



## Ein Bericht von DR. ELSKE FEHL-WEILEDER.

Am 28. und 29. September 2023 fand in Erfurt der 2. Deutsche Restrukturierungs- und Insolvenzgerichtstag statt. Hierzu fanden sich knapp 100 Teilnehmer im Hotel Legere ein, um zwei Tage lang aktuelle Themen des Insolvenz- und Sanierungsrechts zu diskutieren.

Das Grußwort übernahm DRIT-Präsident Prof. Gerhard Pape (RiBGH a.D.) und stellte die Schwerpunkte der Veranstaltung, die Berichte und Diskussion der Ausschüsse des DRIT, sowie die Referenten der kommenden zwei Tage vor.

Der erste in der Reihe war Prof. Dr. Christoph Paulus mit einem Grußwort, mit dem er für den verhinderten Bodo Ramelow, Ministerpräsident des Landes Thüringen, eingesprungen ist. Er griff darin einige Gedanken aus seinem neuen Buch auf, das sich mit der deutschen Insolvenzhistorie von Hermann Tiertz (Hertie) über Flowtex bis zu Eterna befasst.

Den Start in den fachlichen Teil machte Prof. Dr. Werner Gleißner (Future Value Group / TU Dresden) mit einem Vortrag zu "Extremrisiken, Krisen und Unternehmenssicherung". Er wies darauf hin, dass die Wahrnehmung von Risiken häufig nicht mit den tatsächlichen Risiken übereinstimmt. Es gebe eine "Risikoblindheit", die dazu führt, dass plakativ verbreitete, an sich nicht relevante Risiken Angst auslösen, während wichtige, aber abstrakte Risiken gerne ignoriert werden. Dies erhöht die Wahrscheinlichkeit unternehmerischer Fehlentscheidungen in der Krise. Anhand einer "Krisenampel" stellte er die Risiko-Lage in Deutschland in den Jahren 2016, 2022 und 2023 im Vergleich dar.

Demzufolge gab es im Jahr 2016 keine "roten" Themen, in 2022 in der Multi-Krise war in sechs Bereichen das rote Krisenstadium erreicht, in 2023 nur noch in zwei Bereichen. Dass es in Deutschland mehr Krisen gibt, also noch vor einigen Jahren, liegt insbesondere daran, dass geopolitische Risiken durch das Erstarken von autokratischen Mächten, insbesondere China, immer größer werden.

Sonderschwierigkeit hierzulande sei neben hohen Energiekosten und Steuersätzen, dass die Unternehmensführer mit regulatorischen und bürokratischen Themen befasst sind, und sich nicht mit großen Fragen beschäftigen können, wie etwa der zukünftigen globalen Wettbewerbsfähigkeit. Eine Zinskrise im eigentlichen Sinne gibt es nach Wahrnehmung von Prof. Gleißner aktuell noch nicht, das Problem müsse man aus volkswirtschaftlicher Sicht allerdings im Auge behalten.

Auf betriebswirtschaftlicher Ebene erfordere die bestmögliche Absicherung für die Zukunft auch die Analyse möglicher Risiken. Eine Studie der TU Dresden habe ergeben, dass nicht Risikovermeidung um jeden Preis angezeigt ist, sondern die Zukunftsfähigkeit eines Unternehmens davon

abhängt, dass die richtigen Risiken eingegangen und angemessen bewertet werden. Grundsätzlich sei daher zu begrüßen, dass mit dem StaRUG die Krisenfrüherkennung gesetzlich verpflichtend wurde, sodass auch eine Risikobetrachtung notwendig geworden ist.

Dabei ist zu beachten, dass bestandsgefährdende Entwicklungen – als schwere Krisen – meist das Ergebnis von Kombinationseffekten aus Risiken sind. Das Wichtigste nach dem Erkennen der Risiken sei das Ergreifen der notwendigen Gegenmaßnahmen. Auch dies sei in § 1 StaRUG statuiert. Nun müsse die Vorschrift nur noch angemessen angewendet und in die Praxis umgesetzt werden – hier gebe es noch Luft nach oben.

Der zweite Vortrag des Tages von Dr. Katrin Stohrer (Deutsche Bank AG) befasste sich mit der Europäischen Harmonisierung des Insolvenzrechts und der deutschen Insolvenzantragspflicht. Zu letzterer konstatierte sie, dass die deutschen Regelungen zur Insolvenzantragspflicht und Verschleppungshaftung den Vorgaben des Richtlinien-Entwurfs genügen. Der in Deutschland einschlägige Insolvenzgrund der Überschuldung finde sich nicht in jedem Insolvenzrechtsregime, und auch in Deutschland stelle sich immer wieder die Frage, ob die Überschuldung als (zwingender) Insolvenzgrund nicht abgeschafft werden sollte.

Nach Auffassung der Referentin sollte die Überschuldung nicht vollständig aufgegeben werden, um die Prüfungspflicht der Fortbestehensprognose nicht "abzustumpfen", die Strafbarkeitsandrohung sei jedoch zu überdenken. Nach einem Blick in die vergleichbaren Regelungen in Großbritannien ("Wrongful trading") und Frankreich ("action en comblement de passif") kam die Referentin zu dem Schluss, dass sich nicht ableiten lasse, dass unter einem der anderen europäischen Modelle eine Sanierung bessere Chancen habe. Entscheidend sei vielmehr die Frühzeitigkeit der Entscheidung über die zu ergreifenden Maßnahmen.

Am Ende unternahm Frau Dr. Stohrer noch einen Exkurs zu dem in dem Richtlinien-Entwurf enthaltenen Vorschlag für ein verwalterloses Kleinverfahren, dessen Grundzüge sie kurz darstellte. Nach einer Zusammenfassung der wichtigsten Kritikpunkte (Missbrauchspotential, Überforderung des Schuldners, Verlagerung der Arbeit von dem Verwalter auf das Gericht, kein Insolvenzgeld) resümierte die Referentin, dass es eines solchen Verfahrens aus Gläubigersicht in Deutschland nicht bedarf, sodass ein Wahlrecht der Mitgliedstaaten zur Einführung in der Richtlinie wünschenswert wäre.

Nach der Mittagspause ging es weiter mit einem Vortrag von RiBGH Volker Sander (II. Zivilsenat) zum Thema "Kollision von Zahlungs- und Massesicherungspflicht". Einleitend wies er darauf hin, dass die Gläubigerinteressen bereits vor Eintritt der Insolvenzreife gefährdet sind. Allerdings sei ein Weiterwirtschaften auch bei Unterdeckung über § 19 InsO gedeckt (solange die Fortbeste-

hensprognose positiv, also die Durchfinanzierung des Unternehmens für die kommenden 12 Monate gesichert) ist. In Vorbereitung seiner Betrachtung zur Auslegung der neuen Vorschriften stellte Sander zunächst die Rechtslage vor dem SanInsFoG dar. Zur Rechtslage nach dem SanInsFoG ging Sander auf das StaRUG ein, das in § 1 die Pflicht zur Krisenfrüherkennung eingeführt hat.

Direkt Gläubigerschützende Wirkung ergibt sich daraus aber nicht – ob die Norm über das StaRUG hinaus gilt, ist unklar. In der Gesetzesbegründung findet sich allerdings ein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber den Schutz durch gesellschaftsrechtliche Haftungsnormen sanktioniert sehen wollte. Vor diesem Hintergrund stellte Sander die These auf, dass es keine Pflicht zur vorrangigen Berücksichtigung von Gläubigerinteressen und deren Ausgleich gibt. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem aktuellen Richtlinien-Entwurf.

Zu § 15b InsO beschäftigte sich Sander mit der Auslegung des Begriffs des "ordnungsgemäßen Geschäftsgangs". Dieser gebe kein differenziertes Modell für die Privilegierung einzelner Verbindlichkeiten, wie es z. B. in § 55 InsO vorgesehen ist. Dadurch tragen die Gläubiger wirtschaftlich gesehen die Risiken für den Versuch des Schuldners, seine Insolvenzreife zu überwinden.

Unter dem Strich stellte Sander fest, kenne das deutsche Recht auch nach der Reform keine Massesicherungspflicht. Wohl aber sieht er ein Gebot der Rücksichtnahme, aus dem sich im Einzelfall auch eine Massesicherungspflicht herleiten lassen kann.

Im Anschluss stellte Prof. Dr. Markus Gehrlein (RiBGH a.D.) die bisherigen Überlegungen der Arbeitsgruppe "Quo Vadis Insolvenzantragspflicht – Grundpfeiler oder Spielball des Insolvenzrechts?" vor. Dabei hob er als ersten Punkt hervor, dass die Gesellschafterversammlung in Entscheidung zur Sanierung nach StaRUG eingebunden werden muss.

Zweiter Schwerpunkt war die Frage der Insolvenzantragspflicht und der Verschleppungshaftung nach § 15b InsO. Der "Missgriff" des § 15b Abs. 8 InsO sollte vom Gesetzgeber korrigiert werden. Außerdem gingen die Überlegungen dahin, wie auch Gesellschafter, sofern sie aktiv sind und nicht nur "im Lehnsessel verbleiben", ähnlich wie Geschäftsführer haften können. Es sei zu überlegen, ob die Gesellschafter über § 826 BGB in Anspruch genommen werden können. Die Beratungen der Arbeitsgruppe haben zu keinen konkreten Ergebnissen geführt, daher hat sie ihre Überlegungen als Diskussionsgrundlage zusammengestellt.





In der folgenden, von Prof. Pape geleiteten Diskussion wurden die Fragen aufgegriffen, mit denen sich die Arbeitsgruppe beschäftigt hatte, und dem Plenum zur Debatte gestellt. Die zuerst gestellte Frage, ob die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit wie gehabt bestehen bleiben sollte, wurde bejaht – ein Änderungsbedarf wurde nicht gesehen.

Anschließend warf Pape die Frage auf, ob die drohende Zahlungsunfähigkeit als Anknüpfungskriterium für ein StaRUG-Verfahren geeignet ist. Im Plenum wurde das teilweise befürwortet, aber auch die Schwierigkeit der Abgrenzung zur Überschuldung aufgezeigt. Teilweise wurde vertreten, dass auch ohne Insolvenzgrund ein Zugang möglich sein soll und nur eine Missbrauchskontrolle erfolgt.

Über die Überschuldung als Insolvenzgrund, der nächsten Frage auf dem Zettel der Kommission, wurde eine rege Diskussion geführt. Die meisten Stimmen sprachen sich trotz der nur sehr geringen Bedeutung der Überschuldung als Eröffnungsgrund dafür aus, dass die Überschuldung als verpflichtender Insolvenzgrund bestehen bleibt. So würde auf die bilanzielle Situation mehr Augenmerk gerichtet werden, was wiederum das für notwendige Sanierungsmaßnahmen verbleibende Zeitfenster vergrößert im Vergleich zu dem Szenario, in dem nur auf die Liquidität geachtet und erst gehandelt wird, wenn hier ein Engpass droht.

Die Frage, ob es bei einer Insolvenzantragspflicht bleiben soll, wurde offensichtlich nicht in Zweifel gezogen, allerdings könnte man abstufen zwischen Überschuldung und drohender Zahlungsunfähigkeit einerseits und der Zahlungsunfähigkeit andererseits. Für eine Insolvenzantragspflicht für selbständig tätige natürliche Personen konnte sich das Plenum nicht erwärmen. Auch in Hinblick auf die Strafbarkeit gab es keinen Änderungswunsch bei der Mehrheit bei den Wortmeldungen, die Verletzung der Insolvenzantragspflicht soll also strafbewehrt bleiben.

Nach einer verdienten Kaffeepause stellte Prof. Pape dem Plenum die weitere Frage zur Diskussion, zu welchen Konsequenzen im Sinne zivilrechtlicher Ansprüche die Verletzung der Antragspflicht führen sollte. Hierzu hatte sich in der Kommission eine umfangreiche Debatte dazu ergeben, ob eine Ausweitung der Existenzvernichtungshaftung nach § 826 BGB wünschenswert sei, die auch die Gesellschafter umfasst, so wie dies seinerzeit in der Trihotel-Entscheidung angelegt wurde.

Eine Stimme aus dem Plenum sprach sich dafür aus, die Vorschriften der § 15a und b InsO deliktisch zu verstehen, sodass auch eine Teilnahme daran möglich ist. Prof. Haas sprach sich dafür aus, bei § 15b InsO auch an die drohende Zahlungsunfähigkeit anzuknüpfen, um die durch das Abschwächen der Überschuldung entstandene Gläubigerschutzlücke zu schließen. Daraufhin ergänzte Prof. Gehrlein zu der Motivation hinter

dem Ansatz über § 826 BGB, dass diese gewesen sei, den gestrichenen § 2 StaRUG zu substituieren, um eine gläubigerschützende Haftung zu begründen. Eine Gegenäußerung wies darauf hin, dass es systemwidrig sei, eine Haftung zu schaffen für das Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit, ohne dass gleichzeitig eine Antragspflicht besteht.

Auf die im Plenum aufgeworfene Frage, ob eine solche Haftung auch für Dritte gelten würde, wollte sich niemand abschließend festlegen. Für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer gibt es aber schon entsprechende Rechtsprechung.

Der zweite Tag der Veranstaltung wurde eröffnet von einer Podiumsdiskussion unter der Leitung von Prof. Dr. Hans Haarmeyer (DIAI). Inken Gallner (Präsidentin des BAG), Marie-Luise Graf-Schlicker (Ministerialdirektorin a.D.) und Prof. Dr. Heribert Hirte (Universität Hamburg) diskutierten unter der Überschrift "Disponibilität von Recht in Krisenzeiten". Sie äußerten in Bezug auf einen internationalen Blick über den Tellerrand ihre Sorge darüber, dass in immer mehr Ländern die Unabhängigkeit der Justiz ins Wanken gerät und ausgehöhlt wird.

Auf europäischer Ebene müsse aufgepasst werden, dass nicht durch Entscheidungen wie die "Ultra-Vires-Entscheidung" falsche Signale im Ausland gesendet werden, durch die einem Autoritätsverlust des EuGH Vorschub geleistet werden könnte. Insbesondere aus Polen werde aktuell genau nach Deutschland geschaut und beobachtet, wie der Umgang mit der europäischen Judikative erfolgt. Prof. Haarmeyer warnte explizit davor, dass insbesondere in den ostdeutschen Bundesländern vom politisch rechten Rand jegliche Unsicherheiten und Verwerfungen in der Justizstruktur genutzt werden, um Verunsicherung zu erzeugen. Die Spezialisierung der Justiz dürfe nicht dazu führen, dass der Blick für das große Ganze verloren ginge, damit die Justiz jederzeit in der Lage ist, derartige "Angriffe" auf den Rechtsstaat und die Verfassung abzuwehren.

Im Anschluss referierte Prof. Dr. Heinrich Schoppmeyer (Vors. RiBGH, IX. Zivilsenat) zu den Leitlinien der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Vergütungsrecht. Einleitend wies er darauf hin, dass die Vergütung des Verwalters ein zentrales Thema im Insolvenzrecht sei, da sie Voraussetzung dafür ist, einen angemessen qualifizierten und kompetenten Verwalter für das Verfahren zu finden. Der Umfang und die Genauigkeit der gesetzlichen Vergütungsregelungen spiegeln diese Bedeutung nicht wider. Nach Auffassung Schoppmeyers sind drei Leitlinien zu extrahieren: Der Anspruch auf eine angemessene Vergütung, die Masse als Grundlage für den Regelsatz sowie der Umfang und die Schwierigkeit der Geschäftsführung als Gradmesser zur Anpassung des Regelsatzes.

Die Verwaltervergütung soll leistungsangemessen sein, ist aber rein tätigkeitsbezogen, nicht qualitätsabhängig. Schlechtleistungen des Verwalters können nur in

## VOR ORT

Ausnahmefällen bei Pflichtverletzungen über die Verwirkung auf Ebene der Vergütung sanktioniert werden. Auch wenn klar ist, dass die Vergütung sich aufgrund der Inflation negativ entwickelt, sei es nicht Aufgabe der Gerichte, darauf zu reagieren. Lediglich die Untergrenze der Mindestvergütung müsse durch die Judikative kontrolliert werden, für eine Anpassung der Vergütung insgesamt sei aber allein der Gesetzgeber zuständig, der zuletzt auch eine Anpassung vorgenommen habe. Die beiden Stellschrauben, die in der Rechtsprechung Einfluss auf die leistungsangemessene Vergütung ermöglichen, sind die Bemessungsgrundlage sowie die Zu- und Abschläge.

Für die Ermittlung der Insolvenzmasse als Bemessungsgrundlage gehe der BGH von Zuflussprinzip aus. Dabei sind auch tatsächliche Zuflüsse zu berücksichtigen, auf die der Verwalter keinen klagbaren Anspruch für die Masse gehabt hätte, wie z. B. die freiwilligen Zahlungen des Schuldners nach Freigabe des Neuerwerbs nach § 35 Abs. 2 InsO (BGH IX ZB 10/19), oder auch der Zufluss aus Anfechtung, der höher war als die für eine 100%-Quote notwendige Betrag und daher teilweise an den Anfechtungsgegner zurückzuerstatten war (BGH IX ZB 40/18).

Die Rechtsprechung des BGH zu Zu- und Abschlägen ist immer eine einzelfallbezogene. Diese ist von drei Leitlinien geprägt: Erstens kommt es immer auf den im konkreten Fall tatsächlich angefallenen Aufwand im Vergleich zum Normalverfahren an. Allerdings gibt es keine Definition für den Normalfall, weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung, Zweitens ist immer eine Gesamtbetrachtung anzustellen. Dies sei jedoch in der Vergangenheit missverstanden worden, es gehe dabei nicht um eine Festsetzung "Pi mal Daumen". Dritte Leitlinie ist die Maßstabsverschiebung als Messlatte der rechtlichen Kontrolle. Der Tatrichter habe zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Zu- oder Abschlag im konkreten Fall vorliegen, in einer Zurückverweisung durch den BGH liege also in der Regel keine Entscheidung darüber, ob der Zu- oder Abschlag im Einzelfall angemessen ist.

Thematisch dazu passend bestritt den letzten Teil der Veranstaltung der Ausschuss II, der sich mit der Reform des Vergütungsrechts beschäftigt hatte. Einleitend stellte Prof. Dr. Sebastian Mock (Wirtschaftsuniversität Wien) die Grundzüge der vergütungsrechtlichen Regelungen in anderen Rechtsordnungen vor, u. a. aus Frankreich und den USA.

Im Anschluss führte Prof. Haarmeyer in den Auftrag und die Zusammensetzung sowie die Diskussion der Arbeitsgruppe ein, als deren Ergebnis ein Vorschlag für eine Neuregelung der Vergütungsverordnung erstellt wurde. Bereits in der ers-

ten Sitzung sei klar geworden, dass eine Umstellung auf eine Zeitvergütung nicht wünschenswert ist. Allerdings soll in einem Insolvenzplan eine Vereinbarung über die Verwaltervergütung zulässig sein. Um die unübersichtlich gewordene Handhabung von Zuschlagstatbeständen zu entschlacken, aber trotzdem eine auskömmliche Vergütung für die Verwalterbüros zu gewährleisten, soll eine Verdoppelung der Regelsätze mit einer klaren Begrenzung auf sechs Zuschlagstatbestände gekoppelt vorgeschlagen werden.

Die Anpassung der Regelsätze in der ersten Stufe bleibe weiterhin bei 40 %, allerdings würde die erste Stufe bis 70.000 € gehen. Unter dem Strich soll damit gewährleistet werden, dass nicht mehr als 50 % der Masse für die Vergütung einzusetzen sind. Die weiteren Änderungen der Staffelung sollen im Ergebnis etwa zu einer Verdoppelung der Regelvergütung führen. Bei einem außerordentlich hohen, untypischen Aufwand kommt eine Erhöhung der Regelvergütung um bis zu 100 Prozent in Betracht. Darüber hinaus gehende Zuschläge soll es nur noch in sechs Fallgruppen geben.

In der anschließenden Diskussion ging es u. a. um das Thema einer Finanzierung der Eröffnung in (zunächst) masselosen Verfahren. Hierfür könnte wie in anderen Jurisdiktionen bestimmt werden, dass eine Pflicht für Kapitalgesellschaften besteht, einen für die Verfahrenskosten bestimmten Betrag auf einem Sperrkonto zu hinterlegen. Alternativ könnte ein Fonds gebildet werden, aus dem solche Kosten gezahlt werden könnten, oder das Thema über eine Versicherung gelöst werden. Aus dem Plenum wurde angemerkt, dass

jedenfalls keine (Vor-)Finanzierung aus der Verwaltervergütung in Frage kommen dürfte, sondern z. B. eine Abwicklung in den Strukturen erfolgen könnte, die bereits jetzt für die Insolvenzgeldumlage vorgehalten werden.

Mit dieser durchaus lebhaften und vielfältigen Diskussion endete die Veranstaltung – Stoff für das nächste Jahr dürfte ausreichend vorhanden sein.

> Unsere Gastautorin Dr. Elske Fehl-Weileder ist als Insolvenzverwalterin bei der Schultze & Braun Rechtsanwaltsgesellschaft für Insolvenzverwaltung mbH, Nürnberg, tätig.

