

# INDAT-REPORT



## **Dauerbaustelle Insolvenzordnung: Was nach der Wahl angepackt werden soll**

### *Titel*

**Was Parteiprogramme und Rechtspolitiker für die kommende Legislaturperiode im Insolvenz- und Restrukturierungsrecht planen**

### *Verwalter & Kanzleien*

**RA Dr. Georg Bernsau (BBL Bernsau Brockdorff)**

### *Standpunkt von RA Dr. Michael C. Frege über internationale Konzerninsolvenzen*

**»Der Streit ist selten eine Alternative«**

### *Kongresse & Tagungen*

**Es tanzt der Kongress: Zwölf Berichte aktueller Fachtagungen**





Gastgeber und Moderator Prof. Dr. Georg Bitter



RA Dr. Frank Kebekus

# Recht kontrovers

**Mannheim.** Den Ansatz des Veranstalters ZIS e. V., wonach man den fachlichen Disput zwischen Praxis und Wissenschaft suchen solle, um in der Sache weiterzukommen, setzte der 9. Mannheimer Insolvenzrechtstag am 21.06.2013 wieder um, als es um die Insolvenzanfechtung, den DiskE zum Konzerninsolvenzrecht und den Schwerpunkt Gesellschafterdarlehensrecht ging.

**Text:** Peter Reuter



VorsRiBGH Prof. Dr. Godehard Kayser

Immer noch auf den harten und engen, hölzernen Klappsitzen und wieder restlos ausgebucht mit über 200 Teilnehmern fand im Mannheimer Schloss der 9. Mannheimer Insolvenzrechtstag statt, zu dem Gastgeber und ZIS-Vorsitzender Prof. Dr. Georg Bitter auch die vier BGH-Richter des IX. Senats, Ilse Lohmann, Praxedis Möhring, Dr. Detlev Fischer und den VorsRi und ersten Referenten, Prof. Dr. Godehard Kayser, sowie deren Vorgänger Dr. Gero Fischer und Hans-Peter Kirchhof begrüßte. Alle Teilnehmer lud Bitter zur offenen Diskussion ein, wofür der Kongress immer ein Forum bietet.

Mit einer »vielschichtigen Problematik« begann Kayser und erläuterte rückblickend bis 1993 Urteile seines Senats zur Insolvenz-

anfechtung gegenüber Zahlungsmittlern, auf die Verwalter auf der Suche nach Gegenständen der Soll-Masse immer häufiger ihren Fokus – vor allem bei Konzerngesellschaften – richteten. Bei der mittelbaren Zuwendung erfolge die Deckungsanfechtung nach §§ 130, 131 InsO nur gegenüber dem Zuwendungsempfänger, der Leistungsmittler sei insoweit kein Gläubiger des Schuldners. Die Zwischenperson werde unter Deckungsgesichtspunkten ausgeblendet, wenn für den Leistungsempfänger der Leistende erkennbar sei. Dagegen gebe es keine abschließende Aussage zu den Voraussetzungen und zu den Rechtsfolgen einer gegen den Leistungsmittler gerichteten Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO, so Kayser. Dann erläuterte er die Tatbestandsvoraussetzungen Schuldnerhandlung, objektive Gläubigerbenachteiligung, Vorsatz und Kenntnis sowie Entreicherung. Grundtendenzen der BGH-Rechtsprechung seien, dass die Vorsatzanfechtung gegen den Zahlungsmittler eröffnet ist, wenn die angefochtene Rechtshandlung als Schuldnerhandlung zu qualifizieren ist. Die objektive Gläubigeranfechtung könne schon in der Zuwendung auf der ersten Stufe liegen. Stellt der Schuldner einem Zahlungsdienstleister einen Geldbetrag zur Verfügung, liege darin idR noch keine Benachteiligung der künftigen Insolvenzgläubiger. Und: Das regelmäßig starke Beweisanzeichen von der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners könne bei reinen Zahlungsmittlern nicht ausreichen, ihre Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners zu indizieren. Anders sehe es bei Banken, wie am 26.04.2012 geurteilt, bei Überschreiten der (reinen) Zahlungsmittlerfunktion aus.

Da Kayser bestimmte Fachmeinungen zur objektiven Gläubigerbenachteiligung als »Sicht aus der Steinzeit« titulierte und sich Bitter damit angesprochen fühlte, verteidigte dieser seinen zivilrechtlichen Lösungsweg über § 826 BGB und argumentierte mit kollusivem Zusammenwirken, worin ihm Universitätskollege Prof. Dr. Carsten Schäfer beipflichtete. Darauf erwiderte Kayser harsch, dass man das »theoretisch« so sehen könne, wenn man »im Hörsaal etwas an die Tafel malt«. Dieser Lösungsweg funktioniere in Klausuren, aber nicht in der Lebenswirklichkeit. Kollisionsfälle stellten



Prof. Dr. Florian Jacoby



Prof. Dr. Mathias Habersack



Moderator RA Peter Depré



RA Dr. Jens-Sören Schröder

nur einen Ausschnitt dar, die Vorstellung, hier alles auf dem zivilrechtlichen Wege lösen zu können, halte er für zu schwach.

### »Koordinationsverfahren bringt Praxis nichts«

Danach beleuchtete RA Dr. Frank Kebekus den DiskE zum Konzerninsolvenzrecht, wobei er die wesentlichen Neuerungen darstellte und Verbesserungsvorschläge des Gravenbrucher Kreises, dessen Sprecher er ist, vorstellte. Kebekus erinnerte an den PIN-Fall, bei dem alle Verfahren plötzlich in Köln anhängig geworden waren, was kritische Wertungen bis hin zu »Rechtsbeugung« aus dem »hohen Norden« erfahren habe. Auch wenn nicht alle Gesellschaften nach Köln gehört hätten, habe die Praxis eine vernünftige Lösung gefunden, wobei eine gesetzliche Regelung hier geholfen hätte. Das Koordinationsverfahren (samt -verwalter und -plan) als »Herzstück« des Entwurfs zu bezeichnen, sei gewagt, so Kebekus, denn auch 1999 habe das BMJ den Insolvenzplan als »Herzstück« der InsO titulierte, der nahezu bedeutungslos geblieben war. So sehr er das Gesetzesvorhaben in puncto Abstimmung der Verwaltungs- und Verwertungsstrategien für gut befände, habe der Gravenbrucher Kreis (GK) Bedenken bei der Praktikabilität der Koordinationsmechanismen, insbesondere beim Koordinationsverwalter samt seiner Rechte. Zudem sei fraglich, ob die erwarteten Vorteile im Verhältnis zum Aufwand stehen. Daher erlaube er sich die klare Position: »Das Koordinationsverfahren muss man sich komplett schenken, es bringt nichts für die Praxis«. Einen Gruppengerichtsstand einzuführen, befürworte er, wobei man das Forum Shopping vermeiden müsse. Hierzu habe der GK einige konkrete Ergänzungsvorschläge für § 3a DiskE formuliert. Zudem wünsche sich der GK eine Regelung zur innergerichtlichen richterlichen Zuständigkeit im GVG. Dass die Besonderheiten der Eigenverwaltung im DiskE nicht auftauchen, bezeichnete Kebekus als »technischen Fehler«, der behoben werden müsse. Schließlich würden alle »interessanten« Verfahren in Zukunft gemäß §§ 270a und 270b InsO verlaufen – zumindest als solche starten, fügte er hinzu. Im Zuge der EuInsVO-Reformbemühungen könne man einen Trend zur effizienteren Abwicklung auf dem Koordinierungsweg ausmachen, allerdings entgegen dem deutschen DiskE sei keine Schaffung eines Konzerngerichtsstands geplant.

Im Anschluss zeigte Prof. Dr. Florian Jacoby aktuelle Entwicklungen bei der Anfechtbarkeit der Kontokorrentverrechnung auf und erläuterte, welche Eingänge auf das Schuldnerkonto der Verwalter vor Eröffnung herausverlangen könne. Während sich der Insolvenzver-

walter auf Anfechtung stütze, bestreite die Bank die Gläubigerbenachteiligung und wende als Argument Bargeschäft ein. Eine Gläubigerbenachteiligung scheidet aus, so der Grundsatz der Rechtsprechung, wenn der Eingang darauf beruht, dass mit Zahlung auf das Konto des Schuldners bei seiner Hausbank ein Anspruch getilgt wurde, aus dem sich die Hausbank ohnehin befriedigen konnte. Auch erinnerte Jacoby an die Entscheidung zum unzulässigen »Cherry-Picking« (BGH, ZIP 2011, 1576), wenn der Verwalter willkürlich Zeiträume des Anfechtungszeitraums auswählt, ohne dass der Zeitraum bis zum Antrag fortreicht. Noch nicht ausdrücklich für unzulässig erklärt worden sei der willkürlich vom Insolvenzverwalter ausgewählte Zeitraum bis zur Antragstellung.

### »MoMiG ist für Verwalterpraxis gut handhabbar«

In den von RA Peter Depré moderierten Themenschwerpunkt des Kongresses, Gesellschafterdarlehensrecht, leitete Prof. Dr. Mathias Habersack ein, indem er das Eigenkapitalersatzrecht und die Novellenregeln Revue passieren ließ, die Charakteristika des neuen Rechts nach dem MoMiG vorstellte, den Normzweck erläuterte und schließlich daran einen eigenen Ansatz knüpfte, nicht ohne sich die süffisante Bemerkung in Hinblick auf Unterkapitalisierung und Schwächung des präventiven Gläubigerschutzes zu erlauben, dass man die Frage, »Haste 'mal einen Euro?«, erwidern müsse mit »Möchtest du eine UG gründen?«. Danach referierte Bitter einen »Werkstattbericht« zur »Anfechtbarkeit von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen«, den er zur Diskussion stellt und den Kayser »super interessant« fand, aber monierte, dass er den darin »überstrapazierten« § 142 InsO nicht nachvollziehen könne.

Den Abschluss bildete dann die Verwaltersicht auf fünf Jahre MoMiG-Praxis durch RA Dr. Jens-Sören Schröder, der an die gesetzgebungstechnischen Mängel und den schweren Start erinnerte. Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen sei für die Verwalterpraxis gut handhabbar geworden, seitdem der IX. BGH-Senat es als weiterentwickelte Novellenregeln ausgelegt habe. Die Neuregelung habe die Insolvenzanfechtung bei Gesellschafterdarlehen innerhalb der Jahresfrist erheblich vereinfacht, so Schröder, und Streitigkeiten darüber erheblich reduziert. Bewährt habe sich in der Praxis, Anfechtungsklagen gemäß § 135 InsO bei der Kammer für Handelssachen anhängig zu machen. Außerhalb der Jahresfrist könne der früher durch die Rechtsprechungsregeln ermittelte Gläubigerschutz zum Teil durch die Vorsatzanfechtung gemäß § 133 InsO aufgefangen werden. «