichen Regelung im Wesentlichen von der Rechtsprechung des BFH sowie der FG geprägt. Der nachstehende Beitrag zeichnet nicht nur die Legislative und Judikative seit der Gründung der ZInsO nach, sondern stellt auch Bezüge zur Rechtsprechung des RFH und der EuGH her. Er ist nicht auf Vollständigkeit, sondern auf die Darstellung von Meilensteinen, die der Verfasser nach rein subjektiven Kriterien ausgewählt hat, angelegt.*

### I. Einleitung

Das weitgehend unabgestimmte Verhältnis zwischen Insolvenz- und Steuerrecht<sup>1</sup> stellt den Rechtsanwender immer wieder vor neue Herausforderung. Es ist daher schon von vielen Seiten an den Gesetzgeber appelliert worden, hier einzugreifen,<sup>2</sup> zumal die Unsicherheiten im Steuerrecht die Sanierung von Unternehmen massiv behindern.<sup>3</sup> Trotz der Erkenntnis, dass die Harmonisierung von Insolvenz- und Steuerrecht auch im Interesse der Sicherung des Wirtschaftsstandortes Deutschlands liegt<sup>4</sup> finden wir lediglich eine rudimentäre gesetzliche Regelung.

Gem. § 155 Abs. 1 InsO bleiben die handels- und steuerrechtlichen Pflichten des Schuldners zur Buchführung und zur Rechnungslegung durch die Insolvenzeröffnung unberührt. Der Insolvenzverwalter hat diese Pflichten in Bezug auf die Insolvenzmasse zu erfüllen hat. Gem. § 155 Abs. 2 Satz 1 InsO beginnt mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein neues Geschäftsjahr, wobei es dem Insolvenzverwalter freisteht, den mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens neu beginnenden Geschäftsjahresrhythmus zu ändern. Dazu reicht es aus, wenn der Insolvenzverwalter dies dem Handelsregister mitteilt. Eine förmliche Anmeldung ist nicht erforderlich, aber auch unschädlich.<sup>5</sup> Die Entscheidung des Insolvenzverwalters, zum satzungsmäßigen Geschäftsjahr der Gesellschaft zurückzukehren, muss durch eine Anmeldung zur Eintragung im Handelsregister oder durch eine sonstige Mitteilung an das Registergericht noch während des ersten laufenden Geschäftsjahres nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach außen erkennbar werden.<sup>6</sup>

Weiterhin ist § 55 Abs. 2 InsO zu beachten, wonach ein sog. „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter Masseverbindlichkeiten begründet und diese Regelung auch für Steuerverbindlichkeiten, unabhängig von der Steuerart gilt.

Eine eingehendere Betrachtung ist bei der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen im Lichte des § 55 Abs. 4 InsO erforderlich. Bei Einführung der InsO begründete der sog. „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter Masseverbindlichkeiten nur im Fall einer vorliegenden Einzelermächtigung. Durch das Haushaltsbegleitgesetz 2011 v. 9.12.2010<sup>7</sup> wurde § 55 Abs. 4 InsO eingeführt, um einen jedenfalls vom Gesetzgeber wahrgenommenen Missbrauch bei der Unternehmensfortführung im vorläufigen Insolvenzverfahren zu verhindern.<sup>8</sup> Die Regelung sah in der damaligen Fassung vor, dass Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners aus dem Steuerschuldverhältnis, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter oder vom Schuldner

\* Der Verfasser ist Professor für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, Wirtschafts- und Steuerrecht an der FOM Hochschule für Ökonomie und Management Essen, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht, für Handels- und Gesellschaftsrecht und Steuerrecht sowie Steuerberater und Mitglied des Senats für Anwaltssachen des BGH.

1 Vgl. *Busch/Winkens/Büker*, Insolvenzrecht und Steuern visuell, 3. Aufl. 2020; *Duda/Schmittmann*, Steuerstrafrechtliche Risiken in Krise und Insolvenz, 2. Aufl. 2021; *Eilers/Schwahn*, Sanierungs-Steuerrecht, 2. Aufl. 2020; *Frotscher*, Besteuerung bei Insolvenz, 9. Aufl. 2021; *Heyd/Kautenberger-Behr/Wind*, Bilanzierung und Besteuerung in Krise und Insolvenz, 2019; *Kahlert*, Restrukturierungssteuerrecht, 2022; *Kahlert/Kaysner/Bornemann*, Perspektiven für eine kohärente und praxismgerechte Verzahnung von Steuerrecht und Insolvenzrecht, 2020; *Kahlert/Rühlend*, Sanierungs- und Insolvenzsteuerrecht, 2. Aufl. 2011; *Roth*, Insolvenz Steuerrecht, 3. Aufl. 2021; *Sonnleitner/Witfeld*, Insolvenz- und Sanierungssteuerrecht, 2. Aufl. 2022; *Waza/Uhländer/Schmittmann*, Insolvenzen und Steuern, 13. Aufl. 2021.

2 Vgl. *Anzinger*, EWIR 2015, 777, 778.

3 So *Rendels*, INDat-Report 3/2016, 64, 66; *Schmittmann*, StuB 2015, 389, 390.

4 So *Graf-Schlicker*, FR 2014, 744, 746.

5 Vgl. BGH, Beschl. v. 14.10.2014 – II ZB 20/13, NZI 2015, 168 ff., DB 2015, 239 f., ZInsO 2015, 96, m. Anm. *Schmittmann*.

6 So BGH, Beschl. v. 21.2.2017 – II ZB 16/15, NZI 2017, 630 f., ZIP 2017, 732 f., ZInsO 2017, 831.

7 BGBI. I 2010, S. 1885.

8 Vgl. BT-Drucks. 17/3030, S. 43.