



Dr. Georg Licht



RA Tobias Hoefler

# Viel Kritik ausgeteilt

**Mannheim.** Dieses Mal richtete der Mannheimer Insolvenzrechtstag am 17.06.2011 den Fokus auf die neu gestaltete Eigenverwaltung nach ESUG, wobei dieses Vorhaben von den Referenten schlechtere Noten erhielt als erwartet. Zudem bot der Kongress einen selten so deutlich kritischen ehemaligen BGH-Richter und drei »junge Wilde« aus der Professorenschaft – zwei davon traten als Referenten auf, der dritte dieser Runde eröffnete die Tagung zum siebten Mal.

**Text:** Peter Reuter



Fotos: Markus Proßwitz, Svea Balve/ZIS

(v. li.) Prof. Dr. Georg Bitter, Prof. Dr. Moritz Brinkmann, VorsRiBGH a. D. Dr. Gero Fischer

Die harten Holzbänke im gewohnten Hörsaal wirkten wieder fast lückenlos anziehend, denn trotz der Pfingstferien hatten sich erneut 180 Teilnehmer zum 7. Mannheimer Insolvenzrechtstag am 17.06.2011 im Mannheimer Schloss angemeldet, freute sich Gastgeber und ZIS-Vorsitzender Prof. Dr. Georg Bitter zur Begrüßung, der nicht nur eine Riege amtierender und ehemaliger BGH-Richter des IX. Zivilsenats, sondern auch einige Vertreter regionaler Insolvenzgerichte begrüßen konnte, denn schließlich lag

der Themenschwerpunkt des Kongresses auf der Eigenverwaltung nach ESUG, die nicht zuletzt ihnen viele Neuerungen bereitet. Überraschendes versprach Bitter zugleich vom ersten Referenten, denn der ehemalige VorsRiBGH Dr. Gero Fischer könne nun die Rechtsprechung seines Senats aus der gewonnenen Distanz und damit kritischer als früher betrachten. Dass sein Vortrag den Titel »Aktuelle Rechtsprechung zum Insolvenzanfechtungsrecht« lautete, hinterfragte Fischer einleitend: Schon wieder Anfechtungs-



Prof. Dr. Florian Jacoby



RiAG Dr. Helmut Zipperer



Dr. Andreas Fröhlich



RA Detlef Specovius

recht? Gab es denn auf diesem Gebiet in jüngster Zeit etwas Spektakuläres? »Nein, das gab es nicht«, gestand er, aber erschob gleich ein, dass es eine Reihe für die Praxis ganz wichtiger Entscheidungen gegeben habe, die Grundsätze aus früheren Entscheidungen ergänzt und zum Teil auch differenziert hätten.

### Grenze zur Willkür überschritten

Die spektakulärste Entscheidung sei die des GmS-OGB vom 27.09.2010 (NZI 2011, 15) zum Rechtsweg gewesen, wonach für die Anfechtung gegen Arbeitnehmer des Schuldners auf Rückgewähr gezahlten Lohns die Gerichte für Arbeitssachen zuständig seien. Seine Bezeichnung »spektakulär« sei keineswegs in lobendem Sinne zu verstehen, betonte Fischer, sondern er meine damit das Gegenteil. Diese Sache sei eine der unverständlichsten und am schlechtesten begründeten Entscheidungen zum Insolvenzrecht. Darin seien die viel diskutierten und guten Argumente des IX. Zivilsenats überhaupt nicht beachtet worden. Glaubten manche, so Fischer, bei dieser Entscheidung sei die Grenze zur Willkür erreicht, wolle er noch eines darauf setzen: Hier sei die Grenze zur Willkür bereits überschritten worden. Dass hingegen für Anfechtungsklagen gegen Sozialversicherungsträger die ordentlichen Gerichte zuständig seien (BGH, 24.03.2011 – IX ZB 36/09, NZI 2011, 323), sei richtig und zutreffend, da es sich um einen originär zivilrechtlichen Anspruch handele.

Für die Praxis bedeutsamer sei eine aktuelle Entscheidung zur Leistung aus dem Überziehungskredit. Hier bejaht der IX. Zivilsenat entgegen BGHZ 170, 276 eine Gläubigerbenachteiligung. Deren Feststellung sei mit dieser Entscheidung einfacher geworden, und die Anfechtung könne häufiger zum Erfolg führen (BGH, 06.10.2009 – IX ZR 191/05; BGH 01.07.2010 – IX ZR 70/08). Anders dagegen sehe die Rechtsprechung des II. Zivilsenats zum § 64 Satz 2 GmbHG aus, wonach Zahlungen mit Kreditmitteln nur einen masseneutralen Gläubigertausch bewirkten (BGH, 26.03.2007 – II ZR 310/05; BGH, 25.01.2010 – II ZR 258/08). Diese Divergenz der Entscheidungen werde voraussichtlich bestehen bleiben, vermutete Fischer. Er sehe aber keine Veranlassung, den Großen Senat anzurufen, denn Sinn und Ziel der Vorschriften seien nicht gleichzusetzen. Der IX. Senat betrachte die Gläubigerbenachteiligung in einem äußerst weiten Sinne, wohingegen der II. Senat die Haftungsnorm zu beurteilen habe.

In einer weiteren Entscheidung (BGH, 17.03.2011 – IX ZR 166/08) entschied der IX. Senat über ein Darlehen mit Zweckbindung zugunsten eines bestimmten Gläubigers. Im diesem Fall

drohte das Finanzamt der Schuldnerin mit Insolvenzantrag, wenn sie Steuerschulden nicht alsbald begleiche. Auf die Zusage der Schuldnerin, zeitnah etwa die Hälfte der Forderung zu zahlen, ließ sich das Finanzamt ein. Dafür überwies ihr Lebensgefährte den Betrag aus seinem Vermögen auf ein Anderkonto ihres Anwalts zur Weiterleitung an das Finanzamt. Später kam es auf Antrag eines Dritten dennoch zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens, in dem der Verwalter die Rückgewähr dieser Summe vom Finanzamt verlangte. Die Frage, ob hier eine Gläubigerbenachteiligung vorlag, bejahte der IX. Senat, denn der aus dem Vermögen des Lebensgefährten kreditierte Betrag sei der Schuldnerin zuzurechnen. Mit der Zweckbindung sollte nur die vereinbarungsgemäße Verwendung des Kredits abgesichert werden, dem Gläubiger jedoch nicht ein insolvenzfestes Recht verschafft werden. Dieses könne ohnehin durch bloße schuldrechtliche Vereinbarung nicht begründet werden, stellte Fischer klar. Im Ergebnis sei diese Entscheidung seines ehemaligen Senats »gut und richtig«, wengleich er sich eine andere Begründung gewünscht hätte. Zudem habe es der Senat versäumt, darauf hinzuweisen, dass diese Entscheidung mit einer aus dem Jahr 2008 unvereinbar sei. Auf Nachfrage bestätigte Fischer, dass bei einer Schenkung die Anfechtung gegenstandslos gewesen wäre. In diesem Fall habe es sich aber um ein Darlehen gehandelt.

### Was junge Unternehmen in die Pleite treibt

Im Anschluss daran stellte Dr. Georg Licht, Leiter des Forschungsbereichs Industrieökonomie und Internationale Unternehmensführung am Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) Mannheim, eine Studie zu den Ursachen für das Scheitern junger Unternehmen vor, die RA und Insolvenzverwalter Tobias Hoefler kommentierte. Nur ein Viertel der geschlossenen Jungunternehmen nehme einen Marktaustritt per Insolvenzverfahren vor, bei der Mehrheit führten persönliche oder wirtschaftliche Gründe zur Aufgabe. Schließungsursachen seien am häufigsten eine Unterfinanzierung in der Startphase, strategische Fehlentscheidungen, Probleme auf Absatz- und Beschaffungsmärkten sowie externe Ereignisse, worunter bei 50 Prozent der geschlossenen Unternehmen Forderungsausfälle fielen. In Hinblick auf das Insolvenzrecht forderte Dr. Licht, dass es an die Bedürfnisse junger Unternehmen besser anzupassen sei, woraufhin RA Tobias Hoefler diese Forderung als nicht gerechtfertigt bezeichnete, denn die Problematiken in der Krise unterschieden sich bei jüngeren und älteren Unternehmen nicht voneinander. Ein Verwalter aus dem Audito-



rium stellte dann die etwas provokative Frage, ob man sich für diese Studie auch einmal den Unternehmer etwas genauer angesehen hätte. Dieser sei oft die wahre und ausschlaggebende Ursache für die Insolvenz. Lediglich im Punkt »Geschäftsmodell« habe man den Unternehmer beleuchtet, musste Dr. Licht einräumen. Ob der Firmenlenker generell für diesen Spitzenposten geeignet sei, habe man nicht speziell untersucht.

Wie Sanierungschancen für kleinere und mittlere Unternehmen aussehen, setzte RA Tobias Hofer in Bezug zu ESUG und meinte, dass sich für die Mehrheit dieser Unternehmen durch die Reform kaum etwas ändern werde. Eigenverwaltung und Planverfahren seien für sie wegen fehlender insolvenzspezifischer Kompetenz nicht umzusetzen, zumal für die Gläubiger der Plan dann als unattraktives Mittel erscheine, wenn ein Mehrwert für sie nicht deutlich vermittelt werde. Auch die zu erwartende Gläubigerbeteiligung im vorläufigen Gläubigerausschuss werde sich nur minimal entwickeln – auch nicht zuletzt wegen der erheblichen persönlichen Haftungsrisiken der Mitglieder und des geringen Stundensatzes von 35 bis 95 Euro, bestenfalls 130 Euro.

Einen Exkurs zu »Gegenseitige Verträge in der Insolvenz, Dogmatik und Beispiele« unternahm Prof. Dr. Florian Jacoby, Universität Bielefeld, den Professor Bitter als einen der sogenannten »Jungen Wilden« unter den Insolvenzrechtsprofessoren bezeichnete, zu denen er auch sich selbst und den nachfolgenden Referenten, Prof. Dr. Moritz Brinkmann aus Bonn, zählen wolle. Jacoby begann seinen Vortrag mit seiner »Lieblingsnorm« § 87 InsO, wonach Insolvenzgläubiger ihre Forderungen nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen können. Die Beispiele, um die Modifizierung durch § 110 InsO und § 114 InsO sowie die Wirkungen von Eröffnung und Nichterfüllungswahl anschaulich zu verdeutlichen, habe er von den Praktikern des ZIS erhalten. Eine zentrale Frage der Ausführungen war, ob Lösungsklauseln insolvenzfest sind. Hierzu resümierte Jacoby einige

Andeutungen des BGH und zitierte dazu aus BGHZ 155, 87, 95 sowie BGH ZIP 2006, 87 Rn. 26. Der Ausschluss von Lösungsklauseln sei ambivalent, meinte Jacoby, denn ein zu weitgehender Ausschluss beschränke ex ante die Vertragsgestaltung vor Verfahrenseröffnung. Und: Auch insolvenzabhängige Lösungsklauseln verstießen nicht gegen § 119 InsO, weil die nur den Gegenstand des Wahlrechts, aber nicht das Wahlrecht selbst beträfen. Zudem dürfe die Anfechtung nur dann greifen, wenn die Lösungsklausel aus Ex-ante-Sicht zu missbilligen sei.

### Kein Lob und dennoch Gratulation

Nach dem Mittagsimbiss eröffnete Prof. Dr. Moritz Brinkmann, Universität Bonn, den Themenschwerpunkt »Eigenverwaltung – ein Modell für Unternehmen jeder Größe?«, wobei er den Zuhörern bei seinen Ausführungen zu ESUG nicht so viel »Herzblut« im Vortrag versprechen könne, wie es sein Vorredner Jacoby in die Thematik der gegenseitigen Verträge in der Insolvenz gelegt habe. Zwar verfolge ESUG das Ziel, die Eigenverwaltung von der Ausnahme zur Regel zu machen, doch sehe er diese angekündigte Zeitenwende nach Inkrafttreten des Gesetzes nicht kommen. Diese Änderung werde wohl 80 Prozent und mehr Unternehmen nicht betreffen. Für kleine Unternehmen und Selbstständige bedeute diese Neuerung daher eher eine Ausnahme. Solange zudem bei dem geplanten 270b-Verfahren kein Moratorium vorgesehen sei, drohe dem Schutzschirmverfahren immer das Damoklesschwert der schnellen Verfahrensaufhebung, da das Abgleiten in die Zahlungsunfähigkeit nahezu vorprogrammiert sei. An dieser entscheidenden Stelle springe der Gesetzgeber zu kurz, sagte Brinkmann. Denn demnach habe der Schuldner keine realistische Umkehrmöglichkeit mehr, wenn er einmal den Insolvenzantrag gestellt habe. Die in § 270a InsO-ESUG vorgesehene Rückzugsmöglichkeit stehe nur auf dem Papier. Für ihn stelle das neue Eigenverwaltungsverfahren kein geeignetes Instrument zur Durchführung leistungswirtschaftlicher Sanierungsmaßnahmen dar. Es sei aber, in Verbindung mit dem Planverfahren, betonte er, vielmehr als Alternative zu einer Sanierung durch ein Scheme of Arrangement nach englischem Recht zu verstehen. Daher sei nicht Chapter 11 als Vorbild für ESUG zu betrachten, sondern das Scheme of Arrangement, das neuerdings Sorgen auslöse, falls deutsche Unternehmen diesen hierzulande unbekanntem Vergleich häufiger nutzen sollten. Schon Kreditverträge nach englischem Recht reichten für deutsche Unternehmen aus, um in den Genuss dieses Verfahrens



zu gelangen. Er wolle ESUG als solches nicht loben, so sein Fazit. Wenn dieses Vorhaben aber als deutsche Alternative zum Scheme of Arrangement gedacht sei, müsse er dem BMJ wiederum gratulieren, weil man damit mit dem englischen Recht gleichziehen könne.

### Schlechte Startchancen für ESUG

Kritisch ins Gericht mit der Eigenverwaltung nach ESUG zog auch RiAG Dr. Helmut Zipperer aus Mannheim. Bei kleineren Unternehmen herrsche die generelle Skepsis vor, die Schuldner seien nicht zuverlässig, was aber Voraussetzung für die Eigenverwaltung sei. Oft habe die mangelnde Kommunikation mit den Gläubigern die Krise verursacht, was unumkehrbar sei. Er glaube, dass die größeren Unternehmen wie bisher den Konsens vor der Insolvenz suchen und das ESUG-Angebot nicht annehmen werden. Auch führte Zipperer anschaulich beginnend mit Antragseingang vor Augen, wie eine immense Zeitverzögerung bei der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses aussehen könnte. Dieses langatmige Prozedere widerspreche dem Eilcharakter des Verfahrens. Zudem stellte er u.a. die für ihn ungelöste Frage, wie weit die amtswegigen Ermittlungen des Gerichts rund um den Antrag auf Eigenverwaltung reichen dürfen bzw. müssen. Dass der (vorläufige) Sachwalter 60 Prozent der Verwaltervergütung erhalten solle bei gleicher Haftung, sei für ihn nicht nachvollziehbar. Deutlich werde bei ESUG sichtbar, dass dieses Gesetz die bisher »unumschränkte Herrschaft der Insolvenzrichter bei der Verwalterbestellung« beschränke, was einen Paradigmenwechsel bedeute, der entweder, so seine Prognose, zum Beharren in bisher gewohnter Machtfülle führen – »verständlich bei der erzieherischen Attitüde des Entwurfs« – oder in einer resignativen Kritiklosigkeit enden könne. Beides sei nicht erstrebenswert. Die absonderungsberechtigten Gläubiger könnten ESUG – indem sie Feststellungskosten sparen und Verwertungskosten begrenzen – gezielt zur sog. kalten Eigenverwaltung nutzen. Auch könnten die Gläubiger den Eigenantrag des Schuldners für das Schutzschirmverfahren aushebeln, was durch Fälligestellung von Forderungen jederzeit ganz schnell bewirkt werden könne. Griffen diese Gläubigerkalküle um sich, seien die Startchancen für die neue Eigenverwaltung schlecht. Er sei sehr gespannt auf die Praxis mit ESUG, er betrachte das Vorhaben aber recht pessimistisch.

Auch Dr. Andreas Fröhlich von der perspektiv GmbH kündigte seinen Vortrag über die Eigenverwaltung aus der ökonomischen Perspektive damit an, dass er keine Laudatio auf ESUG halten

wolle, sondern diesen Entwurf eher als »Irrfahrt« denn als »Königsweg« betrachte. Er resümierte die Kehrseiten der Eigenverwaltungsmedaille und sah die Gefahr, dass nun Fehlanwendungen des Sanierungsinstruments zur Regel würden. Erfolgreiche Beispiele wie SinnLeffers bekämen somit letztendlich einen historischen Charakter. Eigenverwaltung sei immer dann erfolgversprechend, wenn die »Kern-Erfolgsfaktoren« für ein Planverfahren erfüllt seien, dazu zähle u.a. der nachgewiesene Zufluss von fresh money. Auch wenn der letzte Referent, RA Detlef Specovius, der Eigenverwaltung Erfolge bescheinigen konnte – vor allem bei Sinn Leffers, in dessen Verfahren er beratend tätig war – und die ESUG-Ausgestaltung »vom Grundsatz her« als gelungen bezeichnete, bestünden bei ihm dennoch Bedenken an der Praxistauglichkeit. Nachdem daraufhin ein Insolvenzverwalter aus dem Publikum einen längeren Wortbeitrag zu der neuen Eigenverwaltung eingebracht hatte, den man als Auftakt zu einer regen Diskussion hätte verstehen können – sein Argument: Bisher seien so wenige Eigenverwaltungen zum Zuge gekommen, weil es bislang keine vorläufige Eigenverwaltung gegeben habe, die nun mit ESUG eingeführt werden solle – musste der Kongress leider aus Zeitgründen beendet werden, wenngleich die Teilnehmer die Chance nutzten, diese Diskussion und andere im anschließenden Ausklang bei Büffet und regionalen Weinen in kleineren Runden fortzusetzen. «

