

Als Pionier zehn Jahre Marker gesetzt

Mannheim. Der 11. Mannheimer Insolvenzrechtstag am 19.06.2015 stand unter ganz besonderem Vorzeichen, denn am Vorabend feierte das Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim e. V. (ZIS) in einer Festveranstaltung im Schloss sein zehnjähriges Bestehen. Dafür gewann das ZIS Prof. Dr. Karsten Schmidt als Festredner, der 15 Jahre InsO resümierte und einen Blick in deren Zukunft wagte. Der Kongress selbst lieferte wieder die seit zehn Jahren bewährte Mischung aus Jura und BWL sowie Wissenschaft und Praxis mit viel Raum für Diskussion.

Text: Peter Reuter

Überbuchungen wie bei Fluglinien gebe es beim ZIS nicht, stellte sein Vorsitzender Prof. Dr. Georg Bitter zur Begrüßung der 230 Teilnehmer des 11. Mannheimer Insolvenzrechtstags im Hörsaal mit den Klappholzbänken fest, wenngleich die Nachfrage um einiges höher gelegen habe. Auch streng limitiert war die Besucherzahl bei der Festveranstaltung »10 Jahre ZIS« am Vorabend, bei der 170 Gäste aus Wissenschaft, Justiz, Insolvenzverwaltung, Anwaltschaft und Banken im Rittersaal jubilieren konnten.

Lehrstuhl zur Erforschung des Krisenphänomens gewünscht

Nach der Begrüßung im Rittersaal durch den Rektor der Universität, Prof. Dr. Ernst-Ludwig von Thadden, sowie durch den Ersten Bürgermeister der Stadt Mannheim, folgte der Rück- und Ausblick auf zehn Jahre ZIS von Professor Bitter, der einen vielfachen Dank aussprach: an die Initiatoren seines Lehrstuhls, Professor Ulrich Falk und RA Peter Depré, an ZIS-Mitinitiator Professor Carsten Schäfer, an den im Wissenschaftlichen Beirat das ZIS unterstützenden IX. Senat des BGH, an die Lehre der Praktiker in Mannheim, an die ZIS-Gremien und die Fördermitglieder sowie an seine Sekretärin Marisa Doppler und an RA Tobias Kienle, die er auf dem Kongress nochmals besonders würdigen wolle. Was den Ausblick angeht, sehe er im Bereich Empirie und Rechtswissenschaft noch größeres Potenzial. Wünschen würde er sich, dass sich die Mannheimer Ökonomen stärker der Erforschung des Krisenphänomens widmen würden und dafür einen eigenen Lehrstuhl erhielten. »Dann wäre die Universität Mannheim nicht nur Pionier in der Verknüpfung von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis im Insolvenzbereich, sondern auch Motor einer interdisziplinären Plattform in diesem nicht nur spannenden, sondern auch gesellschaftspolitisch äußerst wichtigen Feld.«

Dann leitete Bitter zur Verleihung des Wissenschaftspreises über, den das ZIS aus Anlass des zehnjährigen Bestehens ausgeschrieben hatte. Ein vom Wissenschaftlichen Beirat gebildeter Ausschuss habe über die ausgezeichneten Bewerbungen befunden. Den ersten Preis erhielt – Laudatoren waren RAin Dr.

Alexandra Schluck-Amend und RA Michael Pluta – Dr. Stephan Schneider aus Hamburg für seine Dissertation über »Gesellschafter-Stimmpflichten bei Sanierungen«, der zweite Preis ging an Dr. Patrick Schulz aus Mainz für seine Dissertation »Der Debt-Equity-Swap in der Insolvenz«.



Schließlich bereitete Bitter die Gäste auf den Höhepunkt vor, den Festvortrag der »Institution« Karsten Schmidt. Dazu erzählte er eine fast wahre Geschichte: Ein polnische Erasmus-Studentin habe ihn gefragt, ob der Name Schmidt häufig vorkomme. Er habe bejaht. Auch der Vorname Karsten? Weniger, habe er erwidert. Warum dann so viele Professoren Karsten Schmidt hießen, fragte sie nach. In der Vorlesung über Handelsrecht höre sie von einem berühmten Handelsrechtler, der so heiße, in der Vorlesung Gesellschaftsrecht über einen ausgezeichneten Gesellschaftsrechtler und in der Vorlesung Insolvenzrecht über einen renommierten Insolvenzrechtler gleichen Namens. Er habe die Studentin dann darüber aufklären müssen, dass es den berühmten Handels-, Gesellschafts-, Insolvenz-, Vollstreckungs- und allgemeinen Zivilrechtler dieses Namens gebe, doch dass es sich immer um dieselbe Person handle, die auch im Kartell-, Geld-, Bilanz-, Stiftungs- sowie Schiedsrecht glänze, und bat mit dieser Vorstellung den »maßgeblichen Vordenker des Insolvenzrechts« um seinen Festvortrag.



ZIS-Vorsitzender Prof. Dr. Georg Bitter und Festvortragsredner Prof. Dr. Karsten Schmidt

Dieser sprach, wie man ihn kennt, kurzweilig und pointiert über 15 Jahre Insolvenzordnung, wobei er den Bogen von den Anfängen der KO bis zum ESUG spannte und einen Ausblick in die Zukunft wagte. Unterteilt in sechs Abschnitte begann Karsten Schmidt mit der InsO als Kodifikation, wobei diese nach seiner Vorstellung den Anspruch an das Gesetz stellt, nicht alle einzelnen Fragen zu lösen, sondern vielmehr ein stimmiges Gesamtsystem zu schaffen, indem eine konsistente dynamische Fortbildung des Rechts stattfinden könne. Einen besonderen Schwerpunkt legte er auf das Insolvenzrecht für Unternehmen. Er betonte, dass dieses Gebiet nicht mehr bloß ein Feld für Prozessualisten sei, sondern vielmehr auch im Gesellschaftsrecht eine wichtige Rolle spiele. Das MoMiG und zuletzt das ESUG – nach Schmidt die größte Revolution des Insolvenzrechts, insbesondere § 225 a Abs. 3 InsO – zeigten klar die engen Verknüpfungen zwischen den beiden Rechtsgebieten. Zuletzt stellte er einige kritische Fragen und wies auf Missbrauchsrisiken durch die neu geschaffenen Instrumente des ESUG hin. Für die Sanierung von Unternehmen solle die InsO nicht als Königsweg gesehen werden, sondern vielmehr sollen gesellschaftsrechtliche Instrumente Verwendung finden, die jedoch die InsO als Blaupause nutzen können – und dies durchaus bereits tun. Weiterhin kritisierte er die Amtstheorie und die Freigabemöglichkeit im Rahmen einer Unternehmensinsolvenz. Zuletzt sprach er sich noch gegen ein über bloße Verfahrensregeln hinausgehendes Konzerninsolvenzrecht aus. Nach einem herzlichen Dank Bitters an Schmidt ging es nach Fritz Kreislers Tambourin chinois op. 3 zum festlichen Dinner in den Gartensaal des Schlosses.

Wissenschaftspreis des ZIS ist mit 10.000 Euro dotiert

Zur Begrüßung der 230 Kongressteilnehmer am nächsten Tag berichtete Professor Bitter über die Feier sowie den viele Gedankenanstöße liefernden Festvortrag und holte die am Vorabend ausgebliebene Scheckübergabe des mit 10.000 Euro dotierten ZIS-Wissenschaftspreises an Dr. Stephan Schneider mit 6000 Euro und an Dr. Patrick Schulz mit 4000 Euro nach. Bevor er zum ersten Referenten überleitete, warb er noch um weitere Fördermitglieder mit dem Erfolg, dass er kurze Zeit später das Erreichen der 100er Marke verkünden konnte.

Zum Vortrag von VorsRiBGH Prof. Dr. Godehard Kayser zu »Gesellschafterfinanzierung in der Insolvenz« hob Bitter das Urteil

vom 05.03.2015 (IX ZR 133/14) zum qualifizierten Rangrücktritt hervor, das er in der ZIP (2015, 638) mit »Lob überschüttet« habe und das als »großer Wurf« zu bezeichnen sei. In der Anmerkung von Bitter/Heim hieß es »Kabinetstück besonderer Güte«. Kayser eröffnete seinen anderthalbstündigen Vortrag, indem er an ein anderes Jubiläum erinnerte, das Anlass dieses Vortrags sei, nämlich fünf Jahre Judikatur nach dem MoMiG. Diese Judikatur sei von Überlegungen gekennzeichnet, was vom alten Recht zu übernehmen sei und was nicht mehr gelten solle. Zur Betriebsaufspaltung in der Insolvenz erörterte er das Urteil vom 29.01.2015 (IX ZR 279/13, ZIP 2015, 589), das in der Frage der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung zu der Lösung gekommen sei, dass die Regelung auf die Notwendigkeit zur Betriebsfortführung und nicht wie das alte Kapitalersatzrecht auf die Gleichsetzung von Darlehensgewährung und Nutzungsüberlassung abstelle.

Urteil spricht sich für Vertragsautonomie aus

Im Anschluss ging Kayser auf das von Bitter angesprochene Urteil vom 05.03.2015 zum qualifizierten Rangrücktritt ein, das zu klären hatte, ob sich vertraglich nachrangige Forderungen begründen lassen, um eine Überschuldung zu vermeiden, wie die Anforderungen an den Rangrücktritt aussehen und wie es sich mit dem Anspruch der Masse bei Zahlung trotz Überschuldung verhält. Kayser hob hervor, dass der Senat die Vertragsautonomie »klipp und klar« festgehalten habe. Rangrücktritt könne zwischen Gesellschafter und Nichtgesellschafter verabredet werden. Bei der Rangrücktrittsvereinbarung – Befriedigung nur aus freiem, nicht zur Schuldendeckung benötigtem Vermögen – handle es sich um einen Schuldänderungsvertrag. Bei der erforderlichen zeitlichen Reichweite sei zu beachten, so Kayser, dass der Rangrücktritt die Insolvenz vor und im Anwendungsbebereich des MoMiG nur vermeide, wenn er den Insolvenzgrund vor und nach der Verfahrenseröffnung ausschließe. Abschließend zu diesem Urteil ging er auf die von Bitter ausdrücklich gelobte Lösung mit der Anfechtung als unentgeltliche Leistung nach § 134 InsO als Mittel gegen vorinsolvenzliche Rückzahlungen – bei weiter Auslegung des Begriffs Unentgeltlichkeit – ein.

Danach beschäftigte sich Prof. Dr. Reinhard Bork mit der Insolvenzaufrechnung im Lichte der BGH-Rechtsprechung, die er an der einen oder anderen Stelle süffisant kritisierte und bei der



Prof. Dr. Ulrich Falk



Ko-Moderator RA Peter Depré



VorsRiBGH Prof. Dr. Godehard Kayser



Prof. Dr. Andreas Schüler



Prof. Dr. Reinhard Bork



RA Dr. Claus Schmitz

er »Harmonisierungsbedarf« anmahnte. Zuerst stellte Bork die insolvenzrechtliche Relevanz der Aufrechnung sowie deren zivilrechtliche Grundlagen vor. Das Aufrechnungsrecht wirke wie ein Pfandrecht an der Hauptforderung und könne mit einem Absonderungsrecht in der Insolvenz verglichen werden. Es gelte der Vertrauensschutz durch §§ 94 ff. InsO: »Wer vor der Eröffnung aufrechnen kann, kann auch hinterher aufrechnen.« Bei den aufgeführten Entscheidungen wies er auf den Eckpfeiler durch BGH

Insolvenzverwalter vorgestellt hatte, berichtete er aus seinen Forschungsaufenthalten in England. Dort gebe es ein ganz dickes Buch zum Set-off (Aufrechnung), doch die Praxis wisse das Instrument nicht umzusetzen und präferiere daher den Vergleich.

Als dritter Referent – in der Moderation fand am Nachmittag die Stabübergabe an RA Peter Depré statt – trat Prof. Dr. Andreas Schüler ans Pult, der den BWL-Teil mit »Bewertung von Kapitalansprüchen im Rahmen eines Sanierungsversuchs« vertrat. Der Fortführungswert entspreche dem Barwert der erwarteten Überschüsse (Free Cashflows). Zur Bewertung sanierungsbedürftiger Unternehmen halte er den APV-Ansatz (Adjusted Present Value) für geeignet, da die Bewertung ohne Kapitalstruktureinfluss erfolge. Eine Bewertung solle nicht nur aus einer Gesamtsicht erfolgen, sondern aus Sicht einzelner Kapitalgebergruppen. Zudem könne vor der Liquidation der Wert der Eigentümerposition nicht als wertlos betrachtet werden, auch wenn im ökonomischen Sinn Überschuldung vorliege. Der Anreiz für ungesicherte Gläubiger, eine für sie, aber nicht für die Gesamtheit der Kapitalgeber vorteilhafte Liquidation zu betreiben, könne durch einen Debt-Equity-Swap gemildert werden, da er eine Partizipation an einer positiven Entwicklung ermögliche. Die anschließende Diskussion beleuchtete das Dilemma, drei Bewertungsmaßstäbe – BWL, InsR und GesR – zu haben, den von Karsten Schmidt geprägten Überschuldungsbegriff und den messbaren Nutzen des Insolvenzverfahrens.



Preisträger des ZIS-Wissenschaftspreises: Dr. Patrick Schulz (li.) und Dr. Stephan Schneider

ZIP 2012, 737 hin, der bestimmt, dass dem Aufrechnungsverbot aus § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO wegen Anfechtbarkeit der Aufrechnungslage nichts entgegensteht, da es keine Vorverlagerung in das Eröffnungsverfahren gibt. Zur Unzulässigkeit nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO skizzierte er das sog. Privatschulen-Urteil (BGH ZIP 2011, 1437). Auch erwähnte er BGHZ 179, 137 im Hinblick auf den Anfechtungsanspruch in der Phoenix-Insolvenz, bei der der Insolvenzverwalter jüngst hohe Quotenausschüttungen habe ankündigen können. Danach erläuterte Bork den Vertrauensschutz nach § 95 InsO, denn diese Norm schütze das Vertrauen auf die im Kern schon angelegte Aufrechnungslage (BGH ZIP 2007, 239) in den Grenzen des § 95 Abs. 1 S. 3 InsO. Er benutzte zur Veranschaulichung das Blumenzwiebel-Bild. Es reiche aus, wenn die Zwiebel in der Erde liege, die Blume müsse noch nicht auftauchen. Nachdem er dann die komplexe Aufrechnung durch den

Verwalterhaftung in der Gründerzeit

Der vierte Referent richtete seinen Blick weit in die Vergangenheit, denn Prof. Dr. Ulrich Falk nahm sich der Judikatur des Reichsgerichts und Bundesgerichtshofs zur Haftung des Verwalters bei Betriebsfortführung an und verband damit die Frage: Alter Wein in neuen Schläuchen? Er wisse, dass viele die Rechtsgeschichte für überflüssig und exotisch wie die Orchideenzucht hielten, doch im Verlauf seiner fünfjährigen Forschung zur Konkursrechtsgeschichte – die Zeit vor 1900 mit KO-Novellierung durch das BGB – sei er auf erstaunliche RG-Urteile samt verblüf-



RiBGH Dr. Ingo Drescher



ZIS-Organisator RA Tobias Kienle

fend verkürzter RGZ-Wiedergabe und auf Primärquellen gestoben, die die Erkenntnisse aus dem Statistischen Bundesamt übertröfen. Was heute die Verwalterhaftung nach § 60 InsO bestimme, habe seinerzeit § 74 KO geregelt: »Der Verwalter hat die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden«, wobei unter diese Haftung auch leichte Fahrlässigkeit gefallen sei. Zur Illustrierung führte Falk den Waldbrauerei-Fall von 1893 an, in dem ein Rechtsanwalt als Verwalter – häufig seien es aber Kaufleute und Buchprüfer gewesen – eine Brauerei in Bergedorf bei Hamburg fortführte und dafür Hopfen bestellte. Doch das Verfahren hätte nicht eröffnet werden dürfen, stellte man fest, was zu einer Klage gegen den Verwalter und 1895 zu einem Urteil beim RG führte, das aber das zweite Urteil des »auffallend verwalterfreundlichen« 6. Zivilsenats des RG 1897 korrigierte. Diese Forschung habe zudem gezeigt, so Falk, dass dreimal so viele Verfahren in jener Zeit in einem Zwangsvergleich als in einer Liquidation geendet hätten, wengleich der BGH behauptet habe, erst seit den 1950er Jahren die Maßstäbe für den fortführenden Verwalter geschaffen zu haben.

Als nächster Referent befasste sich RA Dr. Claus Schmitz mit den Lösungsklauseln in der Insolvenz, insbesondere bei § 8 Abs. 2 VOB/B und begann mit dem Leitsatz-Urteil vom 15.11.2012 (IX ZR 169/11), wonach Lösungsklauseln in Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie, die an den Insolvenzantrag oder die Insolvenzeröffnung anknüpfen, unwirksam sind. Schmitz wies auf die kritische Sicht des anwesenden Prof. Dr. Florian Jacobys auf dieses Urteil hin (ZIP 2014, 649), der bemerkte, dass sich die Lösungsklauseln in der Insolvenz vielmehr an den Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung messen lassen müssten und gläubigerbenachteiligend wirken könnten. Schmitz legte dar, wie sich infolge des Urteils die Diskussion über die Zulässigkeit entsprechender Klauseln vor allem auf § 8 Abs. 2 VOB/B auswirkt. Diese Klausel im Bauvertrag werde nämlich als unantastbar fast wie ein »Naturgesetz« gesehen. Der Referent wies auf das nicht rechtskräftige Urteil des OLG Frankfurt vom 16.03.2015 (1 U

38/14, ZIP 2015, 697) hin, demnach die insolvenzabhängige Lösungsklausel des § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B nach § 119 InsO unwirksam ist. Seines Wissens sei die Revision noch nicht begründet, doch er rechne in etwa einem halben Jahr mit der Weichenstellung, dass der vorläufige Verwalter in einer begrenzten Zeit die Fortsetzung von Bauverträgen abwägen könne.

Welche Zahlung keine Masseschmälerung ist

Den Abschluss des Kongresses bildete der Vortrag von RiBGH Dr. Ingo Drescher vom II. BGH-Senat zu »Masseschmälerung durch Zahlung bei § 64 GmbHG«, der darlegte, was der Zweck des Zahlungsverbots ist und was unter Zahlung zu verstehen ist. So liegen ein bloßer Gläubigertausch und keine masseschmälernde Zahlung vor, wenn von einem debitorischen Konto der Gesellschaft eine Zahlung geleistet werde und wenn die Bank über keine Gesellschaftersicherheiten verfüge. Der Scheckeinzug oder die Überweisung auf ein debitorisches Konto führe zu einer verbotenen Zahlung an die Bank, weil sich die Schuld ihr gegenüber vermindere. Auch liege keine Masseschmälerung vor, wenn im unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit »Zahlung« eine gleichwertige Gegenleistung der Masse zufließt.

Zur Verabschiedung war es Professor Bitter ein ganz besonderes Anliegen, die organisatorischen Köpfe hinter dem ZIS, dem Mannheimer Insolvenzrechtstag und der »glanzvollen« Festveranstaltung zu würdigen und jeweils mit einer mittleren dreistelligen Geldgutschrift eher symbolisch zu entlohnen. Zum einen RA Tobias Kienle, der seit 2005 wiss. Mitarbeiter an Bitters Lehrstuhl war und trotz seiner Anwaltstätigkeit seit 2011 die Organisation des ZIS innehat, zum anderen Bitters Sekretärin Marisa Doppler mit einer halben Stelle am Lehrstuhl, deren unermüdlichen Einsatz der LAG-Präsident am Vorabend – natürlich im Scherz – als »Verstoß gegen die Arbeitszeitverordnung« bezeichnet habe. <<



Marisa Doppler, Sekretärin des Lehrstuhls, und die stud. Hilfskräfte Frédéric Zaus (v. li.), Jannik Bach und wiss. Mitarbeiter Dr. Christopher Herwig