VorsRiBGH Prof. Dr. Godehard Kayser Prof. Dr. Christoph Thole

Rat, Lob und Tadel

Mannheim. *Kaum hatte der Bundestag die Empfehlung erhalten, konnte ZIS-Vorsitzender Prof. Dr. Georg Bitter die von der Hommerich Forschung und dem ZIS erstellte Studie zum Überschuldungsbegriff auf dem 8. Mannheimer Insolvenzrechtstag am 15.06.2012 vorstellen. Doch zuvor ging es um die Vorsatzanfechtung bei Sanierungen, eine gewagte These aus Tübingen, einen »Quantensprung« sowie beim Schwerpunktthema ESUG um Unsicherheiten mit dem vorläufigen Gläubigerausschuss.*

Text: *Peter Reuter*

Es blieb auch beim achten Mal bei den harten Hörsaalbanken der Mannheimer Universität, aber dessen ungeachtet könne er mit 200 Teilnehmern wieder ein volles Haus begrüßen, sagte der Vorsitzende des Zentrums für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim e. V. (ZIS), Prof. Dr. Georg Bitter, und hob die hohe BGH-Präsenz, aber auch die der Insolvenzgerichte hervor. Mit der aktuellen BGH-Rechtsprechung zur Vorsatzanfechtung, insbesondere bei Sanierungen, startete VorsRiBGH Prof. Dr. Godehard Kayser – eine »bange Frage« auch für Berater und vorläufige Verwalter. Zur Erinnerung hob er die Leitentscheidung zur inkongruenten Vorschusszahlung vom 13.04.2006 (IX ZR 158/05, BGHZ 167, 190 = ZIP 2006, 1261) hervor, die der Beraterbranche »die Schärfe der Insolvenzanfechtung« vor Augen geführt habe. Dieses Urteil helfe Beratern, Anfechtungsfälle zu erkennen. In einigen größeren Verfahren könne der »stinknormale Antrag ohne Gedönse« die Sanierungsaussichten eher erhöhen, als viele Berater ins Haus zu holen, so Kayser. Zum Urteil vom 08.12.2011 (IX ZR 156/09, ZIP 2012, 137), wonach die Anfechtung des Beratervertrags ausscheidet, wenn auf der Grundlage eines schlüssigen, objektiv geeigneten Sanierungskonzepts verfahren wird, merkte er an, dass er sich wundere, was alles die Bezeichnung Sanierungskonzept trage: sogar eine halbe Seite, ohne eine Zahl zu nennen.

Foto: ZIS

Im Anschluss befasste sich Prof. Dr. Christoph Thole mit »Nachrang und Insolvenzanfechtung bei Gesellschafterdarlehen« und ging der Frage nach, ob es sich dabei um zwei Seiten derselben Medaille handele. Er stellte die These auf, dass die Trennung der Teleologie erforderlich und zugleich machbar sei, Nachrang und Anfechtungsregeln auf unterschiedlichen Wertungen beruhten und zweieiige siamesische Zwillinge getrennt werden müssten. Als »gewagte These« bezeichnete es sein Züricher Kollege, worauf Thole erwiderte, dass er es eher als »rechtspolitischen Appell« verstanden wissen wolle. Ein »mutiges« Thema, so Bitter, das das »Wissenschaftlerherz« höher schlagen lasse.

Dann der Wechsel zur Qualitätsoffensive der Verwalter, die RA Wilhelm Klaas als »Quantensprung« bezeichnete. Zuvor war sein Sprung auf das Podium so heftig, dass er sich an einer Tafel den Kopf heftig stieß. Aber unbeeindruckt davon stillte er die Wunde parallel zu seinem Vortrag mit Papierservietten. Ausgehend vom Zertifikat ISO 9001 stellte Klaas anschaulich sein QM-System vor, das er kostenlos Verwaltern zur Verfügung stelle. Doch ein QMS müsse mit Kriterien gefüllt werden. InsO Excellence des Gravenbrucher Kreises beinhalte 223 Kriterien, die GOI des VID 124, aber praxisbezogenere Kriterien, nach denen sich, so ist es beschlossene Sache, alle VID-Mitglieder 2013 testieren lassen müssen. Man wolle die GOI als Mindeststandard für die Listung/Bestellung aller Verwalter und die Geeignetheit von Sachwaltern etablieren, sodass mit Offenlegung aller Prüfkriterien auch jedes Nichtmitglied des VID das GOI-Testat erlangen könne. Dann referierte Klaas, der radierfestes und zeitnahes Buchen seine Steckenpferde nannte, zum Standardkontenrahmen SKR04-InsO – für jeden Vorgang ein Konto – auf den sich VID und GK verpflichtet haben und zu dem es ein In-

RAin Dr. Karen Kuder

RA Wilhelm Klaas

RiAG Dr. Andreas Schmidt

Prof. Dr. Georg Bitter

ternetforum gebe. Er demonstrierte eine grob fehlerhafte Schlussrechnungsprüfung, die lediglich eine Belegprüfung vorgenommen habe – der bundesweit einheitliche Standardkontenrahmen werde letztendlich Prüfungen vereinfachen und Transparenz schaffen.

Schuldnerberater tüten Verwaltervorschlag ein

Nach dem Mittagsimbiss eröffnete RiAG Dr. Andreas Schmidt den von RA Peter Depré moderierten Themenschwerpunkt ESUG mit der Sicht des (Hamburger) Insolvenzrichters auf den vorläufigen Gläubigerausschuss, dessen einstimmigem Verwaltervorschlag er bereits vor dem 01.03.2012 im Sietas-Verfahren gefolgt sei. Er erläuterte den sog. Muss-, Soll- und Kann-Ausschuss und bemerkte, dass es eine Tendenz ESUG-skeptischer Gerichte gebe, extrem hohe formale Anforderungen zu stellen, um den vorl. GA zu verhindern. Die Eignungsprüfung des vorgeschlagenen Verwalters könne sich bei nicht Gelisteten verzögern, sodass die sog. Nachteilsklausel greife. Listung sei zwar nicht Voraussetzung, mache den Vorschlag aber »weniger sperrig«. Die Überprüfung der Unabhängigkeit des Verwalters sei dann besonders wichtig, wenn der Gläubigervorschlag vom Schuldnerberater »eingetütet« worden sei.

Im Anschluss trug RAin Dr. Karen Kuder die Bankensicht vor. Es hake mangels geeigneten Personals bei der Besetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses, Gerichte seien zum Teil verunsichert. Fraglich sei, ob Mitarbeiter (von Banken) als natürliche Personen Mitglied werden dürften. Sie machte eine Verschiebung zur Eigenverwaltung aus, leider auch mit völlig ungeeigneten Geschäftsführern, die es ohne Vorgespräche mit den Gläubigern »mal probieren«. Schutzschirmverfahren gebe es weniger als gedacht, die fehlenden Vorgaben zur Bescheinigung verunsicherten sicherlich viele. Der Vorschlag IDW ES 9 dazu könne keineswegs die zwei Voraussetzungen glaubhaft darstellen. Unklar seien auch die Vorgaben zum Bescheiniger, der allerdings Schuldnervertreter sein dürfe, sagte Dr. Schmidt. Daher »verstört« ihn die Entscheidung des AG München (ZIP 2012, 789). Was zu bescheinigende drohende Zahlungsunfähigkeit genau bedeute, sei klärungsbedürftig. Er erinnerte dazu an den Disput der VorsRiBGH a.D. Dr. Ganter und Dr. Fischer zur sog. »Bugwelle«. Eine Prüfung der Bescheinigung durch Sachverständige halte er nicht für erforderlich, eine Plausibilitätsprüfung durch das Gericht reiche aus.

Die offene Frage, ob der Schuldner im 270 a-Verfahren Masseverbindlichkeiten begründen darf, sorge weiterhin für Unsicherheit, sagte Dr. Kuder. Das sei nicht nur bei der Insolvenzgeldvorfinanzierung wichtig, sondern noch bedeutender bei der Kreditierung von Erlösen an Umlaufsicherheiten. Daher laute ihr Vorschlag für einen neuen Absatz in § 270 a InsO: »Auf Antrag des Schuldners kann das Gericht anordnen, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründen darf. § 55 Abs. 2 gilt entsprechend.«

Überschuldung ist fast bedeutungslos

Den Abschluss bildete der exklusive Bericht von Professor Bitter über die von der Hommerich Forschung und dem ZIS im Auftrag des BMJ erstellte 175-seitige Studie zur Zukunft des Überschuldungsbegriffs (ausführlich in ZIP 2912, 1201), die die MdB erst vier Tage zuvor erhalten und er damit vom BMJ grünes Licht für die Präsentation bekommen hatte. Nach vorbereitenden Praktikerdiskussionen habe man 2730 Experten befragt und 609 Antworten (45 % Verwalter/RA, 18 % RA/Sanierungsberater/M&A, 22 % »Banker«, 10 % Unternehmensberater, 4 % WP) erhalten. Die Verwalter stünden dem derzeit geltenden Ü-Begriff kritischer gegenüber (frühzeitige Sanierungen werden vernachlässigt oder nicht eingeleitet) als die anderen Experten und befürworteten die Rückkehr zum alten Ü-Begriff. Das erkläre sich daraus, so Bitter, dass es Verwalter nur mit der Negativauswahl zu tun hätten. Die anderen Experten sähen im neuen Recht bessere Sanierungschancen sowie eine größere Flexibilität. Eine Insolvenzantragspflicht bei bilanzieller Überschuldung verfehle seine Wirkung, weil vor allem Kleinunternehmen nicht wüssten, wann sie überschuldet sind. Insolvenzanträge würden in aller Regel nicht auf Überschuldung gestützt, so die Experten. Auch habe die Überschuldung bei zivilrechtlicher Haftung und Insolvenzverschleppung eine nur geringe Bedeutung – dazu komme die fehlende Praktikabilität der Überschuldungsmessung. Daher spreche sich die Studie auf Basis einer Dreiviertelmehrheit – und da die Marktkrise, die zur Änderung Anlass gab, nicht überwunden sei – für eine zumindest temporäre Verlängerung des neuen Rechts um fünf oder zehn Jahre aus. Vieles spreche sogar für eine dauerhafte Beibehaltung. Die Verlängerung müsse wegen der Vorwirkung einer Rückänderung rasch erfolgen. Auch wenn es nur ein geringes Bedürfnis gebe, so Bitter, sollte ein Insolvenzantragsrecht bei bilanzieller Überschuldung für sanierungswillige Unternehmen beibehalten werden, wenn deren bilanzielle Überschuldung sicher absehbar sei, obwohl derzeit keine drohende Zahlungsunfähigkeit vorliege. «