

# INDAT REPORT

Fachmagazin für Restrukturierung,  
Sanierung und Insolvenz

» *Versicherung des (vorläufigen) Gläubigerausschusses*

## Druck von Masse nehmen: Versicherung geht günstiger

» *Schwerpunkt: RLE zum präventiven Restrukturierungsrahmen*

### **Nationale Flexibilität schlägt Harmonisierung**

» *RA Jesko Stark/RA Dr. Gordon Geiser (GT Restructuring) im Porträt*

### **Schlanker Corpus, breiter Rücken**

» *Standpunkt von RA Prof. Dr. Volker Römermann*

### **Gute Gründe, schlechte Erfahrungen: Verwalterkammer nach BRAO-Vorbild?**



## Verfassungslyrik auch für kleine Klitschen

**Mannheim.** Am 23.06.2017 fand im Mannheimer Schloss der 13. Mannheimer Insolvenzrechtstag des Zentrums für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim (ZIS) mit etwa 200 Teilnehmern statt. Neben dem EU-Richtlinienvorschlag für ein präventives Restrukturierungsverfahren als Themenschwerpunkt mit Vortrag und Podiumsdiskussion, der eine kritische Durchleuchtung erfuhr, stand insbesondere die Insolvenzanfechtung im Vordergrund der Beiträge und Diskussionen. Außerdem gab es einen erfrischenden Seitenblick eines Betriebswirts auf die Unternehmenssanierung.

**Text:** Rechtsanwalt Dr. Frank Thomas Zimmer

In seiner Begrüßungsansprache dankte ZIS-Vorsitzender Prof. Dr. Georg Bitter zunächst für das zahlreiche Erscheinen der Teilnehmer trotz des sonnigen Wetters, das auch andere Interessen hätte wecken können. Weiterer Dank galt den Fördermitgliedern und Sponsoren, die derartige Veranstaltungen erst möglich machten. Bitter als Vertreter der Wissenschaft fand zustimmende Worte für die Beauftragung der Bietergemeinschaft Jacoby/Madaus/Schmidt/Sack/Thole mit der Durchführung des Evaluierungsprozesses zum ESUG (hierzu INDat Report 04\_2017, S. 26) und appellierte an die Teilnehmer, sich hieran aktiv zu beteiligen, um eine belastbare Ausgangslage für weitere Diskussionen schaffen zu können. Nach der Vorstellung der einzelnen Referenten leitete Bitter in den Themenschwerpunkt ein, den EU-Richtlinienvorschlag für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren (RLE), wobei bereits deutlich wurde, dass

sich der Sprachgebrauch zu irgendeinem Diskussionszeitpunkt auf ein »vorinsolvenzliches« oder ein »präventives« Verfahren wird festlegen müssen.

Der Vortrag von VorsRiBGH Prof. Dr. Godehard Kayser ließ bereits anhand des Titels »Eingriffe des Richtlinienvorschlags in das deutsche Vertrags-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht« erkennen, dass die politischen Ziele die Zuständigkeit der EU-Kommission überlagern könnten. In diesem Zusammenhang wurde die zeitliche Entwicklung der Diskussion dargestellt. Spätestens seit dem Aktionsplan vom 30.09.2015 habe festgestanden, dass das Ziel eines effektiven Sanierungsrechts nur erreicht werden könne, wenn es durch Regelungen im Insolvenzrecht begleitet werde, sodass statt einer Verordnung eine Richtlinie notwendig geworden sei. Im Konsultationsfragebogen für die Brüsseler Konferenz vom 12.07.2016 hätten sich jedoch Fragen



*Hans-Joachim Weidtmann*



*RA Kolja von Bismarck*



*VorsRiBGH Prof. Dr. Godehard Kayser*

gefunden, die über die Rahmenbedingungen einer Sanierung (Zuständigkeit der EU unzweifelhaft) hinausgingen und einen »materiell-rechtlich harmonisierenden Rundumschlag« betreffs der nationalen Insolvenzrechte erahnen ließen (Zuständigkeit zweifelhaft). Motor des Projekts sei das Interesse des Kommissionspräsidenten in persona, aber auch der Umstand, dass es in zahlreichen Mitgliedstaaten keine effektiven Verfahren gebe, die sich z. B. mit dem deutschen Schutzschirmverfahren vergleichen ließen. Kayser hob insoweit hervor, dass das deutsche Insolvenzrecht sehr gute Strukturen für eine Sanierung des schuldnerischen Unternehmens oder des Schuldners als Rechtsträger enthalte. Das Argument, ineffiziente Regeln würden die Kapitalmarktunion behindern, sei für die Begründung der Zuständigkeit der EU etwas dünn. Sich dem Anliegen der EU zu widersetzen, habe aber aus Berliner Sicht politisch keine Aussicht auf Erfolg. Bei der Erörterung des RLE hob Kayser einige Regelungen hervor. Hinsichtlich des Moratoriums dominiere möglicherweise der Gedanke, das Feld der vorinsolvenzlichen Sanierung nicht Großbritannien überlassen zu wollen, was sich aufgrund des Brexits als Argument anderweitig erledigt haben könnte. Zentrale Frage sei jedoch, was ein Moratorium verfassungsrechtlich rechtfertige, wenn keine Insolvenzreife vorliege. Bei nat. Personen sei zudem zweifelhaft, wie die Beschränkung der Regelungen auf betrieblich veranlasste Verbindlichkeiten erfolgen könne. Kontraproduktiv sei die Möglichkeit, das Moratorium nach Art. 6 VII RLE auf zwölf Monate zu verlängern, wenn die Insolvenzantragspflicht nach § 15 a InsO nicht tangiert werden soll. Jedenfalls scheine zwingend, die Tatbestände der Überschuldung und der drohenden Zahlungsunfähigkeit zu überarbeiten. Weitere zentrale Frage sei daher das Abstandsgebot, um ein präventives Restrukturierungsverfahren vom Insolvenzverfahren tatbestandlich abgrenzen zu können (Art. 7 III 2 RLE). Die Begründung dafür, dem Schuldner dies und jenes zu gestatten, gleiche einer »Verfassungsymlyrik«, vergleichbar mit dem Anspruch der Bürger auf freien Zugang zu Wäldern und Seen in der bayrischen Landesverfassung. Kayser befürchtete zudem, dass es zwei Gläubigergruppen geben werde, nämlich die Gruppe der-

jenigen Gläubiger, die am Verhandlungstisch saßen, und derjenigen aller anderen Gläubiger. Weiter sei zu befürchten, dass Art. 7 IV RLE an sich unwirksamen Lösungsklauseln zu einer Wirksamkeit ver helfe, was die Vertragsgestaltung unnötig erschweren könnte. Unklar sei zudem der Begriff des Eigenkapitals in Art. 12 RLE, wobei offenbar eine bilanzielle Betrachtung gewünscht sei. Zu vermeiden sei ferner, dass die Intention des MoMiG konterkariert werde, sodass insbesondere auch § 64



*RA Prof. Dr. Lucas Flöther*

GmbHG in seinem Wesensgehalt nicht verändert werden dürfe. Die Privilegierung einiger Gläubiger in Art. 16, 17 RLE betrachtete Kayser äußerst skeptisch und z. T. als verfehlt. Hier würden Fehlanreize gesetzt, da keine Unterscheidung zwischen interner und externer Finanzierung erkennbar sei, sodass u. a. auch § 135 III InsO in Gefahr sei. Bei den von einer späteren Insolvenzanfechtung gem. Art. 17 RLE geschützten Transaktionen im Zusammenhang mit der zuvor versuchten Restrukturierung fehle die Tatbestandlichkeit des zeitlichen Zusammenhangs. Insgesamt verlange die hohe Qualität des deutschen Insolvenz- und Gesellschaftsrechts nicht allzu viele Änderungen, um sich auf einen schlanken Rahmen für ein vorinsolvenzliches Restruktu-



RiBGH Prof. Dr. Markus Gehrlein



Dr. Matthias Holzamer



Prof. Dr. Fabian Klinck

rierungsverfahren verständigen zu können, solange nur der Unterschied zu einem Insolvenzverfahren deutlich erkennbar sei. Für neue Privilegien bestehe jedenfalls kein Bedarf. Abschließend ergänzte Kayser seinen Vortrag um den Hinweis, dass die Diskussion, inwieweit Gerichte beteiligt und ggf. ein Sachwalter bestellt werden sollten, keineswegs abgeschlossen sei.

## RLE: Drohkulisse auf zweifelhafter Rechtsgrundlage

An der anschließenden Podiumsdiskussion nahmen neben Bitter und Kayser auch RA Prof. Dr. Lucas F. Flöther (Flöther & Wising), RA Kolja von Bismarck (Sidley Austin LLP) und Hans Joachim Weidtmann (Commerzbank AG) teil, sodass Wissenschaft, Gerichte, Insolvenzverwalter, Berater und Gläubiger gleichermaßen repräsentiert waren. Der Titel »Vorinsolvenzliche Sanierung: Motor der Restrukturierung oder Tod der Sanierung im Insolvenzverfahren« deutete bereits auf eine gewisse Indifferenz hinsichtlich des Ziels des RLE hin. Trotz Unterschiede in den Details bestand wohl Einigkeit darüber, dass das deutsche Insolvenzrecht positiv zu bewerten, wenn nicht sogar hervorragend sei. Interessant festzustellen war lediglich, dass das Schutzschirmverfahren und die Eigenverwaltung bereits Teil dieser Bewertung war, obgleich seinerzeit ja auch die Stimmen zum ESUG apokalyptische Folgen nicht ausschlossen. Insbesondere Flöther wies daher darauf hin, dass trotz der Parallelität der Ereignisse die Evaluierung des ESUG unbedingt abgewartet werden solle, bevor eine endgültige Richtlinie oder eine Anpassung deutschen Rechts erfolgten. Inhaltlich befürwortete er eine Beschränkung des Moratoriums auf Geldkreditgläubiger, ferner dürfe das Insolvenzanfechtungsrecht nicht angetastet werden. Von Bismarck forderte eine rechtssichere Ausgestaltung eines neuen Restrukturierungsverfahrens, gerade um dessen Missbrauch zu vermeiden. Weidtmann fasste zusammen, dass die Harmonisierung nationaler Rechte nicht die Notwendigkeit konkreter Definitionen überlagern dürfe, auch wenn der gegenwärtige Prozess anderes vermuten lassen könnte. Bitter warf die berechtigte Frage auf, wer denn im Hinblick auf die Regelungen zum Schutzschirmverfahren und die Definition der drohenden Zahlungsun-

fähigkeit überhaupt in die Zielgruppe für ein präventives Restrukturierungsverfahren fallen könne. Kayser erwähnte den Ansatz, die EU wolle auch kleine »Klitschen« erfassen, während das Schutzschirmverfahren eher für Unternehmen anderer Größenordnungen geeignet sei. Weidtmann sah als Zielgruppe das gesunde Unternehmen mit zukunftsgerichteten Finanzierungsproblemen oder Akkordstörern. Für von Bismarck reichte die Existenz eines Restrukturierungsverfahrens als Drohkulisse, um Sanierungen ohne förmliche Verfahren durchsetzen zu können.



ZIS-Vorsitzender Prof. Dr. Georg Bitter

Aus dem Teilnehmerkreis erinnerte VorsRiBGH a. D. Dr. Hans Gerhard Ganter daran, dass kein Gläubiger zu einem Verzicht verpflichtet werden kann, wenn er nicht in irgendeiner Weise etwas davon hat. Von Bismarck erwiderte, dass deswegen dem Gericht der Minderheitenschutz (Verbot der Schlechterstellung) obläge. Da blieb natürlich die Frage offen, ob bei dieser Prüfung nicht evident werden kann, dass ein Insolvenzgrund bereits positiv vorliegt. Kleinster gemeinsamer Nenner für die Zielgruppe waren daher Unternehmen mit absehbar fällig werdenden Anleihen. Flöther erinnerte allerdings daran, dass auch der Anwendungsbereich für das Schutzschirmverfahren bzw. die Eigenverwaltung in der Genese des ESUG vielleicht für ein Dax-Unternehmen pro Jahr vermutet wurde, sich die Wirklichkeit aber völlig anders entwickelt hätte. Als Fazit lässt sich feststellen, dass unter Wahrung des Abstands-

gebots deutlich zwischen einem präventiven Restrukturierungsverfahren und einem Insolvenzverfahren mit oder ohne Schutzschirm zu unterscheiden sein muss, ohne dass hierfür aber Lösungsansätze bereits erkennbar wären. Von Bismarck verlangte wenigstens noch Regelungen dahingehend, dass allein der Beginn der Verhandlungen über eine Restrukturierung noch nicht zur Berechtigung der Fälligkeitstellung von Verbindlichkeiten und damit zur Auslösung der Insolvenzantragspflicht führen dürfe. Kayser machte deutlich, dass sich die EU erst einmal zur Neuregelung des Sanierungserlasses positionieren sollte, da dies Prüfstein für die Zielverwirklichung des RLE sei.

## Anfechtung und Sanierung von Preußen bis Amazon

Nach der intensiven Diskussion und der auch schon deswegen erforderlichen Mittagspause widmete sich Prof. Dr. Fabian Klinck (Universität Bochum) der Schenkungsanfechtung im Spiegel der jüngeren BGH-Rechtsprechung. Die vorlesungsnahe Darstellung begann mit einem historischen Abriss, wobei eine tatbestandliche Trennung von Absichts- und Schenkungsanfechtung erstmals in der Preußischen Konkursordnung von 1855 verortet wurde. Klinck befasste sich alsdann intensiv mit der neueren Rechtsprechung des BGH und zahlreichen notwendigen Ausflügen in das Bereicherungsrecht. Da er hierbei nicht ganz auf der Linie des BGH lag, ergab sich eine spannende Diskussion, die jedoch Tiefen des Bereicherungsrechts erreichte, die schließlich nur noch einen Dialog zwischen dem Referenten und anderen

Universitätsprofessoren ermöglichte. Dies ändert nichts daran, dass es immer wieder interessant und notwendig ist, Akzeptiertes oder Hingenommenes dogmatisch neu zu hinterfragen; denn auch die Fortschreibung der Rechtsprechung kann sich nicht von den normierten Grundlagen lösen.

Der angekündigte Referent Dr. Sascha Haghani (Roland Berger) war wegen eines Unwetters in Paris kurzfristig verhindert, wurde jedoch von Dr. Matthias Holzamer (Roland Berger) bestens vertreten. Thema war die nachhaltige Sanierung aus betriebswirtschaftlicher Sicht. Man mag fast von einem erfrischenden Seitenblick eines Betriebswirts sprechen, was allerdings die Frage aufwirft, ob Sanierung nicht generell einmal ein eher betriebswirtschaftliches Thema war und der Verrechtlichung anheimfiel. Folglich dominierten Fragen zur leistungswirtschaftlichen Sanierung, wobei Holzamer nicht verschwie, dass auch die Beratung vor einem Umbruch stehe. Demografischer Wandel, Ressourcenknappheit, internationale Krisen, die lange Niedrigzinsphase, Digitalisierung, künstliche Intelligenz und neue Verhaltensmuster der Konsumenten führten zur Volatilität als dem neuen Normalfall mit disruptiven Veränderungen, kürzeren Lebenszyklen von Produkten und Geschäftsmodellen sowie im Krisenfall einem höheren Restrukturierungsdruck. Aus dem Handeln von Staat, Gesellschaft und Wirtschaft müsse herausgelesen werden, ob und wo es eine Schnittmenge gebe, die sich für eine nachhaltige Sanierung als Ansatzpunkt eignet. Beispielhaft wurde erwähnt, dass IBM als früherer Highflyer Probleme zu bewältigen hatte, während Unternehmen, die vor 15 Jahren noch keine Rolle spielten, wie z. B. Amazon oder Google, inzwischen als Taktgeber fungieren. Deutschland lebe vom Export, jedoch nähmen protektionis-



tische Tendenzen in anderen Ländern zu. Auch sei die Schuldenkrise der EU-Mitgliedstaaten nicht für das einzelne Unternehmen beeinflussbar. Selbstverschuldet sei allerdings die fehlende Anpassung an die Digitalisierung. Insgesamt könne aus vorgenannten Gründen bei rd. 80% der Unternehmen von einer strategischen Krise ausgegangen werden. Interessant sei allerdings, dass nun die New Economy die Old Economy wiederentdecke, wenn z. B. Amazon eigene Läden eröffnet. Daraus folge insgesamt, dass heutige Leitlinien der Restrukturierung, wie z. B. der IDW S6, dringend an Nachhaltigkeitsaspekte angepasst werden müssten, wobei wiederum zu beachten sei, dass verschiedene Stakeholder die Nachhaltigkeit aus ihrer jeweiligen Sicht unterschiedlich definieren. Leichter wird's an dieser Stelle also auch nicht.

## Anfechtung und GmbHG: Einklang und Widersprüche

Über das Insolvenzanfechtungsrecht als Auslegungshilfe bei den Tatbeständen der Haftung für verbotene Zahlungen (u. a. § 64 GmbHG) referierte sodann RiBGH Prof. Dr. Markus Gehrlein. Pünktlich zum Vorlesungsbeginn begann im anliegenden Hof des Schlosses die Generalprobe für ein Rockkonzert. Gehrlein weigerte sich jedoch ausdrücklich, seinen Vortrag zu singen oder vorzutanzten. Mit kräftiger Stimme gelang es ihm, in freier Rede und didaktisch aufbereiteter Form zunächst den Schutzzweck der Regelungen, die Grundbegriffe beider Rechtsinstitute und gemeinsame Strukturen darzustellen. Den Schwerpunkt bildete die Anwendung der Zahlungsverbote in der Praxis anhand zahlreicher Fallkonstellationen, jeweils auch unter Hervorhebung unterschiedlicher Auffassungen des II. und des IX. Zivilsenats des BGH bzw. noch nicht entschiedener Sachverhalte. So wurde z. B. anhand der Entscheidung vom 18.11.2014 (II ZR 231/13) zu verbotenen Zahlungen nach §§ 130a, 177a HGB dargestellt, dass die aufgestellten Anforderungen in gewissem Grad der Auffassung des IX. Zivilsenats zum Bargeschäft nach § 142 InsO entsprächen. Anders als beim Zahlungseinzug auf ein debitorisches Konto (BGHZ 206, 52; BGHZ 150, 122) gebe es bei Zahlungen von einem debitorisches Konto jedoch weiterhin unterschiedliche Auffassungen, da der II. Senat in einer Entscheidung vom 29.11.1999 (II ZR 273/98) keine Masseverkürzung i. S. d. § 64

GmbHG erkennen konnte (nur Gläubigertausch), während der IX. Senat in einer Entscheidung vom 06.10.2009 eine Gläubigerbenachteiligung i. S. d. § 129 InsO annahm (IX ZR 191/05). Nur dogmatische Unterschiede mit allerdings ähnlichem Ergebnis bestünden bei der Frage, ob eine Masseschmälerung von Zahlungseingängen ausgeglichen werde (BGHZ 150, 122, 129: jedoch Anfechtbarkeit der Überweisungen gegenüber Empfängern) oder nicht (BGHZ 206, 52 Rz. 32). Um einen offenbar noch nicht entschiedenen Fall ging es bei der Bareinzahlung der Ta-



geseinnahmen aus der Kasse auf das debitorische Konto, um von dort Überweisungen an Arbeitnehmer und Lieferanten vorzunehmen. Sofern die Bank die Überweisungen gestattet, sei die vorherige Minderung des Debets gegenüber der Bank nicht anfechtbar, gleichfalls stellten die Überweisungen an die Empfänger ein Bargeschäft dar. Bei den sog. Durchleitungsfällen attestierte Gehrlein der Literatur eine bemerkenswerte Unbekümmertheit im Umgang mit der Massesicherungspflicht, das sei für reine Gesellschaftsrechtler allerdings auch nur schwer zu verstehen. Zur Vervollständigung seines spannenden Vortrags verwies Gehrlein auf seine ausführliche Darstellung in ZHR 181 (2017), 482.

Neben den hochkarätigen Vorträgen und der zielgerichteten Moderation trugen auch die kulinarische Begleitung und die zahlreichen Gespräche in den Pausen zu einer rundherum gelungenen Veranstaltung bei. <<