Aufgaben und Pflichten eines „CRO“ im Eigenverwaltungsverfahren

Dr. Beck & Partner
Rechtsanwälte

Nürnberg ▪ München ▪ Augsburg ▪ Ansbach ▪ Hof ▪ Regensburg ▪ Würzburg ▪ Landshut

Gliederung

1. **„ESUG“-Statistik**
   - Verfahren in Eigenverwaltung
   - CRO
2. **Berufung eines CRO in die Unternehmensführung**
   - Zulässigkeit
   - Intention
   - Grundlagen der Zusammenarbeit
3. **Anforderungsprofil des CRO**
4. **Aufgabenbereich des CRO**
   - Begleitung des Unternehmens durch die Krise
   - Erweiterter, insolvenzspezifischer Aufgabenbereich
5. **Begründung von Masseverbindlichkeiten**
   - § 270a InsO
   - § 270b InsO

Gliederung

6. Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen in der vorläufigen Eigenverwaltung

7. Pflichtenkanon des CRO

- Grundlagen
- Inhalt
- Pflicht zum „Dual Track“?
- Haftung als Kehrseite

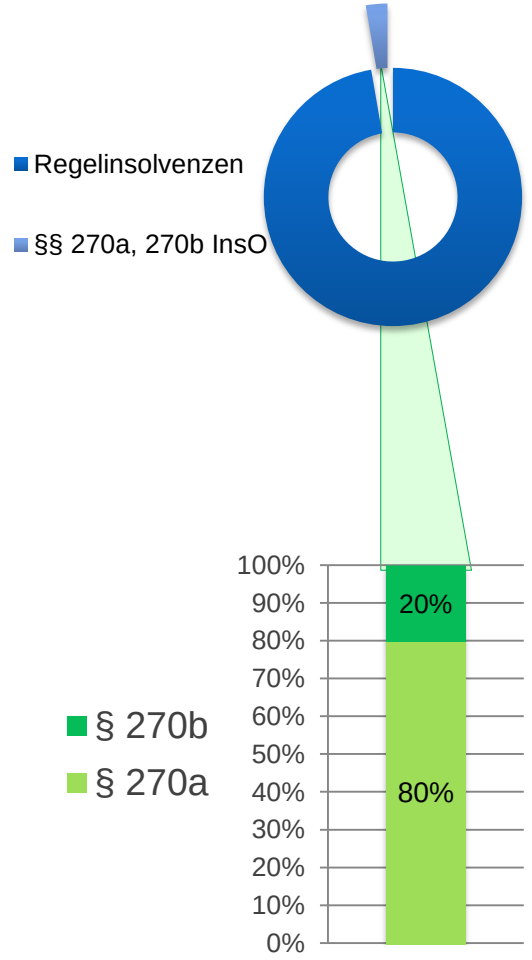
8. Haftung des Geschäftsleiters in der Eigenverwaltung analog §§ 60, 61 InsO

- Haftungsrechtliche Gleichstellung mit Insolvenzverwalter
- Analoge Anwendung der §§ 60, 61 InsO auf Generalbevollmächtigten?
- Haftung analog §§ 60, 61 InsO in der vorläufigen Eigenverwaltung?
- Freizeichnung (Haftungsausschluss/-begrenzung) iRd. §§ 60, 61 InsO möglich?
- Anwendbarkeit des § 60 Abs. 2 InsO beim Einsatz von Angestellten?
- Haftung bei mehrgliedriger Geschäftsleitung?

9. Fazit

Das Verfahren in Eigenverwaltung – „ESUG“-Statistik

- **Der Anteil der Eigenverwaltungsverfahren seit Inkrafttreten des ESUG liegt bei 2,7 % in einem Umfeld allgemein rückläufiger Insolvenzzahlen***
  - Personen- u. Kapitalgesellschaften: **57.200**
  - Hiervon in Eigenverwaltung: **1.513**
- **Von den 50 größten Unternehmensinsolvenzen in 2018 (nach Mitarbeiterzahl) wurden 60 % in Eigenverwaltung geführt****
- **Von 1.513 beantragten Eigenverwaltungsverfahren waren**
  - **ca. 80 %** Verfahren gemäß **§ 270a InsO***
  - **ca. 20 %** Verfahren gemäß **§ 270b InsO***
- **Schneller Verfahrensdurchlauf und hohe Insolvenzquoten***
  - Ø ca. **6 - 9 Monate** (§ 270a InsO: 263 Tage; § 270b InsO: 202 Tage)
  - Ø ca. **10 %** Quote für Insolvenzgläubiger
- **Aber: Etwa 40 % der Eigenverwaltungen scheitern und werden in ein Regelinsolvenzverfahren überführt!***



* **BCG-Studie: „6 Jahre ESUG“, April 2018**
Zeitraum 03/2012-01/2018

** **JUVE Rechtsmarkt 1/2019**
Zeitraum 12/2017 – 12/2018

„ESUG“-Statistik* zum CRO

- **(Sanierungs-)rechtliche Beratung des Managements vor und während des Verfahrens von großer Bedeutung**
  - Bei den **50 größten Unternehmensinsolvenzen**** wird in etwa **drei von vier** Fällen (72 %) ein unternehmensexterner Sanierungsexperte in die Geschäftsführung bzw. in den Vorstand berufen
  - **Wesentlich hierfür**: Hohe Anzahl an Eigenverwaltungen in Großverfahren (2018: 60 % der Top-50-Insolvenzen), deren Komplexität und rechtliche Schwierigkeiten die Einsetzung eines Insolvenz-experten unabdingbar macht
  - **Professionalisierung zeigt Wirkung**: 95 % der Anträge auf Anordnung der Eigenverwaltung erfolgreich; lediglich 12 % der Top-50-Insolvenzen wechselten von einem eigenverwalteten Verfahren in eine Regelinsolvenz
  - Unabhängiger, erfahrener CRO als „***Retter in der Not***“ (*Specovius/Uffmann*, ZIP 2016, 295)
  - Einsatz eines CRO als **etabliertes und effektives Instrument zur Krisenbewältigung**
- **Spezialisiertes Feld der Sanierungsgeschäftsführung**

*** BCG-Studie: „6 Jahre ESUG“, April 2018**

**** Analyse auf Basis der von JUVE seit 2014 veröffentlichten Top-50-Insolvenzen**

Berufung eines CRO in die Unternehmensführung

- **Zulässigkeit: Von „Babcock Borsig“ bis zur aktuellen Judikatur des BGH**
  - AG Duisburg, Beschl. v. 1.9.2002 – 62 IN 167/02 („Babcock Borsig“) – Leitsatz:

    „Mit dem Zweck der Eigenverwaltung ist es unvereinbar, dass die verantwortliche Bewältigung der Insolvenz externen, vom Schuldner ausgewählten Sanierungs- und Insolvenzfachleuten überlassen wird, die, ohne über nennenswerte unternehmens- oder branchenspezifische Kenntnisse und Erfahrungen zu verfügen, erst in der Krise in eine Führungsposition berufen worden sind.“

    In den **Entscheidungsgründen** führt das AG Duisburg weiter aus:

    Grundlage des gesetzlichen Modells der Eigenverwaltung sei die „Notwendigkeit der personellen Kontinuität in der schuldnerischen Vermögensverwaltung vor und nach Eintritt der Insolvenz.“

    Die Eigenverwaltung setze gedanklich voraus, dass die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis „nach Verfahrenseröffnung im Wesentlichen von denselben Personen wahrgenommen wird, die sie auch zu Beginn der Krise ausgeübt haben.“

    → „**Keine Fremdverwaltung im Kostüm der Eigenverwaltung**.“

Berufung eines CRO in die Unternehmensführung

- Ablehnung der Ansicht des AG Duisburg in der Literatur:
  - Grundsatz der personellen Kontinuität in der Vermögensverwaltung des Schuldners existiert nicht
  - Unternehmensführung verfügt idR. nicht über die notwendigen insolvenzrechtlichen Kenntnisse

- BGH v. 21.07.2016 – IX ZB 70/14, NZI 2016, 796 Rn. 81:

  Die **Eigenverwaltung setzt selbstverständlich eine insolvenzrechtliche Expertise des Schuldners voraus**. Ob der Schuldner oder seine Geschäftsführung sich diese **Expertise selbst verschafft oder** zu diesem Zweck einen **Berater anstellen**, dem sie Generalvollmacht erteilen, ist **unerheblich**.

- **Intention: Bestellung eines CRO gewährleistet ordnungsgemäße Verfahrensabwicklung und -koordination**
  - § 1 InsO gilt uneingeschränkt auch in einem Eigenverwaltungsverfahren (vgl. etwa *Siemon*, ZInsO 2012, 1045, 1047)
  - Ausrichtung der Tätigkeit an gleichmäßiger und bestmöglicher Gläubigerbefriedigung kann für die „alte“ Geschäftsführung ggf. schwierig sein:
    - Haftungsansprüche gegen die Geschäftsführung denkbar
    - Schutz und Wahrung eigener Interessen und Strukturen

Berufung eines CRO in die Unternehmensführung

- **Grundlagen der Zusammenarbeit :**
  - Abgrenzung „direktes“ / „indirektes“ Interim Management
    - Entweder Vertragsschluss direkt zwischen Unternehmen und CRO („direktes“ Interim Management) oder Vermittlung durch Sanierungsberater („indirektes“ Interim Management)
    - Problem bei „indirektem“ Interim-Management: Interessenwahrungspflicht des CRO trotz „Intermediär“ als Vertragspartner
    - Aber: Drittleistungspflicht → echter Vertrag zugunsten Dritter; CRO steht hinreichend im „Lager“ des Schuldners

Berufung eines CRO in die Unternehmensführung

- Rechtliche „Verankerung“ im Unternehmen:
  - Organschaftliches Modell:
    Legitimation aus Geschäftsführervertrag sowie der mit dem Bestellungsakt verwirklichten Organstellung einschließlich der hieraus resultierenden Treue- und Fürsorgepflichten
    (vgl. hierzu *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 6 Rn. 73 ff.)
  - Schuldrechtliches Modell („Generalbevollmächtigung“):
    Managementvertrag als besonderer Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstleistungscharakter und Erteilung von Handlungsvollmacht
  - Beiratsmodell:
    CRO als Mitglied eines Beirats, dem bestimmte Geschäftsführungskompetenzen eingeräumt werden
- Sanierung als Projekt
  - Zeitliche Befristung und beschränkte Tätigkeit des CRO („spezielle Funktions- und Führungsbereiche“)

Anforderungsprofil des CRO

- **Was ist ein „CRO“?**

  Der CRO ist ein auf Krisensituationen spezialisierter und erfahrener Interimsmanager, der aufgrund seines Persönlichkeitsprofils sowie seiner kaufmännischen, finanzwirtschaftlichen und insolvenzrechtlichen Kenntnisse die Umsetzung von Restrukturierungsmaßnahmen erfolgreich verantworten kann und somit zu einem erfolgreichen „Turnaround“ maßgeblich beiträgt (vgl. *Thiele*, in: FA-InsR, 8. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 82).

- **Konfliktäres Spannungsfeld** zwischen den Interessen des schuldnerischen Unternehmens respektive der Gesellschafter und den Interessen der Gläubigergesamtheit

  - CRO als „*Spielball der verschiedenen Interessengruppen*“ (*Klein*/*Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2236)
  - Loyalitätskonflikte bei Maßnahmen, die den Interessen der Beteiligten diametral zuwiderlaufen?
    → Wem gegenüber ist der CRO verpflichtet? Der Gesellschaft oder den Gläubigern?
    →Trotz vertraglicher Vereinbarung mit dem Schuldner: InsO gibt den rechtlichen Rahmen für die Tätigkeit des CRO vor.
  - Zur Vermeidung von Konflikten mit dem auftraggebenden Schuldner erforderlich:
    Klare Regelungen in Bezug auf die Ausgestaltung des Engagements im Krisenunternehmen („Leistungsbild Sanierungsgeschäftsführung“; *Thiele*, in: FA-InsR, 8. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 75)

Aufgabenbereich des CRO

- **Einerseits: Begleitung des Unternehmens durch die Krise und Umsetzung von operativen und finanziellen Restrukturierungsmaßnahmen**
  - Krisenerfahrene und umsichtige Unternehmensführung
  - Wiedergewinnung des Vertrauens der Stakeholder / Zerstreuung etwaiger Vorbehalte gegen die Durchführung des Insolvenzverfahrens als Sanierungsinstrument

CRO muss regelmäßig eine Reihe interner und externer Widerstände überwinden!

Aufgabenbereich des CRO

- **Andererseits: Erweiterter, insolvenzspezifischer Aufgabenbereich**

  Wahrnehmung der spezifischen Aufgaben des eigenverwaltenden Schuldners, z. B.

  - Erstellung einer insolvenzspezifischen Ertrags- und Liquiditätsplanung
  - Laufende Prüfung der Liquidität durch insolvenzspezifische GuV-Rechnung
  - Unterrichtung und Zusammenarbeit mit dem (vorläufigen) Sachwalter sowie dem Insolvenzgericht
  - Unterrichtung und Zusammenarbeit mit dem (vorläufigen) Gläubigerausschuss
  - Insolvenzgeldvorfinanzierung
  - Abgabe von Erklärungen nach den §§ 103 ff. InsO
  - Erstellung der Verzeichnisse nach den §§ 151 - 153 InsO
  - Berichtswesen
  - Interne und (fortbestehende) externe Rechnungslegung
  - Aufnahme unterbrochener Rechtsstreite
  - Verwertung von Sicherungsgut
  - Verteilung der Insolvenzmasse zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger
  - Erstellung eines Insolvenzplans

- **„CRO“ wird nach Insolvenzantragstellung zum „CIO“ („Chief Insolvency Officer“)**

  Tätigkeit setzt sanierungs- und insolvenzspezifische Fähigkeiten und Erfahrung voraus

Betriebsfortführung erfordert Begründung von Masseverbindlichkeiten - § 270a InsO

- **BGH, Urt. v. 22.11.2018 – IX ZR 167/16 : Vorläufige Eigenverwaltung, § 270a InsO**

  „Der Schuldner begründet im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO insoweit Masseverbindlichkeiten, als er vom Insolvenzgericht hierzu ermächtigt wurde."

  ➢ **Anmerkungen:**

  - **Die Begründung von Masseverbindlichkeiten iRd. § 270a InsO ist nicht generell ausgeschlossen.**
    (entgegen AG Fulda, Beschl. v. 28.03.2012 – 91 IN 9/12, ZIP 2012, 1471)
    → Sanierung setzt regelmäßig Fortführung des Unternehmens voraus; nur möglich, wenn zugunsten bestimmter Geschäftspartner Masseverbindlichkeiten begründet werden können

  - **Der Schuldner kann nicht ohne gerichtliche Ermächtigung Masseverbindlichkeiten begründen.**
    (entgegen AG Montabaur, Beschl. v. 27.12.2012 – 14 IN 282/12, ZInsO 2013, 397 f.)
    → Keine (analoge) Anwendung des § 55 Abs. 2 InsO über § 270 Abs. 1 S. 2 InsO, da Rechtsstellung des Schuldners in der Eigenverwaltung mangels Zuweisung insolvenz-spezifischer Befugnisse nicht der eines starken vorläufigen Insolvenzverwalters entspricht

Betriebsfortführung erfordert Begründung von Masseverbindlichkeiten - § 270a InsO

- **Zur Begründung von Masseverbindlichkeiten kann nur der Schuldner, nicht hingegen der vorläufige Sachwalter ermächtigt werden.**
  (entgegen AG Hamburg, Beschl. v. 04.04.2012 – 67g IN 74/12, ZIP 2012, 787)
  → Schuldner begründet im eröffneten Verfahren Masseverbindlichkeiten unter Aufsicht des Sachwalters; der vorläufige Sachwalter kann keine weitergehende Befugnis haben als der (endgültige) Sachwalter

- **Erteilung der Einzelermächtigungen steht im Ermessen des Insolvenzgerichts nach § 21 Abs. 1 InsO**
  (vgl. auch LG Hannover v. 22.8.2016 – 11 T 30/16, ZInsO 2016, 1861 ff.)

Begründung von Masseverbindlichkeiten iRd. § 270a InsO - Folgefrage

- **Erteilung einer Generalermächtigung („alle Verpflichtungen sind Masseverbindlichkeiten“) iRd. § 270a InsO zulässig?**

  - Vom **BGH** in den Entscheidungsgründen **ausdrücklich offen gelassen**

  - **Aber**: BGH spricht von Gefahr einer *„übermäßigen Begründung von Masseverbindlichkeiten“*, die zur *„Auszehrung der künftigen Insolvenzmasse“* führen kann (Rn. 9)

    → Bedeutung der **Massesicherungspflicht im Eröffnungsverfahren.**

  - **Keine Analogie zu § 270b Abs. 3 InsO**
    → Keine planwidrige Regelungslücke; weiter Rechtsrahmen zur Gestaltung der Verfügungsbefugnis nur für noch nicht zahlungsunfähigen Schuldner gerechtfertigt (LG Hannover, Beschl. v. 22.8.2016 – 11 T 30/16, ZInsO 2016, 1861)

Begründung von Masseverbindlichkeiten iRd. § 270a InsO - Folgefrage

- Generalermächtigung auf Grundlage von **§ 21 Abs. 1 InsO**?
  - **Befürwortend**:
    AG Köln, Beschl. v. 36.3.2012 – 73 IN 125/12; ZInsO 2012, 790; *Swierczok*, ZInsO 2016, 2366, 2371; *Klinck*, ZIP 2013, 853, 861.

    Ablehnend:
    LG Hannover, Beschl. v. 22.8.2016 – 11 T 30/16, ZInsO 2016, 1861; AG Essen, Beschl. v. 3.2.2015 – 163 IN 14/15, ZInsO 2015, 700; *Blankenburg*, ZInsO 2016, 1337, 1344 f.; *Pape*, ZIP 2013, 2285, 2292.

  - **Generalermächtigung iRd. § 270a InsO <u>unzulässig</u>:**

    Widerspruch zur Gesetzessystematik; auch vorläufiger (schwacher) Insolvenzverwalter kann Masseverbindlichkeiten nur für einzelne, im Voraus genau festgelegte Rechtsgeschäfte begründen („Einzelermächtigungsrechtsprechung“)
    BGH, Urt. v. 18.07.2002 – IX ZR 195/01, BGHZ 151, 353; **zudem keinesfalls geboten.**

Betriebsfortführung erfordert Begründung von Masseverbindlichkeiten - § 270b InsO

- **BGH, Urt. v. 16.6.2016 – IX ZR 114/15 : Schutzschirmverfahren, § 270b InsO**

  „Beantragt der Schuldner eine Globalermächtigung i. S. d. § 270b Abs. 3 S. 1 InsO (gebundene Entscheidung), sind alle durch ihn begründeten Verbindlichkeiten als Masseverbindlichkeiten zu qualifizieren. Dem Schuldner steht diesbezüglich kein Wahlrecht zu.“

  ➢ **Anmerkungen:**

  - Eine gerichtliche Ermächtigung, bei der es in das Ermessen des Schuldners gestellt wird, zu bestimmen, wozu er ermächtigt sein soll, kommt nicht in Betracht. Derartige Ermächtigungen sind auch bei einem vorläufigen Insolvenzverwalter im Regelverfahren unzulässig (BGH, Urt. v. 18.7.2002 – IX ZR 195/01, BGHZ 151, 353).

  - Infolge der Globalermächtigung sind u. a. auch vom Schuldner abgeführte **AN-Anteile zur Sozialversicherung** sowie **Umsatz- und Lohnsteuerbeiträge** als Masseverbindlichkeiten zu qualifizieren.

  - Die Befriedigung von Masseverbindlichkeiten ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens **nicht anfechtbar**. Dies gilt selbst dann, wenn die Zahlungen – wie bei Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen – nicht der Sanierung oder Betriebsfortführung gedient und die Gläubiger die Zweckwidrigkeit der Zahlungen gekannt haben. Ein erklärter Vorbehalt der Anfechtung ist ebenfalls unbehelflich.

  - Empfehlung: **Punktuelle Beantragung von Einzelermächtigungen** zur Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den CRO (Ermessensentscheidung des Insolvenzgerichts)

Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen in der vorläufigen Eigenverwaltung

- **Haftung nach §§ 69 iVm. 34, 35 AO bzw. Strafbarkeit gem. § 266a StGB bei Nichtzahlung von Steuern bzw. Nichtentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen**

Es bestehen mehrere Lösungswege:

- **Übertragung der Kassenführung** auf den vorläufigen Sachwalter gemäß § 270a Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 275 Abs. 2 InsO (AG Hamburg, Beschl. v. 14.7.2014 – 67 b IN 196/14, ZInsO 2014, 2390)
  - Problem: „Entwertung" der Eigenverwaltung; kein Vertrauenssignal an Marktumfeld

- **Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts** für Zahlungen aus dem Steuerschuldverhältnis sowie auf Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung auf Grundlage von § 21 Abs. 1 S. 1 InsO (AG Hamburg, Beschl. v. 19.6.2017 – 67g IN 173/17, ZInsO 2017, 1740, wenn ansonsten keine ausreichende Liquidität vorhanden ist oder eine spätere Anfechtung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hätte)
  - Nach *Laroche/Wollenweber* (ZInsO 2016, 2225 ff.) gleichwohl strafrechtliche Haftung des Geschäftsführers (und des vorläufigen Sachwalters) wegen „kollusivem Zusammenwirken" möglich
  - FG Münster, Beschl. v. 3.4.2017 – 7 V 492/17 U, NZI 2017, 1740: Mangels Verschulden keine Haftung des Geschäftsführers bei Nichtzahlung

Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen in der vorläufigen Eigenverwaltung

- Problem: Zulässigkeit eines entsprechenden Beschlusses des Insolvenzgerichts?
  (vgl. *Frind*, ZInsO 2015, 22, 24)

  → Vorläufiger Sachwalter wird durch insolvenzgerichtliche Anordnung in die Haftung nach § 61 InsO *„geschleudert“*

- „**Anfechtungslösung**“: Zahlung nach vorheriger Inkenntnissetzung von Eröffnungsantrag und spätere Anfechtung nach § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 bzw. § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO
  - Anfechtung nicht möglich im Schutzschirmverfahren unter Anordnung einer Globalermächtigung nach § 270b Abs. 3 InsO (BGH, Urt. v. 16.6.2016 – IX ZR 114/15)

    → Beantragung von Einzelermächtigungen erforderlich.

- **Stellungnahme**:
  Anfechtungsvariante ist als risikoärmster Weg zur Haftungsvermeidung **vorzugswürdig**;
  ein hiermit verbundener Liquiditätsabfluss kann im Regelfall kompensiert werden.

Pflichtenkanon des CRO - Grundlagen

- **Paradigmenwechsel bei Anordnung der Eigenverwaltung?**
  - Gilt für den CRO eine andere Zielrichtung bei der Pflichtenerfüllung?
    Sanierung / Erhalt des Unternehmens / Erhalt von Arbeitsplätzen als vorrangiges Ziel?
  - → **Nein.** Eigenverwaltung ist „besondere Spielart“ eines Insolvenzverfahrens;
    § 1 InsO, der die Ziele des Insolvenzverfahrens gesetzlich bestimmt, gilt auch hier ohne Einschränkung.

- **Leitlinie für die Tätigkeit des CRO**
  - Gemeinschaftliche (bestmögliche) Gläubigerbefriedigung (§ 1 InsO)

Pflichtenkanon des CRO – Inhalt

- **Pflichten des CRO in der Eigenverwaltung**
  - **Vertraglich (Managementvertrag i. V. m. Handlungsvollmacht), insb.**
    - Unterstützung bei der Stabilisierung und Fortführung des Geschäftsbetriebs
    - Koordination des Austausches mit Insolvenzgericht, (vorläufiger) Sachwaltung und (vorläufigem) Gläubigerausschuss
    - Erstellung einer insolvenzspezifischen Ertrags- und Liquiditätsplanung
    - Durchführung der Insolvenzbuchhaltung und des Insolvenzcontrollings
    - Beauftragung und Koordination der Insolvenzgeldvorfinanzierung
    - Prüfung und Abwicklung der Aus- und Absonderungsrechte
    - Mitwirkung an der Erstellung des Insolvenzplans
    - Ggfs. Erstellung eines Unternehmenskaufvertrags
  - **Gesetzlich (Aufgaben des eigenverwaltenden Schuldners auf Grundlage der InsO), insb.**
    - Unterrichtung der Gläubiger, § 281 InsO
    - Verwertung von Sicherungsgut, § 282 InsO
    - Forderungsprüfung und Verteilung, § 283 InsO

Pflicht zur Durchführung eines „Dual Track“ ?

- **Planerstellung durch Schuldner/CRO in der Eigenverwaltung**
  - **„Derivatives Planinitiativrecht“**:
    Erstellung im Auftrag der Gläubigerversammlung, § 284 Abs. 1 S. 1 InsO
  - Zusätzlich **„originäres Planinitiativrecht“** gemäß § 218 Abs. 1 S. 1 InsO?
    → Ja, solange noch keine (inhaltlich abweichende) Beauftragung gemäß § 284 Abs. 1 S. 1 InsO vorliegt: Gläubigerinteresse hat stets Vorrang vor dem Willen des Schuldners.
- **Prüfung von Alternativszenarien wg. Schlechterstellungsverbot aus § 245 Abs. 1 S. 1 InsO**
  - Wirtschaftliche Betrachtungsweise: Liquidationsquote bei Fortsetzung oder bei Zerschlagung vs. Planquote (*Pleister*, in: KPB-InsO, § 251 Rn. 8)
- **LG Stade, Beschl. v. 29.12.2017 – 7 T 151/17:**
  - Das Szenario einer Gesamtveräußerung (übertragende Sanierung) kommt nur unter der Voraussetzung als Vergleichsmaßstab in Betracht, dass ein konkretes, verbindliches Angebot vorliegt, das zu einer höheren Befriedigung der Gläubiger als nach dem Insolvenzplan führt. Abstrakte Übertragungs- und Verkaufsmöglichkeiten müssen nicht als Vergleichsmaßstab herangezogen werden (so bereits *Lüer*/*Streit*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl., § 245 Rn. 13).
  - Es besteht insbesondere **keine Pflicht,** einen **M&A-Prozess durchzuführen**.
    (zustimmend auch *Schröder*/*Rekers*, ZInsO 2019, 711, 713)

„Dual Track“ als „best practice“?

- **Differenzierung iRd. §§ 270a, 270b**
  - Ein parallel zur Erstellung eines Insolvenzplans initiierter Verkaufsprozess **kann** die richtige Lösung für eine erfolgreiche Sanierung mit überdurchschnittlichen Ergebnissen für die Gläubiger sein.
  - Kaufpreis aus M&A-Prozess → **Referenz** und **Benchmark** für konkurrierenden Insolvenzplan
  - **§ 270a InsO**: „Dual Track“ **häufig sinnvolle Ergänzung** zur Absicherung der angestrebten Insolvenzplanlösung
  - **§ 270b InsO**: „Dual Track“ läuft dem Grundgedanken des Schutzschirmverfahrens der rechtzeitigen Insolvenzantragstellung zur Wahrung von Sanierungschancen grundsätzlich zuwider

    → „Dual Track“ beschädigt die Glaubwürdigkeit sowohl des Insolvenzplans als auch des M&A-Prozesses und ist daher **nur in besonders gelagerten Fällen** sinnvoll (*Exner*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, 3. Aufl. 2017, § 44 Rn. 137)
    - Zustimmung zum angestrebten Insolvenzplan durch Gläubigergemeinschaft steht stark infrage;
    - Angestrebter Insolvenzplan lässt deutlich geringere Gläubigerbefriedigung erwarten als übertragende Sanierung;
    - Finanzierung des Insolvenzplans, insb. Sanierungsbeitrag der Gesellschafter, ist nicht sichergestellt

Pflichtenkanon des CRO – Haftung als Kehrseite

- **Verletzung der (insolvenzspezifischen) Pflichten als Anknüpfungspunkt der Haftung**
  - **Wesentliche Haftungsrisiken in der Praxis der (vorläufigen) Eigenverwaltung**
    (vgl. auch *Hofmann*, ZIP 2018, 1429, 1432 ff.)
    - Verletzung der Pflicht zur Sicherung und Verwaltung der Insolvenzmasse
    - Begleichung von Altforderungen
    - Verletzung von Aus- und Absonderungsrechten
    - Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten

Auf den CRO anwendbare Haftungsnormen – Innen- oder Außenhaftung?

- **Haftung nach Gesellschaftsrecht – keine effektive Haftung**
  - Gesellschaftsrechtliche Haftungsnormen (§ 43 Abs. 1 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG) führen zu reiner **Innenhaftung** des Geschäftsleiters gegenüber der Gesellschaft für einen ***bei dieser*** entstandenen Schaden.
  - Realisierung eines Haftungsanspruchs nur über den Umweg der Inanspruchnahme der Gesellschaft in Verbindung mit deren gesellschaftsrechtlichen Regressanspruch gegen den Geschäftsleiter bietet keinen effektiven Schutz für die Verfahrensbeteiligten.
- **Haftung nach allgemeinem Zivilrecht – kein allgemeiner Haftungstatbestand**
  - Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 3 BGB) für über normales Verhandlungsvertrauen hinausgehendes, persönlich in Anspruch genommenes Vertrauen (sog. „Sachwalterhaftung“ im klassischen Sinn) nur bei Vorliegen der besonderen Voraussetzungen im Einzelfall.
- **Deliktische Haftung – kein allgemeiner Haftungstatbestand**
  - Auch eine Außenhaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. strafrechtlichen Normen (Untreue, Eingehungsbetrug) bzw. § 826 BGB (Existenzvernichtungshaftung) setzt das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen im Einzelfall voraus. Hohe Hürden auf Sachverhaltsebene.

Haftung des Geschäftsleiters in der Eigenverwaltung analog §§ 60, 61 InsO

- **BGH, Urt. v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17**

  „Wird im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft Eigenverwaltung angeordnet, haftet der bzw. die Geschäftsleiter den Beteiligten analog §§ 60, 61 InsO."

  ➢ **Entscheidungsgründe:**

  - Die gesetzliche **Organhaftung**, insbesondere aus § 43 Abs. 2 GmbHG, § 93 Abs. 2 S. 1 AktG, ist **als** reine **Binnenhaftung nicht geeignet**, die berechtigten **Interessen der Beteiligten wirksam zu schützen**.

  - Anwendung der **§§ 60, 61 InsO** über die Verweisungsvorschrift des § 270 Abs. 1 S. 2 InsO **beschränkt auf den Schuldner** ist **haftungsrechtlich unzureichend**, da das Haftungsvermögen des Schuldners durch die Insolvenz regelmäßig verbraucht ist.

Haftung des Geschäftsleiters in der Eigenverwaltung analog §§ 60, 61 InsO

- Die **gebotene haftungsrechtliche Gleichstellung** einer insolventen, in Eigenverwaltung befindlichen Gesellschaft mit einer im Regelinsolvenzverfahren befindlichen Gesellschaft kann angesichts fehlender, anderweitig hinreichend geeigneter rechtlicher Instrumentarien nur verwirklicht werden, indem die **Geschäftsleiter** der eigenverwaltenden Gesellschaft gegenüber den Beteiligten einer **Haftung nach §§ 60, 61 InsO unterworfen werden**. [BGH, Rn. 47]

- **Resümee**:
  Das Agieren als „Eigenverwalter“ mit insolvenzrechtlichen Pflichten muss zwingend zum gleichen Haftungsmaßstab führen, der für den Insolvenzverwalter im Regelverfahren gilt.

Haftung des Geschäftsleiters in der Eigenverwaltung analog §§ 60, 61 InsO

- **Wer ist „Geschäftsleiter“ – Anwendung auf den Generalbevollmächtigten?**

  - **<u>Systematische Betrachtung</u>: „Geschäftsleiter“ = „Organ“**
    (*Bitter*, ZIP 2018, 986 ff.; *Hölzle*, ZIP 2018, 1669 ff.; *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2234 ff.)

    - Haftung analog §§ 60, 61 InsO bezieht sich ausschließlich auf Geschäftsführer/Vorstand und CRO mit Organstellung
    - Aufgrund rechtsgeschäftlicher Vollmacht (Prokura, Handlungsvollmacht) für den Schuldner Handelnder ist <u>nicht</u> Adressat der Pflichtenkreise der §§ 60, 61 InsO, da Haftungsgrundlage nicht vertragliche, sondern nur die gesetzlich zugewiesenen Pflichten sind.

  - **<u>Funktionell-operative Betrachtung</u>: Beschränkung der §§ 60, 61 InsO analog auf Organe wird faktischer Erscheinungsform des CRO ohne Organstellung nicht gerecht**
    (*Horstkotte*, ZInsO 2018, 2329, 2331)

    - CRO – mit oder ohne Organstellung – bestimmt den Korridor, in dessen Rahmen sich die eigenverwaltende Gesellschaft insolvenzrechtskonform bewegen kann
    - <u>Entscheidend</u>: Nimmt der CRO in Anbetracht seiner Funktion und Aufgaben die Rolle eines Leiters der laufenden Geschäfte innerhalb des ihm anvertrauten Wirkungskreises ein?

      Falls ja, ist die den Vorgaben der §§ 60, 61 folgende Haftung auch <u>auf den CRO ohne Stellung als Organwalter anzuwenden</u>.

Haftung des Geschäftsleiters in der Eigenverwaltung analog §§ 60, 61 InsO

➢ **Für die systematische Ansicht („*Geschäftsleiter = (nur) Organ*“) spricht:**

- Ausdrückliche Anknüpfung des BGH an die in der Eigenverwaltung kraft Gesetzes begründeten, zusätzlichen insolvenzrechtlichen Pflichten, die ausschließlich das Organ treffen.
- Handlungsbevollmächtigter leitet rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht im Rahmen seiner insolvenzrechtlichen Befugnisse aus der Weisungsgebundenheit gegenüber der Geschäftsleitung ab
  → auch im Regelverfahren haftet nach §§ 60, 61 InsO nur die in das Amt berufene Person des Insolvenzverwalters, nicht unter ihr (weisungsabhängig) handelnde Angestellte
  (*Weber*, NZI 2018, 553, 555; *Bitter*, ZIP 2018, 986, 988).
- Keine Notwendigkeit für die Eröffnung einer weiteren Haftungsstufe im Außenverhältnis

➢ **Aber: Funktionell-operative Betrachtung führt zu überzeugendem Ergebnis**

- Gleichklang zwischen (insolvenzrechtlicher) Aufgabenstellung und haftungsrechtlicher Verantwortung erforderlich
- Haftungsgrundsatz:
  Im Rahmen der schädigenden Handlung ist auf das Verhalten derjenigen Person abzustellen, welcher der Wirkungskreis übertragen ist, in dessen Rahmen die Pflichtverletzung verortet werden kann.
  → Der Fehlgebrauch von erheblichen Herrschafts- und Einflussmöglichkeiten muss spiegelbildlich zu einer persönlichen Haftung führen.
- Im Fall insolvenzspezifischer Pflichten ist Adressat regelmäßig der CRO – unabhängig davon, ob sich seine Befugnisse aufgrund seiner Organstellung oder der rechtsgeschäftlichen Einräumung ergeben.

Haftung des Geschäftsleiters in der Eigenverwaltung analog §§ 60, 61 InsO

- **<u>Differenzierender Ansatz</u>: Analoge Anwendung der §§ 60, 61 InsO auf den Generalbevollmächtigten bei Vorliegen der Voraussetzungen einer faktischen Geschäftsführung** (angesprochen bei *Bitter*, ZIP 2018, 986, 988; in diese Richtung tendierend wohl auch S*chulte-Kaubrügger*, ZIP 2019, 345, 349)

  - **Voraussetzungen der faktischen Geschäftsführung:**

    Von faktischer Geschäftsführung ist auszugehen, wenn der Betreffende nach dem Gesamterscheinungsbild seines Auftretens die Geschicke der Gesellschaft – über die interne Einwirkung auf die satzungsmäßige Geschäftsführung hinaus – durch eigenes Handeln im Außenverhältnis, das die Tätigkeit des rechtlichen Geschäftsführungsorgans nachhaltig prägt, maßgeblich in die Hand genommen hat (BGH, Urt. v. 11.7.2015 – II ZR 235/03).

    → Es müssen **drei Voraussetzungen** erfüllt sein:
    (*Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 64 Rn. 16 ff.)

    - Tätigwerden mit Wissen und Wollen der Gesellschafter
    - Nachhaltige Einflussnahme auf die Geschäftsführung (maßgeblich ist, ob und welche Führungsaufgaben der Betroffene wahrgenommen hat sowie deren Ausmaß und Intensität)
    - Eigenes Handeln im Außenverhältnis in Bereichen, die üblicherweise der Geschäftsführung zuzurechnen sind

Haftung des Geschäftsleiters in der Eigenverwaltung analog §§ 60, 61 InsO

- **Handlungsbevollmächtigter CRO als faktischer Geschäftsführer?**
  - Dies wird anzunehmen sein, wenn der CRO unter Verdrängung der eigentlichen Geschäftsführung **faktisch** die **Restrukturierung leitet**

  - **Maßgeblich** hierbei sind:
    - Konkrete Ausgestaltung von Managementvertrag und Handlungsvollmacht
    - Konkretes Auftreten des CRO nach außen; Übernahme der „Verfahrensherrschaft“

  - **Nicht entscheidend** ist hingegen, ob der CRO seine Position als (nur) rechtsgeschäftlich Bevollmächtigter zum Ausdruck bringt (so aber *Horstkotte*, ZInsO 2018, 2329, 2331).

Offene Fragen zur Haftung des Geschäftsleiters in der Eigenverwaltung

- **Haftung analog §§ 60, 61 InsO in der vorläufigen Eigenverwaltung?**
  - **Befürwortend**: *Bitter*, ZIP 2018, 986, 988; *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2234, 2240; *Hölzle*, ZIP 2018, 1669, 1670 f.
  - **Analoge Anwendung** der §§ 60, 61 InsO **in der vorläufigen Eigenverwaltung überzeugt**
    - Stellung des eigenverwaltenden Organs ist bereits im Eröffnungsverfahren der Stellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters angenähert
    - Zwar mangels Anordnungsbeschluss keine Begründung einer amtsähnlichen Stellung, jedoch behält die Geschäftsleitung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis und ist bereits in diesem Stadium an den sich aus § 1 InsO ergebenden Zweck des Insolvenzverfahrens gebunden

Offene Fragen zur Haftung des Geschäftsleiters in der Eigenverwaltung

- **Freizeichnung von der Haftung (Haftungsausschluss bzw. -begrenzung) analog §§ 60, 61 InsO möglich?**
  - **Befürwortend:** *Taras*/*Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405, 406 **bei Individualvereinbarung**
  - **Ablehnend**: *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2234, 2241:
    - §§ 60, 61 InsO begründen **gesetzliche Haftung**
    - Eine mit den Gesellschaftern bzw. den weiteren Überwachungsorganen vertraglich vereinbarte Haftungsfreistellung wirkt nicht mehr in der Insolvenz, da diesen gemäß § 276a InsO nach Verfahrenseröffnung keine Befugnisse mehr zukommen
  - **Stellungnahme**: Die eine Begrenzung der Haftung ablehnende Ansicht überzeugt; CRO ohne Organstellung kann nur seine Binnenhaftung vertraglich beschränken (ebenso *Horstkotte*, ZInsO 2018, 2329, 2332)

Offene Fragen zur Haftung des Geschäftsleiters in der Eigenverwaltung

- **Privilegierung analog § 60 Abs. 2 InsO beim Einsatz von Angestellten des Schuldners?**
  - **Grundsatz § 278 S. 1 BGB**: Der Schuldner hat ein Verschulden von Personen, derer er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, wie eigenes Verschulden zu vertreten.
  - **Erleichterung des § 60 Abs. 2 InsO**: Der Insolvenzverwalter hat ein Verschulden von Angestellten des Schuldners **nicht** wie eigenes Verschulden zu vertreten, wenn er diese im Rahmen ihrer bisherigen Tätigkeit einsetzen muss und diese Angestellten nicht völlig ungeeignet sind.
    → Intention: Insolvenzverwalter ist iRd. Fortführung des Unternehmens zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben auf die Mitarbeit der schuldnerischen Angestellten angewiesen.
  - **Keine analoge Anwendung** des § 60 Abs. 2 InsO **auf den (internen) Geschäftsleiter**:
    - Anders als der Insolvenzverwalter kann der (interne) Geschäftsleiter nicht für sich beanspruchen, dass ihm die Einstellung und Auswahl der betreffenden Angestellten nicht zuzurechnen ist
    - Zudem hat er die Möglichkeit, die Eignung des Personalstamms iRd. der von ihm selbst ausgehenden Beantragung der Eigenverwaltung zu berücksichtigen (ebenso *Hofmann*, ZIP 2018, 1429, 1431)
  - **Analoge Anwendung** des § 60 Abs. 2 InsO **auf den CRO**?
    - Der CRO ist – wie ein Insolvenzverwalter – auf die Mitarbeit der Angestellten angewiesen, ohne ausreichend Kenntnis über sämtliche Verhältnisse des schuldnerischen Unternehmens zu haben (*Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2019 345, 349)
    - Stimmiges Haftungskonzept?

Offene Fragen zur Haftung des Geschäftsleiters in der Eigenverwaltung

- **Individuelle oder kollektive Haftung bei mehrgliedriger Geschäftsleitung?**
  - Haftet bei Verletzung einer insolvenzrechtlichen Pflicht durch ein Organ bzw. Organmitglied nur das handelnde Mitglied oder haften auch die anderen Organe bzw. Organmitglieder?
  - Grundsatz: Unterscheidung nach Innen- / Außenhaftung
    - Innenhaftung (z. B. § 43 GmbHG): Ressortverteilung maßgeblich; **weitere Organe haften** im Fall der Pflichtverletzung des zuständigen Organs **nur bei Verletzung der Überwachungspflicht** (*Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2019, 345, 348 m. w. N.)
    - Außenhaftung (z. B. § 64 GmbHG): **Ressortverantwortlichkeit entbindet** übrige Organe **nicht von der eigenen Verantwortung für die Erfüllung der Pflichten** nach § 64 GmbHG (BGH, Urt. v. 1.3.1993 – II ZR 81/94, ZIP 1994, 891)
  - Eine Haftung sämtlicher Organe bzw. Organmitglieder entsprechend §§ 60, 61 InsO

    befürwortend: *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2234, 2241; *Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2019, 345, 348
    - Insolvenzrechtliche Haftung ist als Außenhaftung konzipiert
    - Beschränkte Ressortverteilung hat im eröffneten Insolvenzverfahren keine Geltung mehr

    ablehnend hingegen: *Hölzle*, ZIP 2018, 1669, 1672 f.; wohl auch *Weber*, NZI 2018, 553, 556
    - Regressfreie Ressort- und Haftungszuweisung möglich; Übertragung des gesellschaftsrechtlichen Gesamtverantwortungsprinzips widerspricht ratio der persönlichen Pflichtenbindung des Amtswalters

Offene Fragen zur Haftung des Geschäftsleiters in der Eigenverwaltung

- **Stellungnahme:**
  - **Haftung analog §§ 60, 61 InsO = Außenhaftung**:
    Ressortverantwortlichkeit entbindet CRO nicht von der eigenen Verantwortung für die Erfüllung der insolvenzspezifischen Pflichten

  - Zudem: Ungeachtet einer Ressortzuständigkeit eines einzelnen Geschäftsführers muss die **Zuständigkeit des Gesamtorgans** insbesondere **für nicht delegierbare Angelegenheiten** gewahrt bleiben (so zuletzt BGH, Urt. v. 6.11.2018 – II ZR 11/17)

    → Die insolvenzspezifischen Pflichten in der Eigenverwaltung gehören zum nicht delegierbaren **Kernbereich**, weil sie dem in einem Insolvenzverfahren vorrangigen **Gläubigerschutz** dienen.

  - **Ergebnis**:
    Bei mehrgliedriger Geschäftsleitung erscheint eine **kollektive Haftung** iRd. §§ 60, 61 InsO analog **vorzugswürdig**.

Fazit

1. Die sanierungsrechtliche Beratung des Managements während eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung ist von erheblicher Bedeutung und gewährleistet die ordnungsgemäße Verfahrensabwicklung und -koordination.

2. Neben der Umsetzung von operativen und finanziellen Restrukturierungsmaßnahmen hat der CRO in der Eigenverwaltung eine Reihe insolvenzspezifischer Aufgaben des eigenverwaltenden Schuldners zu übernehmen. Leitlinie für die Tätigkeit des CRO ist hierbei die gemeinschaftliche (bestmögliche) Gläubigerbefriedigung aus § 1 InsO.

3. Die vom BGH auf den „Geschäftsleiter“ einer Gesellschaft übertragene Haftung analog §§ 60, 61 InsO ist auch auf den CRO mit Organstellung anzuwenden. Zudem kommt eine Anwendung auf den Generalbevollmächtigten in Betracht, sofern die Voraussetzungen einer „faktischen Geschäftsführung“ vorliegen.

4. Im Fall der mehrgliederigen Geschäftsleitung haften sämtliche Organe bzw. Organmitglieder entsprechend §§ 60, 61 InsO.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!