

# INDAT REPORT

Fachmagazin für Restrukturierung,  
Sanierung und Insolvenz

» Berufsverband der Insolvenzverwalter schmiedet digitalen Plan

## Neuaufstellung mit Insolvenzverfahren 4.0

» Vier Verwalter von Reimer Rechtsanwälte im Porträt

### **Vertraute Teamarbeit ohne primus inter pares**

» Im Gespräch mit RA Dr. Wolfgang Schirp zur Anleihe der Scholz Holding GmbH

### **»Österreichische Enteignungsnummer« bei Scholz**

» RA Prof. Dr. Volker Römermann zu BGH-Entscheidungen vom 17.03.2016

### **BGH fordert größere Transparenz bei der Verwalterauswahl**

**DECHOW**  
AUKTIONEN

ONLINE VERSTEIGERUNGEN

dechow.de



## Wissenschaftlicher Auftrag zum befruchtenden Streitgespräch

*Mannheim.* Der 12. Mannheimer Insolvenzrechtstag am 17.06.2016 legte es auf Streitgespräche an, denn beim Themenschwerpunkt »Das ESUG – ein Erfolgsmodell?« waren zu »Schutzschirm«, »Gläubigereinfluss« und »Gesellschafterrechte« jeweils ein Pro- und ein Kontravertreter eingeladen. Doch zuvor gab es für die 220 Teilnehmer eine resümierende interne und eine kritische externe Sicht auf ausgewählte BGH-Rechtsprechung sowie eine für Juristen lehrreiche Einheit in BWL.

**Text:** Peter Reuter

Bei 220 ausgebuchten von 240 im Hörsaal der Mannheimer Universität zur Verfügung stehenden Plätzen begrüßte ZIS-Vorsitzender Prof. Dr. Georg Bitter neben drei aktiven und zwei ehemals aktiven (Vorsitzenden) Richtern des IX. Zivilsenats die Teilnehmer der zwölften Ausgabe des Mannheimer Insolvenzrechtstags. Wegen des dichten Programms erinnerte er die Referenten an ihre vorgegebenen Zeiten, wobei ein Überschreiten mit einer neuen imposanten Handglocke angezeigt werde, die dann auch an den Pausenenden unüberhörbar zum Einsatz kam. Während der Tagung traf der Glockenton nur einen Diskutanten aus dem Publikum, dem Ko-Moderator RA Peter Depré damit einen noch leisen Hinweis gab, den dieser verstand. An Depré übergab Bitter nach einführenden und das ZIS betreffenden Worten die Vormittagsmoderation, der zur ersten Referentin RiinBGH Ilse Lohmann überleitete. »Aktuelle Rechtsprechung zur Aus- und Absonderung und Verwertung« sei

ihr als Thema vorgegeben worden, bemerkte sie, auch der Senat könne sich seine Fälle nicht aussuchen, fügte sie an. Viel an Rechtsprechung sei es nicht, die sie dazu gefunden habe, daher reichte der Überblick bis ins Jahr 2008 zurück. Darunter das Urteil vom 25.09.2015 (IX ZR 272/13) zum Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters bei verpfändeten globalverbrieften Aktien und bei der Doppeltreuhand (»Schmid/MobilCom«), der »sehr umstrittene Fall« zum Herausgabeanspruch des Sicherungszessionars gegen den Insolvenzverwalter hinsichtlich des durch Anfechtung der Zahlung an den Zweitcessionar Erlangten (Urt. v. 22.10.2015 – IX ZR 171/14) sowie ein jüngeres Urteil vom 14.04.2016 (IX 176/15) zum Übergang des Verwertungsrechts nach § 173 Abs. 2 InsO. Der Schuldner, ein Bauunternehmer und Pferdezüchter, hatte 128 Pferde zur Sicherheit eines Darlehens an die Beklagte übereignet. Die Bank stellte das Darlehen zur Rückzahlung fällig und begann mit der Ver-



*Ko-Moderator RA Peter Depré*



*Prof. Dr. Jens Wüstemann*



*RiinBGH Ilse Lohmann*

wertung. Dann starb der Schuldner und das Nachlassverfahren wurde eröffnet. Die Beklagte behauptete nun Volleigentum, der Verwalter klagte auf Herausgabe von zwölf Pferden. Der Leitsatz des Urteils lautete wie folgt: »Ein wegen eines Streits um die Massezugehörigkeit eines Gegenstands erhobene Klage vor den ordentlichen Gerichten ersetzt nicht die Fristsetzung durch das Insolvenzgericht wegen Verzögerung der Verwertung.«

## Erhebliche, unbefriedigende Unschärfen aus BWL-Sicht

Dem ZIS-Ansatz folgend, auch betriebswirtschaftliche Grundlagen zu fördern, übernahm dieses Mal Prof. Dr. Jens Wüstemann von der Universität Mannheim diese Aufgabe, der überdies Präsident der Mannheim Business School ist, mit dem Vortrag »Sanierungs- und Fortführungsfähigkeit von Unternehmen aus betriebswirtschaftlicher Sicht«. Analytisch betrachtet, gebe es drei Formen der Vermögensermittlung durch Fortführungsbilanz oder Zerschlagungsbilanz sowie Unternehmenswert (Gesamtbewertung). Daraus folge, dass sich jegliche belastbare Aussage zur Fortführung bzw. dem Fortbestehen aus dem Finanzplan ergibt. Aus diesem sei auch der Unternehmenswert abzuleiten. Unternehmen seien dann fortzuführen, wenn sie ggf. mittels Sanierungsmaßnahmen einen positiven Unternehmenswert haben. Bei Nichtfortführung sei der Liquidationswert relevant. Aus wissenschaftlicher Sicht verblieben in der durch den Literaturstand vorgenommenen Abgrenzung von handelsbilanzieller Unternehmensfortführung, insolvenzrechtlichem Unternehmensfortbestehen und der vor- und nachinsolvenzlichen Sanierungsfähigkeit erhebliche, unbefriedigende Unschärfen, stellte er fest.

Danach trat Bitter selbst ans Rednerpult und beschäftigte sich mit »Geschäftsführerhaftung aus § 64 GmbHG – Sinn und Unsinn der aktuellen BGH-Rechtsprechung« und wies darauf hin, dass man seinen Vortrag komprimiert auf sechs Seiten im ZIP-Festheft (22/2016) zu Ehren der Ende Mai ausgeschiedenen ZIP-Chefredakteurin Katherine Knauth nachlesen könne. Beginnend mit dem Grundsatzstreit zum Begriff der »Zahlung« i. S. v. § 64 S. 1 GmbHG ging er zunächst auf den nach dem Wortlaut der Norm naheliegenden und vom BGH gefolgten Ansatz, dass der Geschäftsführer auf Ersatz jedes einzelnen Vermögensabflusses nach Insolvenzzureife haftet, ein, um dann an das von Altmeppen, Karsten Schmidt und ihm favorisierte Gegenmodell zum Haftungsum-

fang, dass auch nach Insolvenzzureife zu verzeichnende Vermögenszuflüsse zu berücksichtigen seien und der Geschäftsführer demnach nur für die tatsächliche Masseschmälerung hafte, zu erinnern. Im Anschluss erörterte er die problematische Differenzierung zwischen debitorischen und kreditorischen Konten, die der BGH vornehme, und veranschaulichte das anhand von Zahlungsverläufen über und unter der Nulllinie. Während bei debitorischem Konto die »Zahlung« im Zahlungseingang liegen solle, weil dadurch der Kontokorrentkredit der Bank zurückgeführt werde, solle umgekehrt die Auszahlung von einem debitorischen keine »Zahlung« darstellen, weil lediglich ein Gläubigertausch stattfindet. Dem Adressaten dieser Regelung, dem Geschäftsführer, sei nicht zu vermitteln, was Karsten Schmidt schon deutlich gemacht habe, dass im Debet das Motto »Geben ist seliger denn Nehmen« und nur im kreditorischen Bereich das Motto »Nehmen



*ZIS-Vorsitzender Prof. Dr. Georg Bitter*

ist seliger denn Geben« gelte. Darauf aufbauend führte er aus, wie die neue Rechtsprechung des II. BGH-Senats von 2015 alles für den »armen Geschäftsführer« weiter verkompliziere. Selbst wenn man diese Rechtsprechung für konsequent entwickelt halte, sei sie in hohem Maße komplex, dass sie selbst die Anwalts-, Insolvenzverwalter- und Gerichtspraxis, wenn es darum geht, Geschäftsführer in die Haftung zu nehmen, fast überfordere. Zudem kämen weitere Schwierigkeiten bei den Unstimmigkeiten zum Aktivtausch (seit Urteil BGHZ 203, 218 vom 18.11.2014) hinzu, hier habe sich der II. Senat in seine eigene Idee verstrickt. Darauf die zu § 142 InsO anerkannten Grundsätze zu übertragen, halte er für problematisch, allerdings sei eine partielle Orientie-



RAIN Angelika Wimmer-Amend



RA Joachim Exner



Andreas Dörhöfer



Prof. Dr. Christoph Thole



RA Dr. habil. Gerrit Hölzle



Prof. Dr. Carsten Schäfer

rung an den Grundsätzen zu § 129 InsO denkbar, was er auf dem Deutschen Insolvenzverwalterkongress in Berlin am 03.11.2016 darlegen wolle. Festzuhalten bleibe, so Bitter, dass sich die Rechtsprechung verrannt habe, ihr Ansatz bilde in keinem Fall die insolvenzbedingte Masseschmälerung auch nur annähernd richtig ab. Daher plädiere er für einen Neustart, den der Gesetzgeber unternehmen müsse und den die Wissenschaft gerne unterstütze. Man müsse einen Weg finden, den zusätzlichen Vermögensverlust in der Insolvenzverschleppungsphase handhabbar zu machen. Keinesfalls dürfe man aber am fast gar nicht ermittelbaren sog. Quotenminderungsschaden anknüpfen und er verband damit eine Kritik an seinem Lehrer Karsten Schmidt, der daran bis heute festhalte. Vielmehr gelte es, einen Verschleppungsverlust zu ermitteln, dabei zähle er auf die Unterstützung aus der Betriebswirtschaftslehre. In der anschließenden Diskussion äußerte ein Verwalter die Idee, dass ein Geschäftsführer bei (rechtzeitigem) Eigenantrag ganz aus der Haftung genommen werden müsse, ein weiterer Verwalter pochte darauf, dass für alles, das in der Insolvenzreife »rausgeht«, der Geschäftsführer auch haften müsse, was Bitter mit »schön einfach für Verwalter« kommentierte.

## »Wohlfühlprodukt« für Geschäftsführer geschaffen

Nach dem Mittagsimbiss startete der Themenschwerpunkt zum ESUG, der mit »Zwischenbilanz in Streitgesprächen« untertitelt war. Über Schutzschirmverfahren und (vorläufige) Eigenverwaltung debattierten Verwalter RA Joachim Exner und Prof. Dr. Christoph Thole, den Bitter mit »noch Tübingen« ankündigte, da er Rufe nach Bonn und Köln erhalten habe; die nach Halle 2010 und Bayreuth 2014 hatte Thole abgelehnt. Exner, für die Argumente »pro« zuständig, der sich als »großer Fan« von 270b-Verfahren

bezeichnete und bei 270a-Verfahren »gewisse Vorbehalte« habe, zitierte die Ergebnisse aus der Studie »Vier Jahre ESUG« der Boston Consulting Group und von WBDat/INDat Report, wonach 41% aller vorläufigen ESUG-Verfahren als Regelverfahren (direkt bei Eröffnung oder später) eröffnet werden, allerdings davon weniger betroffen seien die Schutzschirme. Die Ziele des Gesetzgebers, u. a. Berechenbarkeit, Kontinuität und frühe Antragstellung, seien vor allem beim Schutzschirmverfahren erreicht. Die positive Wahrnehmung bei Kunden, Lieferanten und Arbeitnehmern, da keine »insolvenzbedingten Reflexe«, illustrierte er am eigenen Beispiel Loewe, wobei bei »Insolvenzeröffnung« plötzlich doch von der Pleite in der Presse die Rede gewesen sei, musste er eingestehen. Auch aus der Studie zitierte Exner die durchschnittlich schnellen Verfahrensdurchläufe, hohen Quoten, geringen Haircuts, wenigen Eingriffe in Gesellschafterrechte und recht häufige Zuführung von fresh money, doch er erinnerte auch an Optimierungspotenzial wie die Begründung von Masseverbindlichkeiten beim 270a-Verfahren. Neun »seiner« Gerichte würde diese anordnen, fünf nicht. Außerdem unterstrich er, dass nur redliche und professionell vorbereitete Sanierungsbemühungen in der EVW verblieben, wie die Praxis zeige. Wenn sich wesentliche Gläubiger gegen die EVW aussprächen – im Fall des TV-Herstellers Metz hätten drei große Gläubiger Schutzschriften bei Gericht hinterlegt –, sei es die falsche Verfahrensart. Thole, der vorausschickte, dem gewünschten Streitgespräch gemäß auf differenzierende Zwischentöne möglichst zu verzichten, wolle dennoch verbesserte Sanierungschancen durch das ESUG nicht schlechtreden. So sei der Insolvenzplan eine Erfolgsgeschichte, wobei man diesen nicht durch ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren mit einem Quasiplanverfahren entwerfen dürfe. Allerdings sehe er nicht die hohe Verlässlichkeit für Gläubiger und stelle einen Missbrauch durch sanierungsunfähige und -unwillige Schuldner fest. Er zitierte die Äußerung eines nicht namentlich genannten Beraters, wonach dieser dem Geschäftsführer

rer einen Dual Track nicht »verkaufen« könne. Hier verkomme die EVW zum »Wohlfühlprodukt« für Gesellschafter und Geschäftsführer. Zudem bestünden Unsicherheiten bei der Anordnung, was denn »Nachteile für Gläubiger« bedeuteten, es gebe eine unterschiedliche Prüfungsdichte bei den Gerichten, eine offensichtliche Anreizverzerrung beim mitgebrachten Sachwalter, ein Schönrechnen bei »64er-Ansprüchen« und der Anfechtung zugunsten Gesellschafter und Geschäftsführer sowie eine zu kleinteilige Justiz wie auch Unklarheiten bei der Haftung des eigenverwaltenden Schuldners. Als große Baustelle bezeichnete Thole die Diskrepanz zwischen Gesetz und Praxis hinsichtlich der Befugnisse des (vorläufigen) Sachwalters. Den Schutzschirm bewusst als Nichtinsolvenzverfahren zu verkaufen, halte er für grenzwertig. Den »mitgebrachten Sachwalter« bezeichnete Exner als »Märchen«, dieser müsse das Vertrauen aller Beteiligten genießen, sonst funktioniere die EVW nicht, die Praxis habe aus schlechten Beispielen gelernt. Selbst sein CRO-Posten bei Neumayer Tekfor sei »mit allen« abgesprochen gewesen.

## IWD-S-6-Gutachten verteuerten die Restrukturierung im Vorfeld

Über die Stärkung des Gläubigereinflusses debattierten danach Andreas Dörhöfer aus der Workout-Abteilung der Deutschen Bank und Verwalterin RAin Angelika Wimmer-Amend. Für Dörhöfer sind die Quoten mit dem ESUG bei zusätzlichen Haftungsrisiken nicht substantiell angestiegen, höhere Kosten wie für Berater kompensierten zum Teil die Recovery, sodass die heutige Situation für Gläubiger wenig befriedigend sei. Als Ansatzpunkte für eine Stärkung des Gläubigereinflusses nannte er eine Befristung des Mandats im vorl. GA auf etwa zwölf Monate, ein schon im Ruhestand befindlicher Kollege, der sich im Publikum zu erkennen gab, führe 20 von seinen insgesamt 33 GA-Mandaten weiter fort. Außerdem forderte Dörhöfer eine »Entrümpelung« des Anfechtungsrechts (bei Ratenzahlung, Sicherheit für fresh money schaffen) und die Einführung einer einfachen, vorinsolvenzlich anfechtungsfreien Restrukturierungsmöglichkeit. Notwendige Gutachten wie das IDW S6 verteuerten die Restrukturierung im Vorfeld, ihm genügten als Banker die eingehaltenen Leitlinien der BGH-Rechtsprechung. Als Gegenposition listete Wimmer-Amend umfänglich auf, wie sich der Gläubigereinfluss mit dem ESUG verbessert habe, und zitierte wiederum Studien von Roland Berger und McKinsey/Noerr, wonach die Stärkung des Gläubigereinflusses überwiegend positiv – wobei leicht rückläufig – bewertet werde. Hingegen würden kleinere Gläubigergruppen zu stark benachteiligt. Beim einstimmigen Votum für die Verwalterauswahl bestehe die Gefahr, so Wimmer-Amend, dass die Unabhängigkeit zur Disposition stehe. Auch kritisierte sie sog. Negativlisten bei Banken, die aufführten, welche Verwalter nicht mehr bestellt werden sollten, und Weisungen des GA zur Amtsführung des Verwalters wie z. B. das Absehen von Anfechtungen und Fortführung eines defizitären Geschäftsbe-

triebs, um Absonderungsrechte werthaltig zu halten. Gleichzeitig stellte sie fest, dass der Schuldnerschutz im Vergleich zum Gläubigerschutz zu stark ausgeprägt sei.

Auf den dritten fachlichen Streit über die Einbeziehung der Gesellschafterrechte im Planverfahren freuten sich RA Dr. habil. Gerrit Hölzle (»pro«) und Prof. Dr. Carsten Schäfer von der Universität Mannheim (»kontra«), der stark von »Suhrkamp« geprägt war. Für diesen Fall sei er dankbar, so Hölzle, weil er mit der vielen Rechtsprechung viele Fragen gelöst habe, was Schäfer später verneinte. Hölzle legte dar, warum die (ESUG-)Eingriffe in Gesellschafterrechte als insolvenzrechtlich gebotene Vermögens- und Verwertungsallokation überfällig waren. Insbesondere durch die Übernahme der Regentschaft des Insolvenzrechts über das Gesellschaftsrecht sei die strategische Insolvenz zur Option geworden, die Bereitschaft, die InsO als Gestaltungsinstrument zu nutzen, gestiegen. Die Entscheidung über den einzuschlagenden Verwertungswert gebühre allein den Gläubigern, denen nach der insolvenzrechtlichen Verteilungsordnung exklusiv der Fortführungswert zustehe. Zur Einbeziehung der Gesellschafterrechte gebe es daher keine Alternative lege artis. Suhrkamp habe elementare Defizite des ESUG erkennen lassen und Fehlanreize über-



deutlich gezeigt, leitete Schäfer ein, Ziel sei in dem Fall nur die Entmachtung eines unliebsamen Minderheitsgesellschafters gewesen. Sofern die Beteiligung eine wertlose Hülle darstelle, sei prinzipiell nichts gegen die Einbeziehung im Plan einzuwenden, doch diese Wertlosigkeit müsse durch zweckadäquate Unternehmensbewertung erwiesen werden, ein Werteverlust müsse dann ausgeglichen werden. Mit einer Reihe von Reformvorschlägen wie der Präzisierung des Begriffs der gesellschaftsrechtlich zulässigen Maßnahmen in § 225 a Abs. 2 InsO, der Klarstellung, dass Bezugsrecht der Alteigentümer auch bei Kapitalschnitt »zu null« besteht, und Eröffnungen einiger Rechtsmittel schloss Schäfer seinen Kontrapart. Summa summarum drei lebhafteste Dispute unter Einbeziehung des Publikums, die gewollt zugespitzt Erfolge und Fehlentwicklungen des ESUG aufgezeigt haben, zwischen denen nun ein Weg für die Nachjustierung gesucht werden muss. «