

WILHELM WUCHERER

Die Vorstandshaftung
bei Sanierung einer
Aktiengesellschaft
in Eigenverwaltung

*Schriften zum
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
112*

Mohr Siebeck

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

112



Wilhelm Wucherer

Die Vorstandshaftung
bei Sanierung einer
Aktiengesellschaft
in Eigenverwaltung

Mohr Siebeck

Wilhelm Wucherer, geboren 1986; Studium der Internationalen Betriebswirtschaftslehre an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen und der University of Missouri, Columbia (USA); Studium der Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität München; Rechtsreferendariat in München; Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht der Ludwig-Maximilians-Universität München; Rechtsanwalt seit 2021; Promotion 2022.

Diss., Ludwig-Maximilians-Universität München, 2022

ISBN 978-3-16-162303-5 / eISBN 978-3-16-162353-0

DOI 10.1628/978-3-16-162353-0

ISSN 2193-7273 / eISSN 2569-4480

(Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck aus der Times gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und Ort gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Wintersemester 2022/2023 als Dissertation angenommen.

Mein herzlicher Dank gebührt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor *Dr. Mathias Habersack*, der die Entstehung dieser Arbeit stets unterstützt und gefördert hat. Bei ihm möchte ich mich auch für die sowohl in fachlicher als auch in persönlicher Hinsicht äußerst gewinnbringende Zeit als Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht der Ludwig-Maximilians-Universität München bedanken.

Mein Dank gilt des Weiteren der Kanzlei Gleiss Lutz und dort insbesondere Herrn *Dr. Andreas Spahlinger* und Herrn *Dr. Matthias Tresselt*. Zur erfolgreichen Finalisierung dieser Arbeit haben sie sowohl durch die wertvollen fachlichen Impulse, die ich als Rechtsanwalt in deren Restrukturierungsteam erhalten habe, als auch durch die Gewährung des nötigen zeitlichen Freiraums beigetragen.

Bedanken möchte ich mich außerdem bei Herrn Professor *Dr. Dr. h.c. Peter Kindler* für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens sowie bei den Herausgebern der Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht für die Aufnahme in deren Schriftenreihe.

Mein ganz besonderer Dank gebührt zudem meiner Ehefrau *Jana Wucherer*. Sie hat nicht nur die Durchsicht des Manuskripts übernommen, sondern sie diente auch während der gesamten Zeit der Entstehung dieser Arbeit als überaus wertvolle Gesprächspartnerin. Der Einfluss, den sie auf das erfolgreiche Gelingen der vorliegenden Arbeit hatte – sowohl in inhaltlicher als auch in zeitlicher Hinsicht –, kann nicht überschätzt werden. Für ihre stets motivierenden Worte und ihre Geduld bin ich ihr zutiefst dankbar.

Schließlich gilt mein großer Dank meinen Eltern *Christina* und *Eckhard Wucherer*. Sie haben mich während meiner gesamten Ausbildung stets gefördert und motiviert. Für ihre vielfältige Unterstützung und ihre Zuneigung bin ich ihnen in hohem Maße dankbar. Ihnen ist die vorliegende Arbeit daher gewidmet.

Stuttgart, im Februar 2023

Wilhelm Wucherer

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
1. Teil: Einleitung	1
<i>A. Einführung</i>	3
<i>B. Gegenstand und Gang der Untersuchung</i>	7
2. Teil: Grundlagen	11
<i>A. Die Unternehmenssanierung und das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung</i>	13
<i>B. Die Vorstandshaftung in der Aktiengesellschaft</i>	65
3. Teil: Die Vorstandshaftung in der Eigenverwaltung	141
<i>A. Entwicklungslinien auf dem Weg zum gesetzlichen Organhaftungsmodell in der Eigenverwaltung</i>	143
<i>B. Bewertung des gesetzlichen Organhaftungsmodells in der Eigenverwaltung</i>	171
<i>C. Konkretisierung der Vorstandshaftung in der Eigenverwaltung</i>	207
4. Teil: Zusammenfassung	397
Literaturverzeichnis	409
Sachverzeichnis	429

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
1. Teil: Einleitung	1
<i>A. Einführung</i>	3
<i>B. Gegenstand und Gang der Untersuchung</i>	7
2. Teil: Grundlagen	11
<i>A. Die Unternehmenssanierung und das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung</i>	13
I. Die Unternehmenssanierung als Mittel zur Gläubigerbefriedigung im Insolvenzverfahren	15
II. Die Eigenverwaltung als Instrument zur Unternehmenssanierung	20
1. Grundgedanken und Hintergründe der Eigenverwaltung	20
2. Reform der Eigenverwaltung durch das ESUG und das SanInsFoG	26
a) Stärkung der Eigenverwaltung durch das ESUG	27
b) Evaluierung des ESUG und rechtstatsächliche Bedeutung der Eigenverwaltung	29
c) Reform der Eigenverwaltung durch das SanInsFoG	32
d) Fazit	33
3. Vorinsolvenzliche Alternativen zum Sanierungsinstrument der Eigenverwaltung	34
a) Freie außergerichtliche Sanierung	35
b) Sanierung nach Maßgabe des StaRUG	42
III. Einleitung und rechtliche Folgen des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung über das Vermögen einer Aktiengesellschaft	46
1. Einleitung des Verfahrens	46
a) Antragstellung	46

aa) Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens	47
bb) Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung	50
cc) Antrag auf Bestimmung einer Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans („Schutzschirm-Antrag“)	51
b) Weitere Voraussetzungen	52
aa) Allgemeine Voraussetzungen der Eigenverwaltung	53
bb) Besondere Voraussetzungen des Schutzschirmverfahrens	54
c) Weiterer Verfahrensablauf bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung	54
2. Rechtliche Folgen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung für die Aktiengesellschaft und ihre Vorstandsmitglieder	55
a) Auflösung der Aktiengesellschaft, Fortsetzungsbeschluss und Änderung des Gesellschaftszwecks	55
b) Rechtsstellung und Pflichtenlage der Vorstandsmitglieder	58
aa) Organschaftliche und anstellungsvertragliche Stellung	58
bb) Pflichtenlage	59
IV. Fazit	63
<i>B. Die Vorstandshaftung in der Aktiengesellschaft</i>	65
I. Die Grundkonzeption der Vorstandshaftung	68
1. Konzeptionelle Ausgangslage	68
2. Innenhaftung	70
a) Die Kategorie der Innenhaftung	70
b) Die Innenhaftung nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG	71
aa) Rechtsdogmatische Einordnung und Verhältnis zum Anstellungsvertrag	71
bb) Die Voraussetzungen der Haftung nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG	72
cc) Die Pflichtverletzung als Haftungsvoraussetzung	75
(1) Verletzung der Sorgfaltspflicht	76
(2) Verletzung der Treupflicht	80
(3) Abgrenzung zwischen Sorgfalts- und Treupflichtverletzung	81
c) Die Innenhaftung nach § 93 Abs. 3 AktG	84
d) Die Grenzen der Innenhaftung nach § 93 AktG	87
aa) Die <i>Business Judgment Rule</i> des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	87
bb) D&O-Versicherung	90
cc) Sonstige Grenzen der Innenhaftung nach § 93 AktG	95
3. Außenhaftung	100

a) Rechtlicher und rechtstatsächlicher Ausgangspunkt	100
b) Relevante Außenhaftungstatbestände in Insolvenzsituationen	104
aa) Deliktische Außenhaftungstatbestände	104
bb) Sonstige Außenhaftungstatbestände	107
4. Fazit	108
II. Die Funktion der Vorstandshaftung	109
1. Die Funktion des Haftungsrechts im Allgemeinen	110
a) Terminologische Vorüberlegung	110
b) Kompensationsfunktion	110
c) Präventionsfunktion	111
aa) Rechtssystematischer Anknüpfungspunkt bei der	
Ermittlung möglicher außerkompensatorischer Funktionen	112
bb) Prävention als Regelungszweck des Haftungsrechts . . .	113
d) Keine weiteren Funktionen	116
e) Zwischenfazit	117
2. Die Funktion der Vorstandshaftung im Besonderen	117
a) Die Funktion der Innenhaftung	118
aa) Kompensationsfunktion	118
bb) Präventionsfunktion	123
b) Die Funktion der Außenhaftung	128
aa) Kompensationsfunktion	128
bb) Präventionsfunktion	129
c) Die Funktion der Vorstandshaftung im Spiegel	
insolvenzspezifischer Ziele und Interessen	131
d) Zwischenfazit	138
III. Fazit	139
3. Teil: Die Vorstandshaftung in der Eigenverwaltung	141
<i>A. Entwicklungslinien auf dem Weg zum gesetzlichen</i>	
<i>Organhaftungsmodell in der Eigenverwaltung</i>	143
I. Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung vor der	
Entscheidung des BGH vom 26. April 2018	143
II. Die Entscheidung des BGH vom 26. April 2018	147
III. Reaktion der Literatur auf die Entscheidung des BGH vom	
26. April 2018	149
IV. Eigene Bewertung der Entscheidung des BGH vom 26. April 2018	150
1. Skeptische Grundhaltung des IX. Zivilsenats gegenüber	
der Eigenverwaltung	150
2. Mangelnde Differenzierung zwischen Schuldner und Organ . .	152

3. Planwidrigkeit einer etwaigen Regelungslücke	153
4. Bestehen einer Regelungslücke	154
a) Regelungslücke im Hinblick auf die Fälle des § 61 InsO	154
b) Regelungslücke im Hinblick auf die Fälle des § 60 InsO	156
aa) Einzelgläubigerschäden	157
bb) Gesamtgläubigerschäden	159
c) Zusammenfassende Bewertung	164
5. Zwischenfazit	167
V. Das heutige gesetzliche Organhaftungsmodell in der Eigenverwaltung	168
VI. Fazit	168
<i>B. Bewertung des gesetzlichen Organhaftungsmodells in der Eigenverwaltung</i>	171
I. Ausgangslage: Abweichung von der Grundkonzeption der Innenhaftung als grundsätzlich rechtfertigungsbedürftige Ausnahme	171
II. Rechtfertigung für die Statuierung einer Außenhaftung in der Eigenverwaltung	173
1. Die Funktion der Vorstandshaftung als Rechtfertigung	174
2. Die Interessenausrichtung der Vorstandsmitglieder als Rechtfertigung	180
a) Interessenausrichtung außerhalb von Krisen- und Insolvenzsituationen	181
b) Interessenausrichtung in der insolvenzrechtlichen Eigenverwaltung	181
aa) Maßgeblichkeit der Gläubigerinteressen	181
bb) Zeitpunkt des Pflichtenumschwungs	182
(1) Eröffnetes Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung	182
(2) Eröffnungsverfahren	182
(3) Materielle Insolvenz gem. §§ 17, 19 InsO	184
(4) Krise und drohende Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO	187
(5) Zwischenfazit	194
c) Implikationen für das Haftungsregime	194
aa) Haftung fremdnützig tätiger Personen <i>im Grundsatz</i> stets unmittelbar gegenüber denjenigen, in deren Interesse sie zu handeln verpflichtet sind	194
bb) Überprüfung im Hinblick auf Vereinbarkeit mit der Konzeption des Organhaftungsrechts	196
cc) Folgerungen für das Organhaftungsregime in der (vorläufigen) Eigenverwaltung	200

d) Zwischenfazit	202
III. Fazit	203
C. Konkretisierung der Vorstandshaftung in der Eigenverwaltung	207
I. Vorüberlegung: Dogmatische Unterscheidung zwischen Schuldnergesellschaft und Organ als Ausgangspunkt für die weitere Untersuchung	208
1. Die Schuldnergesellschaft als ‚Eigenverwalterin‘ im Rahmen der §§ 270 ff. InsO	208
2. Rechtsstellung der Schuldnergesellschaft in der Eigenverwaltung	212
3. Rechtsstellung der Organmitglieder in der Eigenverwaltung	216
a) Organisationsrechtlicher Status	217
b) Pflichtenbindungsverhältnis	221
c) Vereinbarkeit von <i>gesellschaftsrechtlicher</i> Organstellung und <i>insolvenzrechtlichem</i> Organhaftungsregime	224
4. Fazit und weiteres Vorgehen	229
II. Ausgestaltung der Vorstandshaftung in der Eigenverwaltung	230
1. Vorfrage: Persönlicher Anwendungsbereich des § 276a Abs. 2 S. 1 InsO	230
a) Mitglieder des Vertretungsorgans	231
b) Sonstige Vertretungsberechtigte, insbesondere Generalbevollmächtigte	233
aa) Allgemeines zur Generalvollmacht bei Eigenverwaltung	233
bb) Zulässigkeit der Generalvollmacht im Hinblick auf das Eigenverwaltungsverfahren	235
(1) Von Teilen des Schrifttums geäußerte Bedenken	235
(2) Stellungnahme	237
cc) Die Haftung des Generalbevollmächtigten in der Eigenverwaltung	241
c) Externe Rechts- und Sanierungsberater	246
d) Fazit	247
2. Gesamtverantwortung und Delegation	247
a) Gesamtverantwortung und Delegation jenseits der Eigenverwaltung	249
aa) Grundsatz der Gesamtverantwortung	250
bb) Horizontale Delegation	251
cc) Vertikale Delegation	254
b) Gesamtverantwortung und Delegation in der Eigenverwaltung	256
aa) Horizontale Delegation	256
(1) Meinungsstand im Schrifttum	256

(a) Umfassende Gesamtverantwortung	257
(b) Regressfreie Ressortverantwortung	258
(c) Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Grundsätze	259
(2) Stellungnahme	262
(a) Argumente für die Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Grundsätze	262
(b) Gegenstände der horizontalen Delegation	266
(c) Anforderungen an die Erfüllung der Überwachungspflicht	268
(d) Konkrete Umsetzung der Ressortverteilung	271
(3) Fazit	275
bb) Vertikale Delegation	275
(1) Zulässigkeit und Grundsätze der vertikalen Delegation	276
(a) Zulässigkeit	276
(b) Grundsätze (insbesondere Anwendung des § 60 Abs. 2 InsO)	277
(2) Verhältnis zwischen der Haftung der Vorstandsmitglieder und der Haftung der sonstigen Vertretungsberechtigten auf nachgeordneter Ebene (insbesondere der Generalbevollmächtigten)	284
(a) Konstellation 1: Keine Außenhaftung des sonstigen Vertretungsberechtigten	285
(b) Konstellation 2: Außenhaftung des sonstigen Vertretungsberechtigten nach § 276a Abs. 2 S. 1 InsO analog i. V. m. §§ 60, 61 InsO	286
(3) Fazit	286
3. Sorgfaltsmaßstab des § 276a Abs. 2 S. 1 InsO i. V. m.	
§ 60 Abs. 1 S. 2 InsO	287
a) Grundsätze	287
b) Übertragbarkeit der ISION-Rechtsprechung des BGH	291
aa) Die ISION-Entscheidung des BGH	291
bb) Keine Übertragbarkeit auf den Insolvenzverwalter	292
cc) Übertragbarkeit auf den Geschäftsleiter in der Eigenverwaltung	294
c) Sorgfaltsanforderungen bei unklarer Rechtslage	296
4. Treupflicht	298
a) Ausgangslage	298
b) Anwendung des Treupflichtkonzepts in der Eigenverwaltung	299
5. Beweislast bezüglich Pflichtverletzung und Verschulden	304

6. Verhältnis der Haftung aus § 276a Abs. 2 S. 1 InsO i. V. m.	
§§ 60, 61 InsO zu sonstigen Haftungstatbeständen	306
a) Verhältnis zur Haftung aus § 15b Abs. 4 S. 1, Abs. 5 S. 1 InsO	307
aa) Verhältnis zu § 15b Abs. 4 S. 1 InsO	307
bb) Verhältnis zu § 15b Abs. 5 S. 1 InsO	311
b) Verhältnis zur Haftung aus § 93 Abs. 2 S. 1 AktG	313
aa) Gründe für die <i>prinzipielle</i> Anwendbarkeit des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG	314
bb) Bedeutung des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG nur für Eigenschäden der Gesellschaft	318
(1) Abgrenzung nach der Person des primär Geschädigten	318
(2) Verdrängender Vorrang der §§ 60, 61 InsO in Bezug auf Schäden der Gläubiger	325
(3) Anwendbarkeit des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG in Bezug auf originäre Eigenschäden der Gesellschaft	325
(4) Sonderfall: Kapitalmarktrechtliche Emittentenhaftung aus §§ 97, 98 WpHG	328
cc) Fazit	334
c) Verhältnis zur Haftung aus §§ 34 Abs. 1, 69 AO und aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 266a StGB	334
aa) Vorüberlegung: Verhältnis zwischen §§ 34 Abs. 1, 69 AO bzw. §§ 823 Abs. 2 BGB, 266a StGB und der Haftung nach § 15b InsO	335
bb) Konsequenzen für die Organhaftung im vorläufigen und im eröffneten Eigenverwaltungsverfahren	338
(1) Vorläufiges Eigenverwaltungsverfahren	338
(2) Eröffnetes Eigenverwaltungsverfahren	339
cc) Fazit	342
d) Verhältnis zur Haftung nach allgemeinen zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen	342
7. Fazit	345
III. Grenzen der Vorstandshaftung in der Eigenverwaltung	346
1. Analoge Anwendung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (<i>Business Judgment Rule</i>)	347
a) Vorüberlegungen	348
b) Meinungsstand im Schrifttum	349
c) Stellungnahme	351
aa) Argumente gegen die analoge Anwendung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	351

(1) BGH: Keine analoge Anwendung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG im Rahmen der Insolvenzverwalterhaftung . . .	351
(2) Weitere Argumente	353
bb) Argumente für die analoge Anwendung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	355
(1) Entgegen BGH: Analoge Anwendung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG im Rahmen der Insolvenzverwalterhaftung	355
(2) Weitere Argumente	360
(a) Ausgangslage	360
(b) Die <i>Business Judgment Rule</i> als allgemein anerkanntes Institut des Verbandsrechts	362
(c) Gesellschaftsrechtliche Legitimation der Organstellung	363
(d) Keine Unvereinbarkeit mit den Risikopräferenzen der Beteiligten	364
(e) Schutzwürdigkeit des Geschäftsleiterermessens auch im Außenverhältnis	367
(f) Rechtsvergleich (US-amerikanisches <i>Chapter 11</i> -Verfahren)	368
(g) Zwischenfazit	369
d) Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG analog	369
e) Fazit	372
2. Haftungsbefreiung aufgrund Zustimmung der Gläubigerorgane bzw. des Sachwalters	373
a) Zustimmung der Gläubigerorgane	374
b) Zustimmung des Sachwalters	380
c) Fazit	383
3. Verhältnis zur Haftung des Sachwalters	384
4. Haftungsbegrenzung durch Vertrag oder Satzung	387
5. D&O-Versicherung	389
6. Verjährung	392
7. Verzicht und Vergleich	393
8. Fazit	396
 4. Teil: Zusammenfassung	 397
 Literaturverzeichnis	 409
Sachverzeichnis	429

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
abl.	ablehnend
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift); Amtsgericht
ähnl.	ähnlich(e)
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein(e)
allg.M.	allgemeine(r) Meinung
AO	Abgabenordnung
arg.	argumentum
Art.	Artikel
ausführl.	ausführlich
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (Datenbank)
Begr.	Begründer; Begründung
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bsp.	Beispiele
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
bzw.	beziehungsweise
CB	Compliance-Berater (Zeitschrift)
CIO	Chief Insolvency Officer
CRO	Chief Restructuring Officer
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
d. h.	das heißt

dies.	dieselben
DJT	Deutscher Juristentag
D&O	Directors' and Officers' Liability
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EBOR	European Business Organization Law Review
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
et al.	et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
e.V.	eingetragener Verein
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Kurzkommentare-Zeitschrift)
f.; ff.	folgende; fortfolgende
FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. E.	im Ergebnis
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung
i. S. d.	im Sinne der/des
i. S. e.	im Sinne eines/einer
i. V. m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KO	Konkursordnung
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
krit.	kritisch
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen – Zeitschrift für Insolvenzrecht
KWG	Kreditwesengesetz

LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
Mio.	Million(en)
MMVO	Marktmisbrauchsverordnung: Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmisbrauch und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission mit weiteren Nachweisen
m. w. N.	mit Wirkung vom
m. W. v.	Nachweis(e)
Nachw.	neue Fassung
n. F.	Neue Juristische Wochenschrift
NJW	Nummer
Nr.	Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZI	oder Ähnliches
o. Ä.	Oberlandesgericht
OLG	Oberverwaltungsgericht
OVG	Referentenentwurf
RefE	Regierungsentwurf
RegE	Reichsgesetzblatt
RGBl.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGZ	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RIW	Randnummer
Rn.	EU-Restrukturierungsrichtlinie: Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132
RRL	recht und schaden – Unabhängige Zeitschrift für Versicherungsrecht und Schadensersatz
r+s	Rechtsprechung
Rspr.	Satz; Seite
S.	siehe
S.	SanInsFoG
s.	Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts
SanInsFoG	SchVG
SchVG	Gesetz über Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen (Schuldverschreibungsgesetz)
sec.	section
SGB III	Sozialgesetzbuch Drittes Buch – Arbeitsförderung
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r/s)
StaRUG	Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen
StGB	Strafgesetzbuch

str.	streitig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
teilw.	teilweise
u.	und
u. a.	unter anderem
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
umstr.	umstritten(en)
UmwG	Umwandlungsgesetz
u. U.	unter Umständen
v.	vom/von
v. a.	vor allem
Verf.	Verfasser
VerglO	Vergleichsordnung
vgl.	vergleiche
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
vs.	versus
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
WM	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bank- recht
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel
Z.	Zeile
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert als
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRI	Zeitschrift für Restrukturierung und Insolvenz
z. T.	zum Teil
zutr.	zutreffend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

1. Teil

Einleitung

„Uneasy lies the head that wears a crown.“
William Shakespeare, King Henry IV, Part 2, 1597

„Die Haftungsrisiken des Geschäftsführers in der Krise der Gesellschaft
sind heute kaum noch kalkulierbar.“
Wilhelm Uhlenbruck, GmbHR 1999, 313

„Wo aber Gefahr ist, wächst das Rettende auch.“
Friedrich Hölderlin, Patmos, 1803

A. Einführung

Die Tätigkeit als Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft bringt die umfassende Befugnis mit sich, die Geschicke des von den Mitgliedern des Vorstands gemeinschaftlich geleiteten Unternehmens zu lenken und damit über dessen wirtschaftliche Zukunft zu bestimmen. Sie bedeutet indes zugleich ein hohes Maß an Verantwortung. Diese Verantwortung kann – wie jenes eingangs erwähnte *Shakespeare-Zitat* sinnbildlich illustriert – bisweilen belastend sein. Zu einer Belastung wird die Verantwortung namentlich dann, wenn sie sich zu einer haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit und mithin zu einem unmittelbaren persönlichen Haftungsrisiko für die Vorstandsmitglieder auswächst.

Wie *Uhlenbruck* in GmbHR 1999, 313 bereits vor über 20 Jahren zutreffend festgestellt hat, sind die Haftungsrisiken für die Geschäftsleiter gerade in der Unternehmenskrise, also im Kontext der Insolvenz, besonders virulent. Sie sind es heute sogar in noch höherem Maße als damals. Während nämlich jene insolvenzbezogenen Haftungsgefahren in früheren Zeiten vornehmlich mit Blick auf Handlungen in der zeitlichen Phase bis zur Stellung eines Insolvenzantrags bzw. längstens bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestanden, da der Schuldner ab diesem Zeitpunkt seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis an den das anschließende Insolvenz(-eröffnungs-)verfahren in *Fremdverwaltung* betreibenden (vorläufigen) Insolvenzverwalter verlor und die Geschäftsleitung folglich mit Insolvenzantragstellung ihres Handlungsspielraums im Wesentlichen verlustig ging, können sich für die Geschäftsleiter heute vermehrt auch nach der Stellung eines Insolvenzantrags haftungsrechtliche Risiken ergeben: Nämlich dann, wenn sie sich für die Durchführung eines Insolvenzverfahrens in *Eigenverwaltung* entscheiden.

Die mit Inkrafttreten der InsO am 1. Januar 1999 geschaffene Möglichkeit, ein Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung durchzuführen,¹ gewinnt in der Rechtspraxis seit einigen Jahren – namentlich seit den am 1. März 2012 in Kraft getretenen Reformen durch das ESUG² – zunehmend an Bedeutung. Sie dient in erster

¹ Art. 110 Abs. 1 EGInsO; Insolvenzordnung v. 05.10.1994, BGBl. I (1994), S. 2866, 2901 f.; Begr. RegE InsO v. 15.04.1992, BT-Drs. 12/2443, S. 222 ff.

² Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen v. 07.12.2011, BGBl. I (2011), S. 2582 ff.

Linie dazu, eine *Sanierung* des insolventen Unternehmens unter der Regie seiner eigenen Geschäftsleitung – also unter Verzicht auf die Einsetzung eines externen Insolvenzverwalters – herbeizuführen. Sie fügt sich damit zugleich ein in den seit einiger Zeit auch international zu beobachtenden Trend zu verwalterlosen Sanierungsverfahren, der jüngst – angestoßen durch die EU-Restrukturierungsrichtlinie³ – auch in dem neu geschaffenen StaRUG⁴, welches ebenfalls ein verwalterloses Verfahren zur Restrukturierung finanziell angeschlagener Gesellschaften vorsieht, Niederschlag gefunden hat. Inzwischen ist das Rechtsinstitut der Eigenverwaltung, insbesondere im Hinblick auf größere Unternehmensinsolvenzverfahren, zu einem zentralen Sanierungsinstrument des deutschen Insolvenzrechts geworden. Über die Jahre hat die Eigenverwaltung so dazu beigetragen, dass sich in der ehemals vorwiegend auf die Liquidation insolventer Rechtsträger ausgerichteten deutschen Insolvenzrechtslandschaft gar eine „Sanierungskultur“⁵ zu entwickeln vermochte.

Doch die Eigenverwaltung bietet nicht nur Sanierungschancen: Behält der Schuldner in einem in Eigenverwaltung geführten Insolvenzverfahren die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen, so bedeutet dies für die handelnden Geschäftsleiter des eigenverwaltenden Schuldners zwar *einerseits* eine Vergrößerung ihres Handlungsspielraums gegenüber der Situation bei Fremdverwaltung. *Andererseits* gehen gerade hiermit für die Geschäftsleiter aber auch Risiken einher, welche sich aus der Pflicht zur Beachtung der im (vorläufigen) Eigenverwaltungsverfahren einschlägigen rechtlichen Vorgaben ergeben. Für die Vorstandsmitglieder einer insolventen Aktiengesellschaft resultieren daher aus dem Eintritt der Gesellschaft in ein Eigenverwaltungsverfahren nicht zu unterschätzende persönliche Haftungsrisiken. Diese Risiken unterscheiden sich erheblich von den außerhalb der Insolvenz bestehenden haftungsrechtlichen Gefahren, da schon der äußere Rahmen wesentlich von demjenigen, welcher jenseits des Insolvenzverfahrens gilt, abweicht: Innerhalb des in den §§ 270 ff. InsO geregelten Eigenverwaltungsverfahrens rücken die Interessen der Anteilsinhaber in den Hintergrund. Es dominieren vielmehr fortan die Interessen der Gläubiger, denen – wirtschaftlich betrachtet – die insolvente Gesellschaft nunmehr gehört. Aufgrund der in der Eigenverwaltung fortbestehenden Handlungs- und Einwir-

³ Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132, ABl. EU Nr. L 172 v. 26.06.2019, S. 18 ff.

⁴ Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen v. 22.12.2020, BGBl. I (2020), S. 3256 ff.

⁵ Flöther/Wilke, NZI-Beilage 2019, 80.

kungsbefugnis des Schuldners bzw. dessen Geschäftsleiter sind die Interessen der Gläubiger zudem besonders schutzbedürftig. Vor diesem Hintergrund stellt die Thematik der Vorstandshaftung auch einen elementaren Bestandteil des *Gläubigerschutzes* bei der Sanierung einer Aktiengesellschaft in der insolvenzrechtlichen Eigenverwaltung dar. Gleichzeitig gilt es, die Vorstandshaftung nicht zu einem die Entscheidungsfreude der Geschäftsleiter aus Sorge vor persönlicher Haftung erstickenden und sich damit letztlich zulasten aller Beteiligten (auch der Gläubiger) auswirkenden überscharfen Schwert werden zu lassen; es bedarf daher stets auch eines Blickes auf die *rettenden Grenzen* der Haftung – auf solche Aspekte also, welche die Vorstandshaftung von vornherein ausschließen bzw. zumindest nachträglich entfallen lassen –, worauf jenes zu Anfang wiedergegebene *Hölderlin-Zitat* anspielt.

Über die grundsätzliche Konzeption der Organhaftung im Eigenverwaltungsverfahren herrschte über lange Zeit keine Einigkeit. Während einige die Haftung der Geschäftsleiter in der Eigenverwaltung im Wesentlichen nach den herkömmlichen, außerhalb der Insolvenz geltenden *gesellschaftsrechtlichen* Maßstäben auszugestalten gedachten, sprachen sich andere dafür aus, die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit der Organmitglieder an diejenige des im Falle der Fremdverwaltung tätigen Insolvenzverwalters anzugleichen, die Geschäftsleiterhaftung also letztlich ganz nach *insolvenzrechtlichen* Grundsätzen zu bemessen. In seinem vielbeachteten Urteil vom 26. April 2018 schloss sich der Bundesgerichtshof den Vertretern der letztgenannten Auffassung an und entschied, dass die Geschäftsleiter eigenverwaltender Gesellschaften in Analogie zu den für den Insolvenzverwalter bei Fremdverwaltung geltenden Vorschriften (§§ 60, 61 InsO) haften.⁶ Der Gesetzgeber nahm diese Rechtsprechung zum Anlass, die Organhaftung in der Eigenverwaltung in ihrer grundsätzlichen – an der Haftung des Insolvenzverwalters orientierten – Ausrichtung zum 1. Januar 2021 im Zuge des SanInsFoG⁷ auch gesetzlich zu fixieren (§ 276a Abs. 2 S. 1 InsO).

Karlsruhe/Berlin locuta, causa finita? Mitnichten: Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Karlsruhe), die Organhaftung in der Eigenverwaltung an originär *insolvenzrechtlichen* Maßstäben auszurichten, und das anschließend in Umsetzung dieser Rechtsprechung erfolgte Tätigwerden des Gesetzgebers (Berlin), brachten zwar eine Klärung der generellen rechtskonzeptionellen Verankerung der Haftung mit sich. Jedoch sind damit keineswegs sämtliche Fragen beantwortet, sondern im Gegenteil wurden hierdurch zahlreiche Folgefragen aufgeworfen, welche die konkrete Ausgestaltung der Geschäftsleiterhaftung in der Eigenver-

⁶ BGHZ 218, 290 ff.

⁷ Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts v. 22.12.2020, BGBl. I (2020), S. 3256 ff.

waltung betreffen. Diese Folgefragen beziehen sich in erster Linie auf das Verhältnis zu den außerhalb der Insolvenz geltenden *gesellschaftsrechtlichen* Haftungsgrundsätzen und -prinzipien und resultieren mithin daraus, dass in der Eigenverwaltung letztlich „Insolvenzorganisation und Gesellschafts-Innenrecht [...] aneinanderstoßen“⁸, das Spannungsverhältnis zwischen *gesellschaftsrechtlichen* und *insolvenzrechtlichen* Vorgaben und die Frage des Verhältnisses zwischen den beiden Rechtsgebieten hier mithin besonders deutlich zutage treten. Die vorliegende Arbeit unternimmt es, diese offenen, aus der in der Eigenverwaltung beobachtbaren Kollision von Gesellschafts- und Insolvenzrecht resultierenden Fragen zu identifizieren und einer Beantwortung zuzuführen.

⁸ K. Schmidt, in: ders. InsO, Einleitung Rn. 23.

B. Gegenstand und Gang der Untersuchung

I. Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die *Vorstandshaftung bei der Sanierung einer Aktiengesellschaft in der insolvenzrechtlichen Eigenverwaltung*. Daraus folgt zugleich das folgende Untersuchungsprogramm:

Behandelt wird zum einen nur die Haftung von Mitgliedern des *Vorstands*, während Fragen, welche die Haftung von Mitgliedern des Aufsichtsrats betreffen, ausgeblendet werden (können), da der Aufsichtsrat aufgrund der Vorschrift des § 276a Abs. 1 S. 1 InsO in der Eigenverwaltung seinen Einfluss auf die Geschicke der schuldnerischen Gesellschaft im Wesentlichen verliert und Haftungsfragen in Bezug auf Aufsichtsratsmitglieder im Eigenverwaltungsverfahren dementsprechend kaum von Bedeutung sind.

Zum anderen beschränkt sich die Untersuchung auf die Analyse und Erörterung der Geschäftsleiterhaftung in der *Aktiengesellschaft*. Die Haftung der Mitglieder des Geschäftsleitungsorgans von in anderer Rechtsform – vor allem in derjenigen der GmbH – geführten Unternehmen wird demgegenüber nicht ausdrücklich behandelt. Dies hat zwei Gründe: *Erstens* findet auch eine Untersuchung von Haftungsaspekten im Zusammenhang mit dem Kapitalmarkt statt, weshalb sich eine Fokussierung auf in der Rechtsform der Aktiengesellschaft geführte Unternehmen anbietet. Und *zweitens* bestehen im Eigenverwaltungsverfahren ohnehin in den meisten Punkten keine erheblichen Unterschiede zwischen der Haftung des Geschäftsleiters einer Aktiengesellschaft einerseits und etwa derjenigen des Geschäftsführers einer GmbH andererseits – was umso mehr gilt, als der außerhalb der Insolvenz bestehende Hauptunterschied, nämlich die Weisungsgebundenheit des GmbH-Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftern (vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG), in der Eigenverwaltung gem. § 276a Abs. 1 S. 1 InsO suspendiert ist –, sodass durch die hier vorgenommene Konzentration auf die Aktiengesellschaft letztlich eine Verschlinkung der Darstellung erreicht wird. Die in der vorliegenden Arbeit gefundenen Ergebnisse können indes auf die Haftung des Geschäftsführers einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH übertragen werden, soweit nicht im Einzelfall GmbH-spezifische Besonderheiten einer solchen Übertragung ausnahmsweise entgegenstehen.

Schließlich konzentriert sich die Untersuchung auf die *Sanierung* schuldnerischer Gesellschaften im Eigenverwaltungsverfahren. Dies ist auf den Umstand

zurückzuführen, dass das Instrument der Eigenverwaltung in rechtstatsächlicher Hinsicht praktisch nie zu Liquidations-, sondern im Grunde ausschließlich zu Sanierungszwecken genutzt wird, kommen doch die der Eigenverwaltung als Rechtsinstitut innewohnenden konzeptionellen Stärken letztlich nur im Rahmen einer Unternehmenssanierung – nicht hingegen bei einer Zerschlagung – voll zum Tragen.

II. Was den Gang der Untersuchung angeht, so beginnt dieser zunächst mit der Darstellung einiger grundsätzlicher Aspekte betreffend die Unternehmenssanierung und das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung (2. Teil A.), auf welche im weiteren Verlauf der Arbeit verschiedentlich zu rekurrieren sein wird. Anschließend wird die Vorstandshaftung in der Aktiengesellschaft hinsichtlich ihrer generellen Grundkonzeption (2. Teil B. I.) und ihrer Funktion (2. Teil B. II.) analysiert, was den Ausgangspunkt für die nachfolgend vorzunehmende Untersuchung der besonderen Haftungsfragen im Rahmen des Eigenverwaltungsverfahrens schafft.

Aufbauend auf diesem im 2. Teil der Arbeit errichteten allgemeinen Fundament macht es sich die vorliegende Arbeit sodann zur Aufgabe, die Vorstandshaftung bei der Sanierung einer Aktiengesellschaft in der insolvenzrechtlichen Eigenverwaltung einer ausführlichen Analyse zu unterziehen (3. Teil). Hierbei werden zunächst die wesentlichen Entwicklungslinien auf dem Weg zum heutigen gesetzlichen Organhaftungsmodell in der Eigenverwaltung nachgezeichnet, wobei die einzelnen Schritte auf dem Weg dorthin – insbesondere die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26. April 2018⁹ – einer kritischen Prüfung unterzogen werden (3. Teil A.). Im Anschluss daran findet eine rechtskonzeptionelle Bewertung des gesetzlichen, an der Haftung des Insolvenzverwalters orientierten und damit originär *insolvenzrechtlichen* Organhaftungsregimes in der Eigenverwaltung statt; wie dabei zu zeigen sein wird, vermögen insbesondere die Funktion der Vorstandshaftung und die im Eigenverwaltungsverfahren maßgebliche Interessenausrichtung der Vorstandsmitglieder als Rechtfertigung für das heute in § 276a Abs. 2 S. 1 InsO verankerte Haftungsregime, welches von der außerhalb der Insolvenz geltenden *gesellschaftsrechtlichen* Organhaftung erheblich abweicht, zu dienen (3. Teil B.). Anschließend an diese grundlegenden, rechtskonzeptionellen und damit übergeordneten Erwägungen unternimmt es die vorliegende Arbeit schließlich, die zahlreichen Einzelfragen bzw. -probleme, welche sich hauptsächlich aus der in der Eigenverwaltung stattfindenden Kollision von Gesellschafts- und Insolvenzrecht ergeben und die gerade im Kontext der Organhaftung virulent werden, einer Beantwortung bzw. Lösung zuzuführen: Zu diesem Zweck macht es sich die vorliegende Untersuchung alsdann zur Auf-

⁹ BGHZ 218, 290 ff.

gabe, eine Konkretisierung der Vorstandshaftung in der Eigenverwaltung vorzunehmen (3. Teil C.), indem – nach einigen, für die weiteren Betrachtungen wegweisenden dogmatischen Vorüberlegungen (3. Teil C. I.) – die Vorstandshaftung im Eigenverwaltungsverfahren hinsichtlich ihrer konkreten Ausgestaltung (3. Teil C. II.), aber auch im Hinblick auf ihre Grenzen (3. Teil C. III.), ausführlich analysiert wird.

Die Arbeit endet mit einer Zusammenfassung, in der die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung in Form von Thesen gesammelt werden (4. Teil).

2. Teil

Grundlagen

Die Untersuchung der Vorstandshaftung bei der Sanierung einer Aktiengesellschaft in der insolvenzrechtlichen Eigenverwaltung erfordert zunächst Klarheit über die gesetzlichen, konzeptionellen und terminologischen Grundlagen, welche den Ausgangspunkt und das Fundament der weiteren Betrachtungen bilden. Zu diesem Zweck gilt es, sich zuerst den Inhalt und die Bedeutung des Begriffs der Unternehmenssanierung sowie die wesentlichen Merkmale des in Eigenverwaltung geführten Insolvenzverfahrens bewusst zu machen (A.). Darüber hinaus ist es erforderlich, sich vorab die allgemeine Grundkonzeption und die Funktion der Vorstandshaftung in der Aktiengesellschaft zu vergegenwärtigen (B.).

A. Die Unternehmenssanierung und das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung

Gerät ein Unternehmen in wirtschaftliche bzw. finanzielle Schieflage,¹ so sieht sich die Geschäftsleitung vor die Frage gestellt, ob – und wenn ja, wie – die von ihr geleitete Gesellschaft saniert werden kann. Der Begriff der Sanierung umfasst dabei im Ausgangspunkt sämtliche Maßnahmen wirtschaftlicher, finanzieller und rechtlicher, aber auch organisatorischer und strategischer Art, die als geeignet anzusehen sind, zum einen kurzfristig die Überlebensfähigkeit des in die Krise geratenen Unternehmens zu sichern und zum anderen langfristig dessen Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit wiederherzustellen.² Am Anfang aller Überlegungen in Bezug auf mögliche Sanierungsmaßnahmen ist daher stets die Frage aufgeworfen, ob das betreffende Unternehmen überhaupt sanierungsfähig ist. Von der grundsätzlichen Sanierungsfähigkeit eines Krisenunternehmens kann nur dann ausgegangen werden, wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass dieses im Anschluss an die Durchführung sanierender Maßnahmen nachhaltig Einnahmeüberschüsse am Markt erzielen können.³

Erweist sich das Unternehmen bei entsprechender Prüfung als sanierungsfähig, so kommen im Grundsatz zwei verschiedene Sanierungswege in Betracht:⁴ Einen gangbaren Weg stellt die außergerichtliche Sanierung dar, d. h. die Umsetzung von Sanierungsmaßnahmen außerhalb eines formalen Insolvenzverfahrens.

¹ Zur Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher Schieflage (*economic distress* bzw. *economic failure*) u. finanzieller Schieflage (*financial distress* bzw. *financial failure*) s. Eidenmüller, in: Gordon/Ringe, Oxford Hdb. Corporate Law and Governance, S. 1015; vgl. auch *Drukarczyk*, NZI 2015, 110; Eidenmüller, EBOR 7 (2006), 239, 241 f. Übersteigt der Liquidations- den Fortführungswert, so befindet sich ein Unternehmen in einer Situation des *economic distress*, während das Vorliegen eines zur Insolvenzeröffnung führenden materiellen Insolvenzgrundes zunächst nur *financial distress* bedeutet.

² Bitzer, in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdbInsR in Europa, 2. Teil: Länderberichte, Deutschland Rn. 185; Hübler, Eigenverwaltung als Instrument zur Unternehmenssanierung, S. 8.

³ Bitzer, in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdbInsR in Europa, 2. Teil: Länderberichte, Deutschland Rn. 186; Uhlenbruck, GmbH 1995, 195, 200; vgl. auch Wellensiek, NZI 2002, 233 f.; ferner Kern, in: MüKInsO, § 270b Rn. 36.

⁴ Bitzer, in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdbInsR in Europa, 2. Teil: Länderberichte, Deutschland Rn. 187.

rens.⁵ Der andere mögliche Weg, um zu einer Sanierung zu gelangen, besteht demgegenüber in der Sanierung innerhalb eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens. Befindet sich das Krisenunternehmen jedoch schon im Stadium der materiellen Insolvenz, liegt mithin bereits ein zwingender Eröffnungsgrund nach §§ 17, 19 InsO – d. h. Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung – vor, so scheidet aufgrund der mit dem Vorliegen eines solchen obligatorischen Eröffnungsgrunds verbundenen Insolvenzantragspflicht gem. § 15a InsO eine außergerichtliche Sanierung aus;⁶ für die insolvente Gesellschaft bleibt dann nur die Möglichkeit der Sanierung innerhalb eines formalen Insolvenzverfahrens.⁷ In einem Insolvenzverfahren stellt jedoch die Sanierung des notleidenden Unternehmens keineswegs die einzige – oder auch nur die grundsätzlich erstrebenswerteste – Verwertungsmöglichkeit des Schuldnervermögens dar; vielmehr muss sich die Unternehmenssanierung hier gegenüber der gleichwertigen Alternative der Liquidation, d. h. der Zerschlagung des Schuldnerunternehmens, vor dem Hintergrund der Gläubigerinteressen beweisen.⁸

Für die Gestaltung eines formalen, gerichtlich überwachten Insolvenzverfahrens sieht das deutsche Insolvenzrecht zwei unterschiedliche Verfahrensarten vor: Zum einen das Regelinsolvenzverfahren und zum anderen das Insolvenzplanverfahren;⁹ beide Verfahrensarten können in Fremd- oder in Eigenverwaltung durchgeführt werden.¹⁰ In der Praxis wird von der Möglichkeit der Eigenverwaltung in aller Regel in Kombination mit der Durchführung eines Insolvenzplanverfahrens (§§ 217 ff. InsO) Gebrauch gemacht.¹¹ Wenngleich das Rechtsinstitut der Eigenverwaltung grundsätzlich auch im Zusammenhang mit einer bezweckten Liquidation des insolventen Schuldnerunternehmens im Insolvenzverfahren

⁵ Zu Möglichkeiten der außergerichtlichen Sanierung s. unter 2. Teil A. II. 3.

⁶ *Ganter/Bruns*, in: MüKollnsO, § 1 Rn. 88.

⁷ Innerhalb der Drei- bzw. Sechswochenfrist des § 15a Abs. 1 S. 2 InsO werden der Geschäftsleitung des Insolvenzschuldners freilich noch gewisse außergerichtliche Sanierungsmaßnahmen zugestanden, sofern diese nicht von vornherein als aussichtslos angesehen werden müssen, s. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 92 Rn. 85; *Habersack/Foerster*, in: GroßKommAktG, § 92 Rn. 93; vgl. auch *K. Schmidt/Herchen*, in: *K. Schmidt InsO*, § 15a Rn. 31.

⁸ Zur Entscheidung zwischen Liquidation u. Sanierung im Insolvenzverfahren s. sogleich unter 2. Teil A. I.

⁹ *Bitzer*, in: *Kindler/Nachmann/Bitzer*, HdbInsR in Europa, 2. Teil: Länderberichte, Deutschland Rn. 187; *Häller*, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, S. 41.

¹⁰ *Häller*, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, S. 41.

¹¹ *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 18; vgl. auch *Bitzer*, in: *Kindler/Nachmann/Bitzer*, HdbInsR in Europa, 2. Teil: Länderberichte, Deutschland Rn. 195 f., 195h; *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 2, 532; *ders.*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 145; *Kern*, in: MüKollnsO, Vorbemerkungen vor §§ 270 bis 285 Rn. 26, 93; vgl. ferner *Mönning*, FS Welensiek, 2011, S. 641, 645 f.

genutzt werden kann,¹² betrifft ihr Hauptanwendungsgebiet doch die Realisierung einer Unternehmenssanierung.¹³

I. Die Unternehmenssanierung als Mittel zur Gläubigerbefriedigung im Insolvenzverfahren

Die Insolvenz eines Schuldners ist durch den Umstand gekennzeichnet, dass sich sein Vermögen als unzureichend erweist, um sämtliche Gläubiger zu befriedigen.¹⁴ Während den Gläubigern außerhalb der Insolvenz die Möglichkeit der Einzelzwangsvollstreckung offensteht, welche aufgrund des dabei geltenden Prioritätsprinzips (vgl. § 804 Abs. 3 ZPO) zu einem ‚Wettlauf der Gläubiger‘ führen kann, wird diese Art des Zugriffs auf das Vermögen des Schuldners in der Insolvenz durch die eine Gesamtvollstreckung vorsehenden Regelungen des Insolvenzrechts ersetzt.¹⁵ Das Insolvenzverfahren dient daher dem Zweck, die Gläubiger des insolventen Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen. Auf diese Weise wird verhindert, dass sich einzelne Gläubiger durch einen raschen Zugriff auf das Vermögen des Schuldners ungerechtfertigte Vorteile gegenüber weniger schnellen Gläubigern verschaffen.¹⁶ Da das Schuldnervermögen in der Insolvenz zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger nicht genügt, handelt es sich bei einem

¹² BGH, ZIP 2020, 1124, 1125; *Kern*, in: MüKoInsO, § 270 Rn. 101 ff.; etwas anderes gilt im Rahmen des sog. Schutzschirmverfahrens nach § 270d InsO, s. 2. Teil Fn. 39.

¹³ *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 565; *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 7, 13; vgl. auch § 272 Abs. 1 Nr. 2 InsO („insbesondere eine angestrebte Sanierung“). – Am häufigsten kommt die Eigenverwaltung zur Anwendung bei Sanierungen in Form der sog. *Reorganisation* (zur Reorganisation s. sogleich unter 2. Teil A. I.), vgl. *Brinkmann/Zipperer*, ZIP 2011, 1337, 1338; *Häller*, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, S. 54 mit Fn. 165; *Kessler*, Die Aktiengesellschaft in der Eigenverwaltung, S. 163; *Mönnig*, FS Wellensiek, 2011, S. 641, 645 f.; abw. *Wehdeking*, DZWIR 2006, 451 f. Aber auch bei Sanierungen in Form der sog. *übertragenden Sanierung* (zur übertragenden Sanierung s. sogleich unter 2. Teil A. I.) kommt die Eigenverwaltung z. T. zur Anwendung u. kann sie sich als sinnvoll erweisen, s. *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 2; vgl. auch *Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole*, ESUG-Evaluierung, S. 54. Dass hingegen bei einer *Liquidation* des Schuldnervermögens im Insolvenzverfahren die Eigenverwaltung einmal gar bis zur Schlussverteilung (vgl. §§ 196, 270 Abs. 1 S. 2, 283 Abs. 2 InsO) angeordnet bleibt, muss als äußerst unwahrscheinlich angesehen werden, vgl. *Kern*, in: MüKoInsO, § 283 Rn. 19, 21.

¹⁴ *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 17; *ders.*, EBOR 7 (2006), 239, 240; *Pape*, in: Uhlenbruck, § 1 Rn. 1.

¹⁵ *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 1; *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 17 f.; vgl. auch *ders.*, EBOR 7 (2006), 239, 240; *Madaus*, in: BeckOK InsO, § 1 Rn. 3.

¹⁶ *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 1; *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 17 f.; *ders.*, EBOR 7 (2006), 239, 240.

Insolvenzverfahren letztlich um ein Verfahren zur „Haftungsverwirklichung unter Knappheitsbedingungen“¹⁷, welches mit einer beschränkten Einzelrechtsdurchsetzung der Gläubiger einhergeht (vgl. § 89 InsO).¹⁸

Ist das Ziel des Insolvenzverfahrens denn also auf die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger des insolventen Schuldners gerichtet, so stellt sich die Frage, wie dieses Ziel am besten zu erreichen ist. Die Vorschrift des § 1 S. 1 InsO zeigt hierfür ausdrücklich zwei Wege auf: In Betracht kommt danach einerseits die Verwertung des Schuldnervermögens mit anschließender Erlösverteilung an die Gläubiger und andererseits der Erhalt des Unternehmens; beide Alternativen stehen gleichwertig nebeneinander.¹⁹ Das Ziel der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung lässt sich demnach – sowohl bei Fremd- als auch bei Eigenverwaltung – entweder im Wege der *Zerschlagung* bzw. *Liquidation* oder aber mittels *Fortführung* bzw. *Sanierung* des Insolvenzschuldners erreichen. Eine ‚Zerschlagungsautomatik‘ ist dem geltenden deutschen Insolvenzrecht daher ebenso fremd wie ein unbedingtes Streben nach einem Erhalt insolventer Unternehmen; auch die Sanierung stellt folglich keinen Selbstzweck dar, sondern ist lediglich ein Mittel zur Erreichung des Ziels der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung.²⁰

Welche Handlungsalternative – Liquidation oder Sanierung – in der Insolvenz den Vorzug verdient, bemisst sich danach, ob der eine oder der andere Weg vor dem Hintergrund der *Gläubigerinteressen* vorteilhafter erscheint; die Wahl zwischen den beiden Alternativen hat sich mithin an der Maßgabe der ‚bestmögli-

¹⁷ Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 17.

¹⁸ Vgl. Eidenmüller, ZIP 2016, 145, 150 f.

¹⁹ Häller, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, S. 34; Ludwig, in: Braun, § 1 Rn. 3.

²⁰ Brinkmann/Zipperer, ZIP 2011, 1337, 1338; Bulgrin, Die strategische Insolvenz, S. 136 f.; Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 16, 25 ff.; ders., ZIP 2010, 649, 650 unter Betonung der „Filterfunktion“ des Insolvenzrechts („Es geht darum, Unternehmen, deren Produktivvermögen in einer anderweitigen Verwendung nützlicher ist, vom Markt zu nehmen – auch und gerade zum Schutz der Wettbewerber.“); ders., ZHR 175 (2011), 11, 16; Häller, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, S. 33 f.; ähnl. Ganter/Bruns, in: MüKoInsO, § 1 Rn. 85 („Richtigerweise ist davon auszugehen, dass Liquidation und Unternehmenserhaltung sekundäre Verfahrenszwecke sind, die dem übergeordneten Zweck der Gläubigerbefriedigung dienen.“); ebenso Stürner, in: MüKoInsO, Einleitung Rn. 2 f.; vgl. ferner Begr. RegE ESUG v. 04.05.2011, BT-Drs. 17/5712, S. 17 („Die Erhaltung eines insolventen Unternehmens kann in einer marktwirtschaftlichen Ordnung kein Selbstzweck sein.“); so grundsätzlich auch Kühl, Unternehmerisches Ermessen in der Insolvenz, S. 64, der jedoch ein – ggü. einer Liquidation vorrangiges – öffentliches Interesse an einer Sanierung u. damit am Erhalt solcher Unternehmen für denkbar hält, die als systemrelevant („*too big to fail*“) zu qualifizieren sind.

chen' Gläubigerbefriedigung zu orientieren.²¹ Im Interesse der Gläubiger liegt es, die Haftungsmasse, welche zu ihrer Befriedigung bereitsteht, zu maximieren.²² Die Entscheidung zwischen Zerschlagung und Sanierung ist folglich anhand eines Vergleichs zwischen dem Liquidations- und dem Fortführungswert zu treffen: Übersteigt der Liquidationswert der Aktiva des Insolvenzschuldners den auf Basis der bei einer Sanierung zu erwartenden Erträge sowie der Kosten der Unternehmenserhaltung berechneten Fortführungswert, so liegt es im Interesse der Gläubiger, das Schuldnerunternehmen zu zerschlagen; im umgekehrten Fall verdient hingegen eine Sanierung den Vorzug.²³

Erweist sich im Rahmen der vorstehend skizzierten Entscheidung die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens als gegenüber seiner Liquidation vorzugswürdig, so kommen in Bezug auf die konkrete Durchführung der Sanierung im Insolvenzverfahren wiederum zwei unterschiedliche Formen der Unternehmensfortführung in Betracht: Zum einen die *Reorganisation* und zum anderen die *übertragende Sanierung*.²⁴

Bei einer Reorganisation wird das Unternehmen – welches freilich von seinem rechtlichen Unternehmensträger, etwa der Aktiengesellschaft, zu unterscheiden

²¹ Vgl. Begr. RegE InsO v. 15.04.1992, BT-Drs. 12/2443, S. 108; Begr. RegE ESUG v. 04.05.2011, BT-Drs. 17/5712, S. 17; BGHZ 163, 32, 35 = NJW 2005, 2015, 2016; *Brinkmann/Zipperer*, ZIP 2011, 1337, 1338; *Häller*, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, S. 34; *Ludwig*, in: Braun, § 1 Rn. 3.

²² *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 18; vgl. auch *ders.*, ZHR 175 (2011), 11, 16 f.

²³ *Eidenmüller*, ZIP 2010, 649, 650; *Häller*, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, S. 34 f.; vgl. auch Begr. RegE ESUG v. 04.05.2011, BT-Drs. 17/5712, S. 17; *Hübler*, Eigenverwaltung als Instrument zur Unternehmenssanierung, S. 53; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 718; s. ferner *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 26 f., 31, 46 der zutr. darauf hinweist, dass die Entscheidung zwischen Liquidation u. Fortführung eines Unternehmens letztlich vom Vorliegen einer Insolvenzsituation *unabhängig* ist, d. h. auch *außerhalb* der Insolvenz sollte ein Unternehmen, dessen Zerschlagungswert den Fortführungswert übersteigt, liquidiert werden, wobei die Wahl dann freilich weniger vor dem Hintergrund der Befriedigungsaussichten der *Gläubiger* als vielmehr mit Blick auf die Interessen der *Eigentümer* zu treffen ist, sind letztere außerhalb der Insolvenz doch die wirtschaftlich von einer solchen Entscheidung primär Betroffenen; s. dazu auch *Böcking/Nowak*, in: *Fleischer/Hüttemann*, Rechtshdb. Unternehmensbewertung, § 4 Rn. 4.27.

²⁴ *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 15, 31; *Häller*, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, S. 38 ff.; *Wellensiek*, NZI 2002, 233. Vgl. auch *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 4, 414, 434, der jedoch – ohne Unterschied in der Sache – die Reorganisation begrifflich teilw. als „Sanierung“ bezeichnet; ähnl. *Jungmann*, in: K. Schmidt InsO, § 157 Rn. 2, der in Bezug auf die Reorganisation von „investive[r] Sanierung“ spricht. Der Begriff der übertragenden Sanierung geht zurück auf *K. Schmidt*, ZIP 1980, 328, 336.

ist²⁵ – in der Hand des alten Rechtsträgers fortgeführt. Eine erfolgreiche Reorganisation erfordert daher neben umfassenden finanziellen und leistungswirtschaftlichen Restrukturierungsmaßnahmen auf Ebene des Unternehmens auch die Überwindung der Insolvenz des ursprünglichen Unternehmensträgers – d. h. des eigentlichen Insolvenzschuldners –, um diesen in die Lage zu versetzen, das von ihm betriebene Unternehmen fortführen zu können.²⁶ Die Befriedigung der Gläubiger erfolgt im Falle der Reorganisation regelmäßig aus den zukünftigen, von dem reorganisierten Unternehmen erwirtschafteten Erträgen.²⁷

Demgegenüber wird bei der übertragenden Sanierung das Unternehmen nicht in der Hand des ursprünglichen Unternehmensträgers saniert und fortgeführt, sondern in derjenigen eines Dritten. Das von dem Insolvenzschuldner betriebene Unternehmen wird zu diesem Zweck in der Regel ganz oder teilweise²⁸ auf einen neuen, übernehmenden Rechtsträger im Wege des *asset deal* übertragen;²⁹ der alte Unternehmensträger bleibt zurück und wird in der Folge liquidiert.³⁰ Möglich, wenngleich in der Praxis seltener, ist auch die Veräußerung der Geschäftsanteile (*share deal*) nach vorangegangener Spaltung bzw. Ausgliederung (§§ 123 ff., 152 ff. UmwG).³¹ Die Gläubiger des Insolvenzschuldners werden in

²⁵ Zur Unterscheidung zwischen dem Unternehmen als wirtschaftlicher Organisationseinheit einerseits u. seinem Rechtsträger andererseits s. grundlegend *K. Schmidt*, HandelsR, § 3 Rn. 44 ff.; s. auch *Häller*, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, S. 35.

²⁶ *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 4; *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 15; *Häller*, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, S. 41.

²⁷ *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 4, 414, 434; *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 15; *Häller*, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, S. 66.

²⁸ Die übertragende Sanierung ermöglicht ein sog. *cherry picking*, d. h. den gezielten Erwerb nur bestimmter Vermögensgegenstände des Schuldners durch den übernehmenden Rechtsträger, s. *Häller*, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, S. 40.

²⁹ *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 15; *Häller*, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, S. 39 ff.; *Seibt/Bulgrin*, ZIP 2017, 353 Fn. 5; *Zipperer*, in: Uhlenbruck, § 157 Rn. 7. – Die Vorschrift des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB findet im Falle des Unternehmenserwerbs nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über den Rechtsträger des veräußerten Unternehmens wegen der andernfalls bestehenden faktischen Unveräußerlichkeit des Unternehmens keine Anwendung (teleologische Reduktion), was auch für die übertragende Sanierung in der Eigenverwaltung gilt, s. BGH, WM 2020, 273; LAG Hamm, NZI 2016, 854; *Merkt*, in: Hopt, § 25 HGB Rn. 4; Gleiches gilt mit Blick auf die sonst ebenfalls sanierungshemmend wirkende Vorschrift des § 613a BGB, vgl. *Ganter/Bruns*, in: MüKoInsO, § 1 Rn. 93; *Müller-Glöge*, in: MüKoBGB, § 613a Rn. 176 ff. Zur Haftung für die Übernahme von Steuerschulden vgl. die Regelung des § 75 Abs. 2 AO.

³⁰ *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 4, 414, 434; *Häller*, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, S. 39; *Wellensiek*, NZI 2002, 233, 234.

³¹ *Ganter/Bruns*, in: MüKoInsO, § 1 Rn. 90a; *Zipperer*, in: Uhlenbruck, § 157 Rn. 7.

beiden Fällen aus dem im Rahmen der Veräußerung des Unternehmens(-teils) erzielten Kaufpreis befriedigt.³²

Bei Lichte betrachtet gibt es daher nicht nur eine, sondern zwei Ausprägungen des Werts der Unternehmensfortführung: Den Fortführungswert bei einer Reorganisation und denjenigen bei einer übertragenden Sanierung.³³ Die Wahl zwischen den beiden Sanierungsalternativen richtet sich wiederum danach, welche Variante mit dem höheren Ertragswert³⁴ verbunden ist, geht es doch auch bei der Entscheidung für den ‚richtigen‘ Weg der Unternehmenssanierung um die Maximierung der Haftungsmasse zugunsten der Gläubiger.³⁵

Insgesamt stellt bei Unternehmensinsolvenzen in rechtstatsächlicher Hinsicht die Liquidation die am häufigsten zu beobachtende Variante der Haftungsverwirklichung dar.³⁶ Erweist sich jedoch im konkreten Fall eine Sanierung aus Sicht der Gläubiger als der im Vergleich zur Zerschlagung vorzugswürdige Weg, so geht mit ihr regelmäßig eine höhere Befriedigungsquote für die Gläubiger des Insolvenzschuldners einher als mit einer Liquidation.³⁷ Die übertragende Sanie-

³² Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 4, 414; Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 15; Tautorus/Janner, in: MAH Insolvenz u. Sanierung, § 20 Rn. 12. Genau genommen handelt es sich bei der übertragenden Sanierung daher eigentlich um einen Fall der Liquidation, jedoch unter (teilweiser) Erhaltung des Unternehmens als Einheit, weshalb ihre Zuordnung zur Kategorie der ‚Sanierung‘ denn letztlich doch gerechtfertigt ist, s. Hüller, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, Fn. 88, 101; vgl. auch Madaus, in: BeckOK InsO, § 1 Rn. 10.

³³ Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 32.

³⁴ Im vorliegenden Kontext ebenfalls auf den Ertragswert abstellend Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 31. – Allg. zur Ertragswertmethode s. Ballwieser/Hachmeister, Unternehmensbewertung, S. 15 ff.; Böcking/Nowak, in: Fleischer/Hüttemann, Rechtshdb. Unternehmensbewertung, § 4 Rn. 4.30 ff.

³⁵ Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 33. – Welche der beiden Sanierungsalternativen generell besser ist, lässt sich nicht pauschal sagen, die Entscheidung hängt vielmehr vom konkreten Einzelfall ab: Während die *übertragende Sanierung* etwa den Vorteil bietet, dass das Unternehmen sich im Zuge des Übertragungsvorgangs von seiner alten Schuldenlast befreien kann u. Sanierungsmaßnahmen sich daher auf leistungswirtschaftliche Aspekte konzentrieren können, erweist sich eine *Reorganisation* häufig dann als vorzugswürdig, wenn z. B. bestimmte Berechtigungen (Lizenzen, Patente, Genehmigungen o. Ä.), die für den Geschäftsbetrieb wesentlich sind, bei dem insolventen Unternehmensträger vorhanden sind u. diese nicht auf einen neuen Rechtsträger übertragen werden können, s. Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 32 ff., 44 f.; Hüller, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, S. 37 f., 40 f.; vgl. auch Bitter/Laspeyres, ZIP 2010, 1157 ff.; Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1757; Seibt/Bulgrin, ZIP 2017, 353 Fn. 5.

³⁶ Eidenmüller, ZIP 2010, 649, 650; Hübler, Eigenverwaltung als Instrument zur Unternehmenssanierung, S. 66; vgl. auch Koch, in: MüKoAktG, § 264 Rn. 35.

³⁷ Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 413; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 718.

rung ist dabei, verglichen mit der Reorganisation, die in der Praxis insgesamt öfter anzutreffende Sanierungsvariante.³⁸

II. Die Eigenverwaltung als Instrument zur Unternehmenssanierung

Eine Möglichkeit der Durchführung des Insolvenzverfahrens und zur Umsetzung eines Sanierungsvorhabens stellt die in den §§ 270 ff. InsO geregelte Eigenverwaltung dar. Zwar ist diese nicht auf den Fall der Unternehmensfortführung beschränkt, sondern kann auch mit dem Ziel der Liquidation des Schuldnerunternehmens betrieben werden; sie wird in der Praxis jedoch hauptsächlich zu Sanierungszwecken – in erster Linie zur Sanierung in Form der Reorganisation mittels eines Insolvenzplans – genutzt.³⁹

1. Grundgedanken und Hintergründe der Eigenverwaltung

Mit Inkrafttreten der InsO am 1. Januar 1999⁴⁰ hat der Gesetzgeber das in den §§ 270 bis 285 InsO kodifizierte Rechtsinstitut der Eigenverwaltung eingeführt.⁴¹

Kern der Regelungen über die Eigenverwaltung ist das Recht des Schuldners, die Insolvenzmasse unter der Aufsicht eines Sachwalters selbst zu verwalten und über sie zu verfügen. Im Falle der Eigenverwaltung kommt es daher hinsichtlich des zur Insolvenzmasse gehörenden Schuldnervermögens, anders als bei Fremdverwaltung (vgl. § 80 Abs. 1 InsO), nicht zu einem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf einen externen Insolvenzverwalter. Das Rechtsinstitut der Eigenverwaltung ermöglicht es dem Schuldner mithin, das Insolvenzverfahren über sein Vermögen – zwar unter der Aufsicht eines neutralen Sachwalters, im Übrigen aber doch grundsätzlich eigenständig – selbst abzuwickeln.⁴² Indem

³⁸ *Bitter/Laspeyres*, ZIP 2010, 1157; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 414, 434; vgl. auch *Hübler*, Eigenverwaltung als Instrument zur Unternehmenssanierung, S. 66; *Wellensiek*, NZI 2002, 233, 239; *Westpfahl*, ZRI 2020, 157, 158; ferner *Koch*, in: MüKoAktG, § 264 Rn. 33.

³⁹ S. bereits oben die Nachw. in 2. Teil Fn. 11, 12 u. 13. Im Falle des sog. Schutzschirmverfahrens nach § 270d InsO ist die Nutzung des Rechtsinstituts der Eigenverwaltung schon nach dem Wortlaut der Regelung auf die Situation einer „angestrebte[n] Sanierung“ beschränkt, s. unter 2. Teil A. III. 1. b) bb) mit Fn. 212.

⁴⁰ Art. 110 Abs. 1 EGIInsO.

⁴¹ Insolvenzordnung v. 05.10.1994, BGBl. I (1994), S. 2866, 2901 f.; Begr. RegE InsO v. 15.04.1992, BT-Drs. 12/2443, S. 222 ff.; *Hofmann*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 25; zur Entstehungsgeschichte u. zum Gesetzgebungsverfahren s. ausführl. *Kern*, in: MüKo-InsO, Vorbemerkungen vor §§ 270 bis 285 Rn. 3 ff., 13 ff.

⁴² S. nur *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 2.

die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis beim Schuldner verbleibt und es diesem mithin gestattet ist, weiter geschäftsleitend tätig zu sein, macht die Eigenverwaltung eine Sanierungsplanung über die zeitliche Phase der Insolvenz hinaus möglich.⁴³

Wenngleich die Eigenverwaltung mit Inkrafttreten der InsO erstmals in dieser Form und unter dieser Bezeichnung Gesetzesbestandteil wurde, war der Grundgedanke dieses Rechtsinstituts im deutschen Insolvenzrecht bei seiner Einführung doch nicht gänzlich ohne Vorbild. So sahen bereits die Vorschriften über das Vergleichsverfahren nach der VerglO⁴⁴ vor, dass der Schuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen im Grundsatz behielt (§§ 56 ff. VerglO), wobei ihm zum Zwecke der Beaufsichtigung ein unabhängiger Vergleichsverwalter zur Seite gestellt wurde (vgl. §§ 38 ff. VerglO). Anders als die heutige Eigenverwaltung war das Vergleichsverfahren nach der VerglO indes kein Instrument zur Durchführung eines Insolvenzverfahrens, sondern diente vielmehr der Abwendung eines Konkurses (vgl. § 1 VerglO).⁴⁵ Gleichwohl orientierte sich der Gesetzgeber bei Schaffung der Vorschriften über die Eigenverwaltung ausdrücklich auch an den bestehenden Regelungen der VerglO.⁴⁶

Doch nicht nur die VerglO stand für die insolvenzrechtliche Eigenverwaltung in ihrer heutigen Form Modell. Auch an der das US-amerikanische Insolvenzrecht prägenden Rechtsfigur des sog. *debtor in possession* nach *Chapter 11* des *United States Bankruptcy Code* von 1978⁴⁷ orientierte sich der deutsche Gesetzgeber bei Einführung der §§ 270 ff. InsO.⁴⁸ Bei einem *Chapter 11*-Verfahren handelt es sich im Grundsatz⁴⁹ um ein verwalterloses Verfahren, bei welchem der

⁴³ *Pluta*, NZI-Beilage 2019, 57.

⁴⁴ Vergleichsordnung v. 26.02.1935, RGBI.I (1935), S. 321; aufgehoben m. W. v. 01.01.1999 durch Art. 2 Nr. 1 EGInsO v. 05.10.1994, BGBl.I (1994), S. 2911.

⁴⁵ *Hofmann*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 26; vgl. auch *Schlegel*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 28.

⁴⁶ Vgl. Begr. RegE InsO v. 15.04.1992, BT-Drs. 12/2443, S. 222 f.; s. auch *Hofmann*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 26 f.; *ders.*, Eigenverwaltung, Rn. 3; *Hübler*, Eigenverwaltung als Instrument zur Unternehmenssanierung, S. 80 ff.; *Kern*, in: MüKoInsO, Vorbemerkungen vor §§ 270 bis 285 Rn. 8 f.; *Kessler*, Die Aktiengesellschaft in der Eigenverwaltung, S. 39 ff.

⁴⁷ Bei dem *United States Bankruptcy Code* handelt es sich um *Title 11* des *United States Code*; die Regelungen des sog. *Chapter 11*-Verfahrens finden sich in *Chapter 11* von *Title 11* des *United States Code*.

⁴⁸ Vgl. Begr. RegE InsO v. 15.04.1992, BT-Drs. 12/2443, S. 105 f., 223; s. auch *Eidenmüller*, ZHR 175 (2011), 11, 22 f.; *Haas*, in: Gottwald/Haas, InsolvenzR-Hdb., § 84 Rn. 11; *Hofmann*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 27 f.; *ders.*, Eigenverwaltung, Rn. 3; *Hübler*, Eigenverwaltung als Instrument zur Unternehmenssanierung, S. 82 ff.; *Kessler*, Die Aktiengesellschaft in der Eigenverwaltung, S. 41 ff.; *Schlegel*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 38.

⁴⁹ Auch bei einem *Chapter 11*-Verfahren kann ausnahmsweise ein externer Verwalter (sog.

Schuldner als *debtor in possession* das Verfahren – regelmäßig mit dem Ziel der Unternehmenssanierung⁵⁰ – führt und dabei diejenigen Aufgaben und Befugnisse wahrnimmt, die andernfalls, etwa im Rahmen eines reinen Liquidationsverfahrens nach *Chapter 7* des *United States Bankruptcy Code*⁵¹, einem externen Verwalter (sog. *trustee*) zukommen würden; der Schuldner bleibt im Rahmen des *Chapter 11*-Verfahrens mit anderen Worten regelmäßig verwaltungs- und verfügungsbefugt.⁵² Obwohl gewisse Unterschiede zwischen dem US-amerikanischen *Chapter 11*-Verfahren und der deutschen Eigenverwaltung bestehen,⁵³ nehmen die §§ 270 ff. InsO doch verschiedentlich Anleihe bei der Rechtsfigur des *debtor in possession*, was in der Entstehungsgeschichte der Vorschriften über die Eigenverwaltung deutlich zum Ausdruck kommt.⁵⁴ Diese Anlehnung der §§ 270 ff.

trustee) bestellt werden, s. Haas, in: Gottwald/Haas, InsolvenzR-Hdb., § 84 Rn. 12; Kern, in: MüKoInsO, Vorbemerkungen vor §§ 270 bis 285 Rn. 11.

⁵⁰ Unternehmenssanierungen im Rahmen eines *Chapter 11*-Verfahrens, bei dem der Schuldner als *debtor in possession* fungiert, finden zumeist in Gestalt übertragender Sanierungen statt; häufig werden *Chapter 11*-Verfahren inzwischen aber auch mit dem Ziel der Liquidation betrieben; s. dazu Brinkmann/Zipperer, ZIP 2011, 1337, 1338 f.; Eidenmüller, ZHR 175 (2011), 11, 22; Grauke/Fail/Hwangpo, in: MüKoInsO, Länderberichte, USA Rn. 54; Häller, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, S. 54 mit Fn. 165; Westpfahl, ZRI 2020, 157, 158; abw. (ausschließlich bzw. überwiegend Reorganisation) Hofmann, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 27; Kessler, Die Aktiengesellschaft in der Eigenverwaltung, S. 41 ff.; Schlegel, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 38; wohl auch Haas, in: Gottwald/Haas, InsolvenzR-Hdb., § 84 Rn. 11; Hübler, Eigenverwaltung als Instrument zur Unternehmenssanierung, S. 83.

⁵¹ Zum Liquidationsverfahren nach *Chapter 7* s. Grauke/Fail/Hwangpo, in: MüKoInsO, Länderberichte, USA Rn. 8 f. – Insgesamt begegnet in den Vereinigten Staaten das *Chapter 11*-Verfahren in der Praxis deutlich häufiger als das *Chapter 7*-Verfahren, s. dies., in: MüKoInsO, Länderberichte, USA Rn. 8, 33.

⁵² Eidenmüller, ZHR 175 (2011), 11, 18 f.; Haas, in: Gottwald/Haas, InsolvenzR-Hdb., § 84 Rn. 11; Hofmann, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 27; Hübler, Eigenverwaltung als Instrument zur Unternehmenssanierung, S. 82; Schlegel, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 38; vgl. auch Kern, in: MüKoInsO, Vorbemerkungen vor §§ 270 bis 285 Rn. 10. Zum gesetzlichen Modell des *debtor in possession* u. allg. zum *Chapter 11*-Verfahren s. ausführl. Grauke/Fail/Hwangpo, in: MüKoInsO, Länderberichte, USA Rn. 11 f., 49 ff.

⁵³ Anders als bei der deutschen Eigenverwaltung, welche die Kontrolle des Schuldners durch einen unabhängigen Sachwalter vorsieht, untersteht der *debtor in possession* im Rahmen des *Chapter 11*-Verfahrens grundsätzlich, d. h. solange nicht ausnahmsweise zur Überwachung des Schuldners ein sog. *examiner* eingesetzt wird, nicht der Aufsicht eines neutralen Dritten; außerdem setzt die Einleitung eines *Chapter 11*-Verfahrens nicht das Vorliegen eines den §§ 17 ff. InsO vergleichbaren Eröffnungsgrundes voraus. Zu diesen u. weiteren Unterschieden s. Haas, in: Gottwald/Haas, InsolvenzR-Hdb., § 84 Rn. 11 f.; Hübler, Eigenverwaltung als Instrument zur Unternehmenssanierung, S. 83 f.; Kern, in: MüKoInsO, Vorbemerkungen vor §§ 270 bis 285 Rn. 11.

⁵⁴ Vgl. Begr. RegE InsO v. 15.04.1992, BT-Drs. 12/2443, S. 105 f.; s. auch Kessler, Die Aktiengesellschaft in der Eigenverwaltung, S. 42 f. Der Rechtsausschuss des Bundestages infor-

InsO an das Modell des *debtor in possession* nach dem *Chapter 11*-Verfahren lässt es angeraten erscheinen, die hier zu untersuchende Vorstandshaftung bei der Sanierung in Eigenverwaltung an geeigneter Stelle auch aus einer rechtsvergleichenden Perspektive – namentlich mit Blick auf die Rechtslage im US-amerikanischen Insolvenzrecht – zu betrachten und auf die dort geltende Rechtslage Bezug zu nehmen.⁵⁵

Seit seiner Einführung begegnet das Rechtsinstitut der Eigenverwaltung indes nicht unerheblicher Kritik. Das Hauptargument gegen die Eigenverwaltung geht dahin, dass durch sie letztlich der „Bock zum Gärtner“ gemacht werde.⁵⁶ Der Schuldner habe durch den Eintritt der Insolvenz bewiesen, dass er zur positiven Führung der Unternehmensgeschäfte nicht in der Lage sei, weshalb ihm die erfolgreiche Abwicklung seiner eigenen Insolvenz – jedenfalls im Regelfall – nicht zugetraut werden könne.⁵⁷ Zudem berge die Eigenverwaltung, durch die der Schuldner gleichsam zu seinem eigenen Gerichtsvollzieher werde,⁵⁸ ein gewisses Missbrauchspotential, da sie es jenem ermögliche, sich frühzeitig und bewusst unter den Schutz des Insolvenzverfahrens zu begeben und dieses mithin ohne Rücksicht auf die Belange der Gläubiger als Sanierungsmittel zu eigenen Gunsten einzusetzen.⁵⁹ Die Eigenverwaltung durch den insolventen Schuldner

mierte sich u. a. im Rahmen einer Delegationsreise in die USA über das dortige Insolvenzrecht, s. Beschlussempfehlung u. Bericht des Rechtsausschusses v. 19.04.1994, BT-Drs. 12/7302, S. 150. – Das US-amerikanische *Chapter 11*-Verfahren mit dem gesetzlichen Modell des *debtor in possession* kann mit Blick auf die Belange der Praxis seit langem als ein bewährtes Insolvenzrechtsregime angesehen werden (s. *Hofmann*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 28; *Schlegel*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 38), was es nachvollziehbar macht, dass sich der deutsche Gesetzgeber bei Schaffung der Regelungen über die Eigenverwaltung hieran orientierte.

⁵⁵ S. unter 3. Teil C. III. 1. c) bb) (f).

⁵⁶ *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 466; *Brinkmann/Zipperer*, ZIP 2011, 1337, 1339. Das rasch zum ‚geflügelten Wort‘ gewordene Verdikt, dass durch die Eigenverwaltung der „Bock zum Gärtner“ gemacht werde, soll ursprünglich v. a. auf den Rechtsanwalt u. Insolvenzverwalter *Volker Grub* zurückgehen, s. *Bilgery*, ZInsO 2014, 1694; *Smid*, DZWIR 2002, 493.

⁵⁷ Vgl. *Grub*, WM 1994, 880, 881; *ders./Rinn*, ZIP 1993, 1583, 1587; vgl. auch *Brinkmann/Zipperer*, ZIP 2011, 1337, 1339, die jedoch zu Recht darauf hinweisen, dass sich der Eintritt der Insolvenz zwar sehr häufig, jedoch nicht immer auf ein Versagen der Geschäftsleitung zurückführen lässt, jener sich vielmehr im Einzelfall freilich auch einmal als Folge externer Ereignisse darstellen kann.

⁵⁸ Vgl. *Grub*, in: Kübler, Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 79, 90, 95; *ders.*, ZIP 1993, 393, 397.

⁵⁹ *Grub*, WM 1994, 880, 881; ähnl. *Bichlmeier*, DZWIR 2000, 62 ff.; zur Missbrauchsfahrgefahr vgl. auch *Haas*, in: Gottwald/Haas, InsolvenzR-Hdb., § 84 Rn. 16; *Hofmann*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 28 f.; *Koch*, in: MüKoAktG, § 264 Rn. 80. Zur insolvenzspezifischen Anreizsituation für die Mitglieder des Vorstands u. zu dem damit einhergehenden Missbrauchspotential vgl. ferner ausführl. noch unter 2. Teil B. II. 2. c).