



# Mit feinem Gespür für Fortschritt bewährte Grundsätze verteidigen

**Karlsruhe.** Nach gut 40 Berufsjahren im Dienste des Rechts wechselt Prof. Dr. Godehard Kayser, Vorsitzender Richter des IX. Zivilsenats am Bundesgerichtshof, zum Juli 2020 in den Ruhestand, nachdem er im Oktober vergangenen Jahres sein 65. Lebensjahr vollendet hatte. Seit Ernennung zum RiBGH im Juli 2001 gehörte er – seit April 2008 als dessen stellvertretender Vorsitzender – dem Senat an, bis ihn der Bundespräsident im Oktober 2010 zum Vorsitzenden Richter ernannte und das Präsidium ihm den Vorsitz des IX. Zivilsenats übertrug. Mit dem Ruhestand habe sich ein Berufsleben erfüllt, das »in beeindruckender Weise richterliche Tugenden, wissenschaftliches Profil und persönliche Stärken« habe vereinen können, erklärt die Präsidentin des Bundesgerichtshofs. Peter Reuter besuchte Godehard Kayser Anfang Juni dieses Jahres im Bundesgerichtshof, um einige bedeutende Entscheidungen im Spannungsfeld zwischen Kontinuität und Fortentwicklung unter seinem Vorsitz und persönliche Erklärungen, die man als kritischen Klartext bezeichnen kann, Revue passieren zu lassen. Dazu gehören z. B. der Komplex des Insolvenzanfechtungsrechts im mitunter politischen Fahrwasser, die verbesserungswürdige Kommunikation mit Senaten anderer oberster Gerichte, das beklagenswerte »Massengeschäft«, weiterhin bestehende Wünsche an den Gesetzgeber und wegweisende Entscheidungen, die Kayser sogar als »Herzensangelegenheit« bezeichnet. Allein in der amtlichen Sammlung sind 21 aus seiner Feder stammende Entscheidungen veröffentlicht, heißt es im Geleitwort der drei Herausgeber seiner Festschrift. Dabei sei es ihm stets ein Anliegen gewesen, nicht nur juristisch überzeugende, sondern auch praxistaugliche Lösungen zu entwickeln und diese präzise und zugleich verständlich darzustellen. Auch sein Wirken als stellvertretender Vorsitzender des Anwaltsenats und der für ihn sehr wichtige Austausch mit der Praxis waren Thema des Gesprächs im Eckzimmer des Nordgebäudes wie abschließend die Frage nach seinen zukünftigen Plänen, wenn die Last des äußerst arbeits- und zeitintensiven Amtes abgefallen ist. Dem Insolvenzrecht, so seine Antwort, werde er auf jeden Fall auf die eine oder andere Weise treu bleiben. Und als Last habe er dieses Amt selten empfunden, fügte er an.



*Die Bronzeskulptur »Bundesadler« des Malers, Grafikers und Bildhauers Markus Lüpertz steht im großen Sitzungssaal des Nordgebäudes.*

**INDat Report:** Wir können das Gespräch hier in Ihrem Arbeitszimmer im Bundesgerichtshof Face to Face mit Abstand führen, die Lockerungen und der Übergang zur sog. (neuen) Normalität betreffen auch den Zugang zu diesem Haus. Wie hat sich Covid-19 ab Mitte März auf Ihre Arbeit und die Ihres Senats ausgewirkt, auf Ihre Besprechungen, Beratungen und Sitzungen, kam z. B. ein digitales Conference Tool zum Einsatz?

**Kayser:** Haben Sie zunächst vielen Dank für Ihren Besuch an meiner beruflichen Wirkungsstätte seit dem Sommer 2001, dem Bundesgerichtshof in Karlsruhe. Zu Ihrer ersten Frage: Als der Vorsitzende des IX. Zivilsenats bin ich nicht der Dienstvorgesetzte der Senatskollegen und Mitarbeiter. Ein Gericht ist da anders aufgestellt als andere Behörden oder Unternehmen. Gleichwohl fühle ich mich für den Erhalt der Gesundheit der gesamten »Arbeitseinheit IX. Zivilsenat« mitverantwortlich. Als zwei meiner Richterkollegen mir gegenüber ihrer Sorge Ausdruck verliehen, sich an den Sitzungstagen mit dem Virus anstecken zu können, habe ich sehr schnell reagiert, und zwar zu einem Zeitpunkt, als die Hausleitung noch keine umfassenden sichernden Anordnungen getroffen hatte. Auf die Bitten aus dem Senat habe ich eine für den 18.03.2020 vorgesehene Plenarberatung abgesetzt und unmittelbar anstehende Verhandlungstermine auf den Spätsommer bzw. den Herbst verlegt. Durch diese Maßnahmen sind die Erledigungen allerdings ins Stocken geraten. Gleichzeitig wurde

den Kolleginnen und Kollegen durch meine Anordnung jedoch Gelegenheit gegeben, sich schwerpunktmäßig von ihrem häuslichen Arbeitsplatz aus der Vorbereitung der ihnen zugeteilten Verfahren zu widmen. Da der Senat bei den Verhandlungen keine Rückstände hatte, schien mir dieser Weg nahezuliegen, um auf die Krise unmittelbar zu reagieren. Ein »digitales Conference Tool«, das zunächst auch gar nicht zur Verfügung stand, ist unter meinem Vorsitz nicht zum Einsatz gebracht worden.

**INDat Report:** Die letzte von Ihnen geleitete Senatssitzung findet nach unserem Gespräch am 25.06.2020 statt. Im Geleitwort Ihrer Festschrift sprechen die drei Herausgeber davon, dass Sie als Vorsitzender des IX. Zivilsenats seit mehr als zehn Jahren ein »immenses Arbeitspensum« leisteten, eine tägliche Präsenz am Gericht vom Morgen bis zum späten Abend und oftmals auch am Wochenende. Bei einem Ihrer Vorträge nannten Sie es auch »Massengeschäft«. Was lastet im Jahr etwa quantitativ auf Ihrem Senat und bereit Ihnen das Sorge?

**Kayser:** Es trifft zu, dass der Vorsitzende eines BGH-Senats mit zunächst acht, später sieben Beisitzerinnen und Beisitzern ein immenses Arbeitspensum zu leisten hat. Daneben traten bei mir ab dem zweiten Jahr meines Vorsitzes die Vertretung des Präsidenten, später der Präsidentin im Senat für Anwaltssachen hinzu sowie die Leitung des Patentanwaltssenats. Bei der Bewältigung des Arbeitspensums kamen mir zwei Umstände zugute: dass ich

## Nach fast 40 Jahren als Richter Wechsel in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am BGH Prof. Dr. Godehard Kayser



alsbald nach meiner Ernennung zum Bundesrichter mit meiner Familie, der ich für ihre Bereitschaft hierzu sehr dankbar bin, nach Karlsruhe umgezogen bin und meine – wie ich glaube – sehr robuste Gesundheit. Nach meiner Einschätzung kann man ohne eine solche das Amt – jedenfalls langfristig – nur schwer führen. Das gilt nach meiner Auffassung auch für das Amt des Stellvertreters. Unter dem »Massengeschäft« leiden praktisch alle Zivilsenate. Dem BGH sind in der Vergangenheit durch politisch zu verantwortende Entscheidungen arbeitsintensive Rechtsmittel zugewiesen worden, etwa die Eröffnung des Rechtsmittels gegen Zurückweisungsbeschlüssen nach § 522 Abs. 2 ZPO. Hierdurch haben sich die Arbeitsschwerpunkte des obersten Gerichts unangemessen verschoben. Ich will das erläutern: Sorge bereitet, dass die Vorbereitung dieser Rechtsmittel die »Zeit stiehlt«, die dann bei der Vorbereitung der wichtigen Verhandlungssachen fehlt. Dies kann dann etwa dazu führen, dass ein einmal angedachter Urteilsvorschlag vom Berichterstatter auch dann zu Ende gebracht wird, wenn ihn im Laufe der Ausarbeitung Zweifel an dem Lösungsweg beschleichen. Ich nenne das einmal: Ausarbeitung des Urteilsvorschlages »nach dem ersten Zugriff«. Nach meiner Auffassung muss ein Bundesrichter genug Zeit haben, seinen Vorschlag für die Verhandlung in Ruhe zu durchdenken und zu konzipieren. Dies ist bei den circa 400 bis 500 Nichtzulassungs- und Rechtsbeschwerden, die der Senat jährlich »daneben« erledigen muss, nicht gewährleistet.

**INDat Report:** Sie kritisieren – ungeachtet der damit verbundenen Mehrarbeit für Ihren Senat – die häufige Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde, was Grundsatzentscheidungen verhindere. So wartete Ihr Senat z.B. länger auf den geeigneten Fall, um zu klären, ob der Insolvenzplan eine Vergütungsregelung vorsehen kann. Auch wünschten Sie sich eine Rechtsbeschwerde für die Klärung, ob für sehr masseträchtige Verfahren die Gerichtsgebühren zu limitieren sind. Die Klärung welcher besonders wichtiger Grundsatzfragen sollte dem Senat vor allem zufallen?

**Kayser:** Die Zulassungsrechtsbeschwerde ist nach meiner Einschätzung alternativlos. Deswegen werbe ich – wo immer es geht – um mehr Zulassungen zur Klärung von Grundsatzfragen. Ganz unabhängig

von der Frage, welche Grundsatzentscheidungen man sich persönlich zur Klärung im eigenen Senat wünscht, besteht die Schwierigkeit, dass uns bestimmte Fragestellungen gar nicht unmittelbar erreichen können, auch wenn es die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde gäbe, weil bestimmte Sachen schon nicht beschwerdefähig sind. Im Eröffnungsverfahren sind Rechtsmittel aus gutem Grund stark beschränkt, offene Rechtsfragen lassen sich dann häufig nur über Haftungs- und Anfechtungsfälle klären. In diesem Kontext haben wir uns z. B. zur Begründung von Masseverbindlichkeiten geäußert.

**INDat Report:** Ihr letzter Auftritt als Vorsitzender Richter vor größtmöglichem Fachpublikum war für den diesjährigen Deutschen Insolvenzrechtstag geplant, der infolge der Covid-19-Pandemie nur online stattfand. Auch bei diesem zehnten DIT-Vortrag als VorsRi haben Sie eine Rechtsprechungsübersicht geboten, aber nicht auf Ihre Vorbemerkungen verzichtet, in denen Sie mitunter sehr deutlich Klartext sprechen. Beim DIT 2012 äußerten Sie im Kontext der Rechtsprechung zum Lastschriftwiderruf, dass sich der IX. und XI. Senat darauf verständigt hätten, künftige Entscheidungen demjenigen Senat »zu überlassen«, der der Materie nähersteht. Diese Kommunikation mit Senaten anderer oberster Gerichte – Sie meinten wohl das BAG und den BFH – würde nicht (so) funktionieren. Sie forderten sogar die gesetzliche Klarstellung der Zuständigkeiten. Ihr Senat würde nie auf den Gedanken kommen, Rechtsfortbildung »in den Weinbergen anderer« zu betreiben, zumal mit diesen Vorkommnissen die Rechtseinheit nicht gewahrt bleibe. Wie sehr hat Sie dieser Kritikpunkt bis heute beschäftigt und in welchen Fällen war es besonders schmerzlich, z. B. beim Kampf um die Zuständigkeit für die Anfechtbarkeit von Lohnzahlungen?

**Kayser:** Zu dem mit Ihrer Frage angesprochenen Thema »Rechtseinheit« werde ich mich in einem in Vorbereitung befindlichen ausführlichen Zeitschriftenbeitrag äußern. Es gibt aus meiner Zeit als Bundesrichter eine Reihe guter Beispiele, wie man gemeinsame Lösungen finden kann, im eigenen Hause ebenso wie zusammen mit dem BFH und dem BSG. Mir ist die Rechtseinheit ein ganz besonderes Anliegen. Um es salopp zu formulieren: Die obersten Gerichte sollten »mit einer Zunge sprechen«. Die Inan-

## Nach fast 40 Jahren als Richter Wechsel in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am BGH Prof. Dr. Godehard Kayser

spruchnahme der Zuständigkeit für die Lohnanfechtung durch das BAG, dem der Gemeinsame Senat seinen Segen gegeben hat, halte ich dagegen weiterhin – ich will es vorsichtig formulieren – für sehr grenzwertig. Die Zuständigkeit für die Lohnanfechtung lag seit Jahrzehnten bei uns, das hatte auch niemand ernsthaft in Zweifel gezogen. Rechtlich betrachtet ist es doch wohl eindeutig, dass der Insolvenzverwalter, der einen anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch geltend macht, nicht als Ersatzarbeitgeber des beklagten Arbeitnehmers tätig wird. Meine Kritik betrifft auch die außerhalb des BGH erfolgte Veränderung des Bargeschäftszeitraums nach § 142 InsO a.F. Mitunter lässt sich eine Tendenz feststellen, dass Fälle, die ohne eine Verbindung zum Insolvenzrecht in die Zuständigkeit anderer Gerichte fallen, auch dann von diesen abschließend entschieden werden, wenn das Insolvenzrecht und die hierzu ergangene Rechtsprechung des IX. Zivilsenats betroffen sind. Hier herrscht mitunter die Meinung vor, dass diese nicht berücksichtigt werden müsse, weil sie nicht einschlägig sei. Der von Ihnen angesprochene Wunsch nach einer gesetzlichen Klarstellung der Zuständigkeiten zur Insolvenzanfechtung wurde im Rahmen der Reform des Insolvenzanfechtungsrechts nicht nur von mir geäußert. Dieser Vorschlag fand beim Gesetzgeber allerdings keine Berücksichtigung.

**INDat Report:** Wie ein roter Faden durchzieht Ihre Publikationen und Vorträge die (Rechtsprechung zur) Insolvenzanfechtung. Die öffentliche Diskussion nahm bekanntermaßen vor allem mit der Kritik verschiedener Wirtschaftsverbände an einer sog. ausufernden BGH-Rechtsprechung zur Vorsatzanfechtung ihren Anfang, so z.B. mit dem BDI-/ZDH-Papier vom 14.10.2013. Sie verweherten sich gegen diese Pauschalkritik, wiesen auf ein stimmiges System der Beweiszeichen und ihrer Widerlegung hin, betonten das generelle (und oft vergessene) Erfordernis der Gesamtwürdigung, warnten davor, nicht aus jeder kleinsten Formulierung einen Rechtsprechungstrend zu machen, verdeutlichten, dass die Stundungsbitte im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs noch in keiner Senatsentscheidung Anknüpfungspunkt für die Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes gewesen sei, aber gestanden auch ein, dass sich die eine oder andere BGH-Entscheidung im »Grenzbereich« befinde und dass Anfechtungen kongruenter Deckungsgeschäfte in dem einen oder anderen Punkt doch zu weit gingen. Wie sehr hat Sie diese massive Kritik vieler Wirtschaftsverbände und auch aus Teilen der Politik getroffen – oder sehen Sie das heute gelassener?

**Kayser:** Die Pauschalkritik an der Senatsrechtsprechung zur Insolvenzanfechtung war, als sie in den erwähnten Papieren der Wirtschaftsverbände erstmals so prononciert erhoben wurde, in keiner Weise berechtigt. Getroffen hat mich die Kritik nicht. Ich war in den 1990er-Jahren wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht gewesen und habe von dort auch die Erfahrung mitgenommen, dass im Rahmen des »Kampfes um das Recht« bisweilen unsachlich, teilweise auch unredlich argumentiert wird.

**INDat Report:** Zur »Verteidigung« gegen die Kritik an der sog. ausufernden BGH-Rechtsprechung muss noch erwähnt werden, dass Mitauslöser für die Reform des Insolvenzanfechtungsrechts auch von Verwaltern bzw. in deren Auftrag verschickte sog. Serienanfechtungsschreiben waren, die mit einer wahllos zusammengestellten Aufstellung von BGH-Rechtsprechung, die häufig keinen Bezug zum konkreten Fall hatte, den Anfechtungsgegner unter Druck setzen sollten. Den quantitativ beeindruckenden Schreiben lag häufig noch ein Klageentwurf bei, sodass sich vor allem kleinere Unternehmen dagegen nicht zu wehren wussten und dem vorgeschlagenen »Einigungsversuch« zustimmten.

In Ihrer erwähnten DIT-Rede vom April dieses Jahres betonten Sie nochmals, dass nichts in Stein gemeißelt sei, Rechtsprechung ständig hinterfragt werden dürfe und fortentwickelt werden müsse. Bemerkenswert ist es daher, dass Ihr Senat in einigen Entscheidungen die Vorsatzanfechtung bereits vor der dann erfolgten Reform von 2017 entschärft hat (z.B. Urt. v. 10.07.2014 – IX ZB 192/13) und sogar, wie Beobachter es sinngemäß beschreiben, den Reformkurs zur Vorsatzanfechtung »überholt« habe wie mit dem Urteil vom 19.09.2019 (IX ZR 148/18). Ärgert Sie, dass die Fortentwicklung der Rechtsprechung gar so sehr zur Kenntnis genommen wurde?

**Kayser:** Auch ohne das Anfechtungsreformgesetz hätte der Senat, so meine persönliche Einschätzung, den vor rund zehn Jahren eingeschlagenen Weg fortgesetzt und wäre zu durchaus angemessenen Lösungen gelangt. Das von Ihnen erwähnte Urteil vom 19.09.2019 zum bargeschäftlichen Leistungsaustausch ist ein gutes Beispiel für diese Entwicklung.

**INDat Report:** Mit Kritik an der seit dem 05.04.2017 in Kraft getretenen Reform des Insolvenzanfechtungsrechts, die laut Bundesregierung und Deutschem Bundestag Rechtsunsicherheiten beim bestehenden Recht der Insolvenzanfechtungen beseitigen

*Das Nordgebäude des BGH bietet u. a. Raum für sechs Zivilsenate; darunter den IX. Zivilsenat.*

soll, haben Sie nie gespart, nicht nur mündlich, sondern auch schriftlich wie z. B. in ZIP 2016, 447, und in ZIP 2018, 1153. Sie sprachen bei letzterem Aufsatz von teils systemwidrigen und mitunter sachfremden Ergänzungen des bisherigen Rechts, führten die einzelnen Kritikpunkte auf und finalisieren den Beitrag mit »Für eine konsistente Lösung fehlte den Verantwortlichen aber wohl die Kraft!«. Nun stehen die ersten Fälle nach neuem Recht zur Entscheidung in Ihrem Senat an. Wird es dabei schon zur Klärung wichtiger Fragen kommen, z. B. was »unlauter« im Zusammenhang mit dem Bargeschäft bedeutet, und zur Ratenzahlungsvereinbarung, die die Neufassung des § 133 Abs. 3 Satz 2 explizit im Auge hat?

**Kayser:** Den damals Verantwortlichen fehlte in der Tat die Kraft, eine in sich schlüssige Lösung für den in Berlin ausgemachten Reformbedarf zu formulieren. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass das Thema schlicht »abgeräumt« werden sollte. Der Reformdruck war seinerzeit von den Gläubigergruppen aufgebaut worden, die sich an den aus ihrer Sicht zu niedrigen Anforderungen an die »Kenntnis« stießen. Leider hat der Reformgesetzgeber sowohl bei § 133 als auch bei § 142 InsO unmittelbar an dem geäußerten Kritikpunkt angesetzt, anstatt sich mit dem Zusammenspiel von Vorsatz und Kenntnis näher zu befassen. Wenn man die Vorsatzanfechtung über die Ansätze des Senats hinaus (Stichwort: »Gesamtwürdigung«) hätte entschärfen wollen, hätte man sich die Frage vorlegen müssen, ob auch der Benachteiligungsvorsatz mit der Senatsrechtsprechung ohne Weiteres aus der Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO abgeleitet werden kann. Das kann man durchaus anders sehen. Bei der »Kenntnis« anzusetzen, ist dagegen systematisch falsch, weil dem Insolvenz-

verwalter in diesem Punkt wirkungsvolle Beweiserleichterungen an die Hand gegeben werden müssen. Zu § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO wird es bald erste klärende Urteile geben.

**INDat Report:** In Ihrer Festschrift hat MdB Prof. Dr. Heribert Hirte als Berichterstatter für das Insolvenzrecht seiner CDU-/CSU-Bundestagsfraktion, der diese Reform somit eng begleitet hatte, die Entwicklung der Gesetzgebung aus Sicht der Politik aufgezeigt, »auch um das eine oder andere Missverständnis« auszuräumen. Konnten Sie aus der Lektüre, die auch die Insolvenzanfechtung auf Twitter darstellt, neue Erkenntnisse und Einsichten gewinnen?

**Kayser:** Der Beitrag von MdB Hirte in der mir zugehenden Festschrift verdeutlicht, dass ein Reformvorhaben ein politischer Prozess ist, der weitgehend eigenen Gesetzmäßigkeiten folgt. Mehr möchte ich hierzu nicht ausführen.

**INDat Report:** Hier noch der Nachtrag, dass sich bei der seinerzeitigen Anhörung zum RegE eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der InsO und nach dem AnFG am 24.02.2016 im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages unter den sieben von den Fraktionen geladenen Sachverständigen kein Vertreter Ihres Senats befand (siehe INDat Report 02\_2016, S. 9 ff.).

Sie sind dafür bekannt, dass Sie (fast) keiner Fachdiskussion aus dem Weg gehen, auf vielen Tagungen und Kongressen die Senatsrechtsprechung vermitteln, Fragen zulassen, zuhören und auch gerne diskutieren sowie hin und wieder »austeilen«. Ihr Ende 2019 in den Ruhestand getretener Senatskollege Gerhard Pape und Markus Gehrlein, der Ende 2020 in den Ruhestand wechselt, zählen auch zu denen, die sich der mitunter kritischen Diskussion auf Tagungen

## Nach fast 40 Jahren als Richter Wechsel in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am BGH Prof. Dr. Godehard Kayser

stellen. Ihre anderen Senatskollegen verhalten sich bislang mit öffentlichen Auftritten etwas zurückhaltender. Wie würden Sie diesen von Ihnen praktizierten Austausch mit konkreten Beispielen bewerten, dass Sie Erkenntnisse aus der Praxis gewonnen haben, die Sie vielleicht sonst in Karlsruhe nicht erhalten hätten?

**Kayser:** Der fachliche, mitunter auch kontrovers geführte Austausch zwischen Mitgliedern der obersten Gerichte, der Wissenschaft und der Praxis ist stets von Gewinn für alle Seiten, schon weil man gezwungen ist, sich in die Denkweise des anderen hineinzusetzen. Ich glaube, über die Fortführung des Dialogs mit Mitgliedern des IX. Zivilsenats auf Fachveranstaltungen muss sich die »schreibende Zunft« keine Sorgen machen.

**INDat Report:** Der Beschluss vom 14.12.2017 (IX ZB 65/16) zur öffentlichen Bekanntmachung von Vergütungsbeschlüssen, den der Senat dazu genutzt habe, so Ihre Worte, »weitverbreiteten Fehlentwicklungen« bei der öffentlichen Bekanntmachung seitens der Gerichte entgegenzuwirken, ist bei den Verwalterverbänden auf sehr große Kritik gestoßen, weil demzufolge die konkreten Vergütungshöhen ersichtlich bzw. aus den zu machenden Angaben abgeleitet werden könnten. Die Grundsatzentscheidung vom 22.11.2018 (IX ZR 167/12), dass es keine Begründung von Masseverbindlichkeiten (Steuerschulden) durch den Schuldner im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren ohne gerichtliche Ermächtigung gibt, ist als »BGH schafft das weltweit schuldnerfreundlichste Eigenverwaltungsverfahren« kritisiert worden. Auch die Entscheidung zum Insolvenzanderkonto (Urt. v. 07.02.2019 – IX ZR 47/18) hat für Aufregung und viele Folgefragen gesorgt, auf die Sie auf dem Insolvenzverwalterkongress im Herbst 2019 reagierten. Noch größeres Aufsehen erregte das Urteil vom 09.06.2016 (IX ZR 314/14) zur (Teil-)Unwirksamkeit von Netting-Vereinbarungen bei Widerspruch zu § 104 InsO, weil sowohl BMJV als auch BMF sogleich dazu Stellung genommen haben, denn es ging um die Wirksamkeit des deutschen Rahmenvertrags für Finanztermingeschäfte. Die damit verbundene Besorgnis, dass letztendlich infolge des Urteils ein enormer Kapitalbedarf im Bankensektor hätte entstehen sowie eine Destabilisierung von Banken hätten eintreten können, hat dann

zu einer zügigen Korrektur durch den Gesetzgeber geführt. Haben Sie in letzterem Fall oder auch bei den anderen die kritischen Reaktionen vorhergesehen? Zum Urteil vom 09.06.2016 formulierten Sie auf dem DIT 2017 süffisant, dass das BMF wiederum das Urteil hätte voraussehen müssen ...

**Kayser:** Zu den angesprochenen Entscheidungen, die den Gesetzgeber teils in der Vergangenheit herausgefordert haben, teils – wie bei der Veröffentlichung von Vergütungsbeschlüssen – gerade herausfordern, ist zu sagen, dass der Richter die von ihm ausgemachten Folgewirkungen seiner Entscheidungen zwar mitbedenkt, aber letztlich allein Recht und Gesetz verantwortlich ist. Die Reaktion der Insolvenzverwalter zu der Vergütungsentcheidung kam daher für uns nicht überraschend. Wenn allerdings das System, das den beschwerdeberechtigten Verfahrensbeteiligten eine reelle Chance eröffnen soll, die Vergütung des Verwalters in Erfahrung zu bringen, nicht funktioniert, musste von uns so entschieden werden. Und das geschah mit Vorlauf, denn wir hatten bereits Jahre zuvor in Entscheidungen auf diese Missstände hingewiesen. Im Übrigen gibt es auch andere Lösungsmöglichkeiten, die den Veröffentlichungsvorgaben genügen würden, die aber sämtlich vom Gesetzgeber einzuführen wären.

Bei § 104 InsO haben wir eine Bestimmung ausgelegt, die seinerzeit auf besonderen Wunsch der Kreditwirtschaft in die Insolvenzordnung aufgenommen worden ist, damit die Grundvorschrift des § 103 InsO gesperrt wird. Wenn die rechtlichen Rahmenbedingungen beim »Netting« durch den Gesetzgeber geändert werden sollen, was im Laufe der Jahre seit Inkrafttreten der InsO wohl geschehen ist, hätte dieser sich auch mit dem Thema »Netting in der Insolvenz« beschäftigen müssen. Ich halte es nicht für fair, den Gerichten den »schwarzen Peter« insoweit zuzuschieben. Gleiches gilt im Übrigen für den »Sanierungserlass«, dessen Inhalt schon lange vor der Entscheidung des BFH in einem Gesetz hätte geregelt werden können und müssen.

Bei der Entscheidung zum Insolvenzanderkonto ging es im Kern darum, dass ein direkter vertraglicher Anspruch des Schuldners bzw. des Insolvenzverwalters gegen das Bankinstitut besteht,

## 6 Fragen an Godehard Kayser

» **Hätten Sie sich nicht für diese Laufbahn entschieden, welcher berufliche Weg wäre für Sie vorstellbar gewesen?**

Im Blick auf mein durch einen hervorragenden Schulunterricht in der Oberstufe gewecktes Interesse für die Mathematik: Beruf eines Bauingenieurs.

» **Gibt es eine Fertigkeit oder Befähigung, die Sie jüngst erlernt haben oder die Sie gerade erwerben?**

Ich arbeite an der Verbesserung meiner Kochkünste.

» **Welches nicht berufsspezifische Buch lesen Sie gerade?**

Martin Pollack, »Galizien«. Das Buch unternimmt eine Reise durch die verschwundene Welt Ostgaliziens und der Bukowina. Es ist gespickt mit zeitgenössischen Beschreibungen aus der Zeit vor und um 1900. Ob die »reale« Reise in diesem Sommer angetreten werden kann, ist bei der derzeitigen Corona-Lage noch ungewiss.

» **Wovon hätten Sie gerne mehr?**

Weitere Enkel. Bei drei eigenen Kindern sind zwei eindeutig zu wenig.

» **An welchen materiellen Dingen hängen Sie besonders?**

Dinge, die für Freiheit stehen: der fahrbare Untersatz für größere Fahrten, das Elektrofahrrad für die Wege nach Karlsruhe, die Spalttaxi für den Vorrat an Heizmaterial aus nachwachsenden Rohstoffen!

» **Welchen Fehler würden Sie heute nicht mehr machen?**

Ich glaube nicht an die Lernfähigkeit der Menschen im Grundsätzlichen, weder im Großen noch im Kleinen.



## Nach fast 40 Jahren als Richter Wechsel in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am BGH Prof. Dr. Godehard Kayser

manche AGBs hatten eine Dritthaftung ausgeschlossen. Daher haben wir letzten Endes entschieden, dass das im Streitfall gewählte Kontenmodell dafür nicht passte. Mich hat schon überrascht, dass viele Insolvenzgerichte infolge dieser Rechtsprechung die Umstellung sämtlicher Konten verlangten, wofür es nach dieser Entscheidung gar keine Veranlassung gibt. Auch meinten Veröffentlichungen zu dem Beschluss, dass mit einer Kontenumstellung die Haftungsfälle doch nicht verhindert werden könnten. Darum ging es uns in der Entscheidung auch nicht, sondern nur um die wenigen Fälle, in denen »das Kind in den Brunnen gefallen ist« und die Bank sich dann nicht mit dem Argument verteidigen können soll, die Masse sei gar nicht ihr Vertragspartner. Was den Haftungsmaßstab der Bank angeht, hierzu auch eine Klarstellung: Wir haben uns ganz eng an die bestehende Rechtsprechung des Bankensenats in dieser Frage angelehnt und keinen Sonderweg für diese Fälle geschaffen.

**INDat Report:** Die Rechtsprechung zu den Anforderungen an ein schlüssiges Sanierungskonzept von 2016 und 2018 und die zur Haftung der Geschäftsleitung in der Eigenverwaltung von 2018 dienen der Praxis als wichtige Orientierung. Jüngst äußerten Sie, dass Sie zum Grundsatzurteil vom 24.02.2019 (IX ZR 110/17) zur Wahrung der Sicherungsrechte im Eröffnungsverfahren viel Zustimmung erfahren hätten. Bei welchen Entscheidungen hat Sie das positive Feedback vor allem aus der Praxis besonders gefreut?

**Kayser:** Bei Senatsentscheidungen zur Insolvenzanfechtung wird das Echo immer geteilt sein. Das liegt in der Natur der Sache. Befriedigend ist es für ein Gericht, wenn es ihm gelingt, über den entschiedenen Fall hinaus eine allseits befriedigende Gesamtlösung hinzubekommen, mag auch das eine oder andere Detail noch nachjustiert werden müssen. Neben den von Ihnen erwähnten Fällen scheint das dem Senat etwa im Komplex »Anfechtung von Rechtshandlungen unter Mitwirkung des vorläufigen nur mitbestimmenden Insolvenzverwalters« gelungen zu sein.

**INDat Report:** Gerner würde man einmal einem Beratungsgespräch des Senats lauschen, von denen i. d. R. nichts nach außen dringt – bis auf das verkündete Ergebnis. Können Sie dennoch

einen Einblick gewähren, welche Fälle Ihnen im Senat besonders Kopfzerbrechen bereitet haben, bei denen es schwierig war, eine gemeinsame Linie zu finden (nach getaner Arbeit sollen Sie hin und wieder mit einer Flasche Wein alle wieder versöhnt haben), auch im Spannungsfeld von Kontinuität und Fortentwicklung, denn man sagt Ihnen das Anliegen nach, nicht nur juristisch überzeugende, sondern auch praxistaugliche Lösungen entwickeln zu wollen ...

**Kayser:** Ich kann das Beratungsgeheimnis auch Jahre später nicht verletzen. Allgemein lässt sich sagen, dass es die »Köpfe schwer rauchen« lässt, wenn es, um der Sache gerecht im wahrsten Sinne des Wortes zu werden, nötig ist, den auf den ersten Blick leichten, hart am Gesetzeswortlaut ausgerichteten Lösungsansatz zu verwerfen. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang beispielhaft die »Unterwasserkontenproblematik« bei § 129 Abs. 1 InsO, der Lastschriftwiderspruch durch den vorläufigen Insolvenzverwalter und – in jüngerer Zeit – die Abgrenzung von § 130 zu § 131 InsO bei bestimmten Drittzahlungen.

**INDat Report:** Der »Arbeitsauftrag« für Ihre Kongressvorträge lautete zumeist »Neueste Rechtsprechung des IX. Zivilsenats«, nicht »Neueste Rechtsprechung des Anwaltsensenats«, dessen stellvertretender Vorsitzender Sie seit 01.01.2012 mit eigener Zuständigkeit neben den von Gesetzes wegen zu Vorsitzenden dieses Senats berufenen BGH-Präsidenten sind. Auch dort hätten Sie »Herausragendes geleistet«, schreibt BGH-Präsidentin Bettina Limperg im Grußwort Ihrer Festschrift, unter Ihrem Vorsitz seien ungezählte, nicht mehr wegzudenkende Entscheidungen zu Grundlagen des anwaltlichen Berufsrechts getroffen worden, darunter zuletzt auch solche zu der das anwaltliche Selbstverständnis revolutionierenden jungen Profession der Syndikusanwälte. Der Anwaltsenat sitzt mit drei Berufsrichtern und zwei Rechtsanwälten als Beisitzer. Wirkt dieser Senat nicht wie ein Fremdkörper im BGH?

**Kayser:** Die Frage ist klar zu verneinen. Das Nötige hierzu ist in der rechtspolitischen Diskussion um die diskutierte Zuständigkeitsverlagerung schon gesagt worden. Auch wenn wir überwie-

# Sicherheit braucht ein System.



Ihr Premiumanbieter für individuelle Lösungen im Bereich der Restrukturierung.

Der Spezialist für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung.

Erfahren, kompetent und zuverlässig.



**ALLCURA**  
Versicherungs-Aktiengesellschaft

Telefon: (040) 226 337 - 80  
E-Mail: kontakt@allcura-versicherung.de

gend nach der Verwaltungsgerichtsordnung arbeiten, empfinde ich den Senat im BGH nicht als Fremdkörper. Und in der Tat, wir haben uns jüngst unter meinem Vorsitz in einigen wichtigen Entscheidungen mit den Syndikusanwälten beschäftigt – auch mit der interessanten Frage zur hoheitlichen Tätigkeit, was diese konkret ausmacht, die dann die Zulassung als Syndikusanwalt sperren kann.

**INDat Report:** Man hört, dass die größte Anzahl der Akten beim Senat – neben den Syndikussachen – Fälle des Widerrufs der Zulassung wegen Vermögensverfalls sind. Was sind aus Ihrer Sicht die Ursachen für das wirtschaftliche Scheitern von Rechtsanwältinnen?

**Kayser:** Diese Frage kommt einfach daher, ist aber in Wahrheit sehr komplex. Wir werden im Senat für Anwaltssachen mit bisweilen sehr traurigen Einzelschicksalen konfrontiert. Gemessen an der Anzahl der in Deutschland zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte halten sich die Fallzahlen, in denen es um den Verlust der Anwaltszulassung wegen Vermögensverfalls geht, doch sehr in Grenzen.

**INDat Report:** Unter Ihr Engagement fällt neben der im wissenschaftlichen Beirat des ZIS e.V. auch die Mitwirkung in der Seer-Kommission, die 2014 ihren Abschlussbericht zur Harmonisierung von Insolvenz- und Steuerrecht (ZIP 2014, Beilage zu Heft 42) vorgelegt hat. Nachdem der Große Senat des BFH den sog. Sanie-

rungerlass von 2003 am 28.11.2016 (GrS 1/15) gekippt hatte mit den bekannten beträchtlichen Folgen für die Praxis, holten Sie zur heftigen Kritik am BMF aus, denn der Abschlussbericht der Seer-Kommission habe auf die fehlende gesetzliche Grundlage hingewiesen, den Arbeitssitzungen der Seer-Kommission sei das BMF im Übrigen ferngeblieben. Man dürfe dem BFH somit keinen Vorwurf machen, der Gesetzgeber habe schlichtweg »seine Hausaufgaben nicht gemacht«. Wir schreiben den Juni 2020: Wie ist es heute um die Harmonisierung von Insolvenz- und Steuerrecht bestellt?

**Kayser:** Die von Professor Seer geleitete Kommission hat es trotz der von mir damals beklagten stark zurückgenommenen Beteiligung des BMF, für das es damals durchaus Gründe gab, immerhin erreicht, dass ein Prozess in Gang kam, der zu einem Diskurs über die Themen und zu einem wechselseitigen Verständnis der Standpunkte geführt hat. Der Gesprächsfaden ist nicht abgerissen. Ich hege die Hoffnung, dass es im Rahmen der von Europa angestoßenen Reformen zu Schritten in Richtung auf eine dringend gebotene Harmonisierung von Insolvenz- und Steuerrecht kommen wird.

**INDat Report:** Auf dem 10. Deutschen Privatinsolvenzrechtstag am 20.09.2019 in Göttingen hielten Sie den Festvortrag. In Bezug auf die Umsetzung der Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz betonten Sie, dass Ihnen eine tatsächliche und vollständige Entschuldung (der unternehmerisch und der nicht

## BUNDESGERICHTSHOF



unternehmerisch tätigen Personen), insbesondere auch von Fiskalschulden, eine »Herzensangelegenheit« sei. Diese Begrifflichkeit verwenden Sie in Ihren Vorträgen nicht so häufig...

**Kayser:** Leider ist zu beobachten, dass die erstmalige vollständige Entschuldung, wie sie nunmehr auch die Richtlinie fordert, durch Forderungen infrage gestellt wird, die bei Lichte betrachtet den redlichen Schuldner nach Gewährung der Restschuldbefreiung nicht mehr belasten sollten. Dazu gehören die von mir in Göttingen erwähnten Fiskalschulden, die Gegenstand einer in den Fachblättern kontrovers geführten Diskussion sind, in der ich nachdrücklich Partei für den restschuldbefreiten Schuldner ergreife. Herzensangelegenheiten sind für mich u. a. jene Entscheidungen seit Anbeginn meiner Tätigkeit beim BGH, die den Fokus auf die Erleichterung der Betriebsfortführung legen. Dazu rechnet die jüngere Entscheidung zum sog. Getränkemarktfall, der im Übrigen noch viele weitere Fragen aufwirft, die aufgrund des revisionsrechtlich maßgeblichen Sachverhalts in dieser Entscheidung nicht anstanden. Für mich war der Punkt wichtig, die Fortführung nicht vorzeitig wegen der AGB beenden zu müssen und dem vorläufigen Verwalter die unter Umständen auch schwierige Möglichkeit zu eröffnen, unter Wahrung der Aus- und Absonderungsrechte den Betrieb weiterführen zu können.

**INDat Report:** Das Berufsrecht der Insolvenzverwalter war bei Ihnen immer wieder ein Thema, z. B. bei der Diskussion über die Frage, ob jur. Personen zum Verwalter bestellt werden können, was Gegenstand des Beschlusses vom 19.09.2013 (IX AR (VZ) 1/12) war, der sich mit der Verfassungsmäßigkeit des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO beschäftigt hatte. Auch das dann angerufene BVerfG fand nichts Verfassungswidriges im § 56 InsO, somit war der Weg zum Verwalterjob für die jur. Person bekanntermaßen nicht geebnet. Bislang haben Sie sich noch nicht zur Diskussion über ein Berufs-

recht für Insolvenzverwalter geäußert, mit dem sich der Gesetzgeber gem. Koalitionsvertrag zu beschäftigen hat. Steuerberater und Wirtschaftsprüfer haben – ebenso wie Rechtsanwälte – eine eigene Berufungsgerichtsbarkeit. Wie sollte die Aufsicht über Insolvenzverwalter – neben dem Berufszugang – geregelt werden?

**Kayser:** Bei der Lösung der Fragen, die bei der Umsetzung der Richtlinie im Ministerium in den sog. Korb III einsortiert worden sind, plädiere ich für zurückhaltende Lösungen. Deutschland verfügt über ein ausgefeiltes Berufsrecht, das in dem einen oder anderen Punkt modifiziert und ergänzt werden kann. Solange die involvierten Verbände in wesentlichen Punkten uneins sind, ist es für einen Außenstehenden auch schwierig, sich zu positionieren. Sowohl beim Berufszugang als auch bei der Berufungsgerichtsbarkeit warne ich vor einer Überregulierung.

**INDat Report:** Mit Fragen zum Sanierungsgedanken und zu der Marktberäufungsfunktion der InsO (anhand der Senatsrechtsprechung) hatten Sie sich kürzlich eingehend befasst (ZIP 2018, 2189). Fragen zum sog. Sanierungshype, zur (zu) hohen Erwartungshaltung gegenüber dem ESUG-Instrumentarium und zum vernachlässigten Gläubigerschutz stellen sich im Zuge der Covid-19-Krise erneut. Auch haben Sie sich früh mit dem präventiven Restrukturierungsrahmen, z. T. skeptisch und warnend, befasst. Derzeit will man von der Marktberäufungsfunktion gar nichts hören, sondern man fokussiert sich sehr auf die Rettung mit Schutzschirm und Co. – nehmen Sie hier (auch) eine Verschiebung der Koordinaten wahr?

**Kayser:** In der Tat, eine solche sehe ich, jedenfalls auf der Basis der mir zugänglichen Informationsquellen. An meinem von Ihnen richtig zitierten Standpunkt hat sich nichts geändert.

**INDat Report:** Die Harmonisierung von Insolvenz- und Steuerrecht ist eine Ihrer Forderungen an den Gesetzgeber, auch eine Korrektur bei dem »mit heißer Nadel gestrickten« § 55 Abs. 4 InsO

## Die VorsRi des IX. Zivilsenats im Gespräch mit dem INDat Report

im Hinblick auf die missbräuchliche Ausnutzung des vorläufigen Eigenverwaltungsverfahrens. Wie sieht es mit der Rücknahme der zum 27.10.2011 erfolgten Aufhebung von § 7 InsO aus, wonach die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde zum BGH gegen Entscheidungen der Beschwerdegerichte in Insolvenzsachen abgeschafft wurde? Seinerzeit war Ihr Senat sehr stark mit Rechtsbeschwerden belastet, im Jahr 2009 fielen auf Ihren Senat 20,9% der insgesamt beim BGH eingegangenen Rechtsbeschwerden, davon waren 73% Rechtsbeschwerden nach der InsO ...

**Kayser:** Zu § 55 Abs. 4 InsO habe ich mich bereits im letzten Jahr in einem Zeitschriftenbeitrag geäußert. Ich plädiere für eine konsequente »Einsortierung« der Ertragsteuern bei den übrigen Insolvenzforderungen und für die Aufwertung der Umsatzsteuer zur Masseverbindlichkeit, auch im Fall der Eigenverwaltung, was der Gesetzgeber aber so regeln müsste.

Zum zweiten Punkt: Die Wiedereinführung einer zulassungsfreien Rechtsbeschwerde wäre ein völlig falsches Signal. Wie schon erwähnt muss bei den Beschwerdekammern auf dem Boden des geltenden Rechts für eine großzügige Zulassungspraxis geworben werden. Wir haben uns vielleicht, als wir den Vorschlag für die Gesetzesänderung des § 7 InsO in Berlin vorbrachten, ein wenig beim erwarteten Zulassungsverhalten der Landgerichte getäuscht, wobei wir bei den Prozesssachen eine »Zulassungsfreudigkeit« der Landgerichte ausgemacht hatten. Diese Tendenz sehen wir bei den Beschwerdekammern leider nicht, aus welchen Gründen auch immer.

**INDat Report:** In einem Pausengespräch einer seinerzeitigen NZI-Tagung in Frankfurt am Main ging es darum, wie man am besten Entspannung findet. Sie verrieten der Runde, dass Sie sich dafür auf die Treppe Ihres Hauses setzten – natürlich mit einem Glas guten Wein – und Schuhe putzen und polieren würden. Sie werden, wenn die Last Ihres Amtes abgefallen ist, sicherlich neben viel Entspannung der Materie weiterhin eng verbunden bleiben, wohl als Referent, der sich dann noch freier äußern dürfte, aber Sie werden sicherlich auch für die Institution weiter tätig sein, die Ihnen die E-Mail-Kennung »gkays\_01« verpasst hat, die Universität Münster, an der Sie seit 2008 Honorarprofessor sind. Wie sehen Ihre Pläne für den »Unruhestand« aus?

**Kayser:** Ich fühle mich als ein freier Mensch, ob mit oder ohne Amt, das ich selten als Last empfunden habe. Dem Insolvenzrecht werde ich weiterhin treu bleiben, etwa als Mitherausgeber und Mitautor des »Heidelberger Kommentars«, durch meine Mitarbeit im ZIS und – sobald die Universitäten wieder zum Normalbetrieb zurückkehren – durch meine jährliche insolvenzrechtliche Veranstaltung in Münster. Das Weitere wird sich finden. <<



Auch mit den beiden unmittelbaren Vorgängern von Godehard Kayser als Vorsitzende Richter des IX. Zivilsenats, **Dr. Hans Gerhard Ganter** (Foto oben) und **Dr. Gero Fischer**, konnte der INDat Report aus Anlass ihres Wechsels in den Ruhestand Interviews im Bundesgerichtshof führen (INDat Report 03\_2008, S. 20ff., und INDat Report 08\_2010, S. 20ff.). Fischer gehörte dem IX. Senat seit 1990 an, wurde 2003 dessen stellvertretender Vorsitzender und von 2004 bis 2008 dessen Vorsitzender in der Nachfolge von Dr. Gerhart Kreft. Ganter war Mitglied des IX. Zivilsenats seit 1991, seit 2004 stellvertretender Vorsitzender und von 2008 bis 2010 dessen Vorsitzender. Kayser wurde 2001 dem IX. Zivilsenat zugewiesen und wurde 2008 dessen stellvertretender Vorsitzender und 2010 zum Vorsitzenden ernannt.

Dem IX. Zivilsenat gehören unter dem Vorsitz von Kayser zuletzt Dietmar Grupp als stellvertretender Vorsitzender an und als beisitzende Mitglieder Prof. Dr. Markus Gehrlein, Ilse Lohmann, Praxedis Möhring, Dr. Heinrich Schoppmeyer, Christian Röhl und Dr. Volker Schultz. Anzunehmen ist, dass Dietmar Grupp den Vorsitz des Senats übernimmt, wobei das BMJV Vorsitzende Richter vorschlägt und der Bundespräsident diese ernannt. Wer dann neuer stellvertretender Vorsitzender des IX. Senats wird, ist Präsidiumsentscheidung.

*Auf dem 16. Mannheimer Insolvenzrechtstag online am 19.06.2020 referierte Godehard Kayser über »Meilensteine der BGH-Rechtsprechung zum Insolvenzrecht« aus den vergangenen fast 20 Jahren seiner Senatszugehörigkeit. Der Tagungsbericht dazu auf den Seiten 52ff.*