

(3) Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, so sind Wertverluste des Vertragsanspruchs der insolventen Partei von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an bis zur Verwertungsentscheidung durch Zahlung aus der Insolvenzmasse an den anderen Teil auszugleichen. Steigt der Wert des Vertragsanspruchs der insolventen Partei, so dient der Wertzuwachs vorrangig der Befriedigung des Anspruchs des anderen Teils. Hinsichtlich einer darüberhinausgehenden Wertsteigerung ist eine Ausgleichszahlung vom anderen Teil an die Insolvenzmasse zu leisten, sofern sich der Wertzuwachs im Vermögen des anderen Teils realisiert hat. Der andere Teil hat der Insolvenzverwaltung das Bestehen des noch nicht erfüllten Vertragsverhältnisses anzuzeigen, sofern diese nicht auf andere Weise Kenntnis von diesem Vertrag erlangt hat.

(4) Bis zur Verwertung des Vertragsanspruchs der insolventen Vertragspartei, zu dessen Verwertung der Verwalter berechtigt ist, sind dem anderen Teil ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens an die Kosten zum Erhalt der Leistungsfähigkeit und die Mehrkosten für ein Geschäft zur Überbrückung der Schwebezeit aus der Insolvenzmasse zu zahlen. Der andere Teil kann insbesondere Erstattung der Aufwendungen verlangen, die er für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen musste, sowie Erstattung von Mehrkosten, die ihm aufgrund einer Ersatzbeschaffung während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung entstanden. Der andere Teil hat der Insolvenzverwaltung über das Tätigen eines Geschäfts zur Überbrückung der Schwebezeit und damit verbundene Kosten in Kenntnis zu setzen.

ZInsO-Dokumentation

Zweiter Deutscher Restrukturierungs- und Insolvenzgerichtstag 2023

von Lisa Sophie Reinhardt, Rechtsanwältin, Acquisition Editor, Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Bereits zum zweiten Mal fand am 28.9. und 29.9.2023 in Erfurt der Deutsche Restrukturierungs- und Insolvenzgerichtstag statt. Nach der sehr gelungenen und anspruchsvollen Auftaktveranstaltung im Jahr 2022, gelang den Veranstaltern, dem Deutschen Restrukturierungs- und Insolvenzgerichtstag e.V. (DRIT), auch in diesem Jahr eine erfolgreiche und überaus gut besuchte Anschlussveranstaltung.

Tagungstag 1: 28.9.2023

Der erste Tagungstag wurde durch den DRIT-Präsidenten, Prof. Dr. Gerhard Pape, eröffnet und moderiert. Er stellte die Thematiken der anstehenden Tagungstage und die entsprechenden Referent:innen vor. Zudem berichtete er über die effektive und intensive Arbeit der jeweiligen Arbeitsgruppen im Vorfeld. Mit dem Wunsch, lebhafte Diskussionen zu führen und greifbare Ergebnisse festzuhalten, übergab er an den ersten Redner.

Da der Ministerpräsident des Landes Thüringen, Bodo Ramelow, mit seinem Grußwort ausfiel, war kurzerhand Prof. Dr. Christoph Paulus, der ohnehin als Teilnehmer angemeldet war, als adäquater Ersatz angefragt worden, der dann in der ihm eigenen Art auch direkt zugesagt hatte.

Professor Paulus nahm dies zum Anlass, um über sein kürzlich erschienen Buch „Große Pleiten – und die Wege des Insolvenzrechts“ (1. Aufl. 2023, Beck Verlag) bzw. darüber, wie er zu dem Buch kam, zu sprechen.

Die Wirtschaft klagt regelmäßig darüber, dass ein Bürokratieabbau in Deutschland dringend erforderlich sei, dies erlebe man selbst jeden Tag, beispielsweise bei der Beantragung eines Internetzugangs an einer Universität oder in einem

Unternehmen. Aber auch die dogmatischen Fliehkräfte im Insolvenzrecht, insbesondere die vielfältigen Thematiken, die viel zu ausdifferenziert seien, so dass man mit bloßem Auge nicht mehr erkennen könne, wozu man diese brauche, seien ein weiteres Beispiel. Alles werde zunehmend verkompliziert und er warf die Frage auf „Warum machen wir das?“. Er folgerte, dass es natürlich sei, Abgrenzungsmerkmale gegenüber anderen herzustellen, es sei schlicht unmenschlich, dass Abgrenzen/Ausgrenzen gewünscht sei. Auch der Insolvenzrechtler/in verliere sich in Details und Feinheiten des intellektuellen Hochrecks der verschiedenen Thematiken. Dies führe dazu, dass man den Adressaten aus dem Auge verliere und sich gleichzeitig beklage, man würde nicht ausreichend für die entsprechende Zielgruppe unternehmen. Abschließend empfahl er den Teilnehmenden unbedingt die entsprechende Rezension in der ZInsO nachzulesen (Haarmeyer ZInsO 2023, 2167).

Dem Vortrag von Christoph Paulus folgte ein weiterer Höhepunkt auf dem Fuße mit dem überaus interessante Vortrag von Herrn Prof. Dr. Werner Gleißner zum Thema „Extremrisiken, Krisen und Unternehmenssicherung (und der Beitrag des Risikomanagements)“.

Angesichts der ständig präsenten Katastrophenmeldungen (u.a. Covid 19, Energiepreisschock und Ukraine-Krieg) warf er die Frage auf, wie denn die wirkliche aktuelle Risikolage aussehe. Grundsätzlich sei das individuelle Risikogeschehen des jeweiligen Unternehmens zu betrachten. Dennoch bedinge eine gesamtwirtschaftlich schwierige Lage die Risikolage insgesamt. Daraufhin präsentierte er den Teilnehmenden zunächst die real bestehenden Top-10-Risiken in Deutschland. In der Regel seien es die makroökonomischen Rahmenbedingungen, die ein Unternehmen in eine Risikolage führten. Die-

se Erkenntnis weiche aber von der tatsächlichen Einschätzung der Befragten ab, denn diese würden in der Regel andere Faktoren nennen. Das Hauptproblem bestehe in der verzerrten Risikowahrnehmung der Krisen und dem Problem der „Risikoblindheit“. Risiken würden verdrängt (der Mensch liebe Scheinsicherheit), es bestünde eine verzerrte Risikowahrnehmung. Selbst bei bekannten Risiken würden diese bei Entscheidungen nicht adäquat berücksichtigt. Dies biete eine interessante Erkenntnis für die Insolvenz/Krisenentstehung. Beispielsweise würden Naturkatastrophen gefühlt zunehmen, tatsächlich sei dies aber nicht so. Der Eindruck, der durch emotionale Bilder entstände, präge das Verständnis und die Vorstellung. Dies sei absolut irrational, da man nicht faktenbasiert zu dieser Einschätzung käme. Zahlen seien wichtig, um eine Lage vernünftig einschätzen zu können (fachtechnisch das „Risikoparadoxon“). Geopolitische Risiken nähmen zu, weil Autokratien im Vergleich zum „Westen“ mächtiger würden und Deutschland zusätzlich „Sonderprobleme“ habe. Dadurch, dass die ehemals hohen Deutschen Fähigkeiten deutlich abnehmen (neg. Wirtschaftswachstumsraten), sei die Ausrichtung der Unternehmen durch vielfältige äußere Faktoren beeinflusst. Die grundsätzliche Schwächung der Unternehmen gepaart mit der eingeschränkten Robustheit machten kommende Krisen gefährlich. Nach den Modellierungsergebnissen wichtigster volkswirtschaftlicher Parameter bestünde eine hohe Gefahr der Inflation. Die Chancen stünden derzeit 50/50 für das Bestehen einer Zinskrise – dies seien die realen Themen, mit denen sich unsere Gesellschaft beschäftigen müsse.

Darüber hinaus warf er einen Blick auf die volkswirtschaftliche Seite und fragte, was belegbar wichtig sei, um Unternehmenserfolge nachhaltig – über Generationen abzusichern. Die Studienlage sei hierzu eindeutig: Qualitätsunternehmen mit hoher finanzieller Nachhaltigkeit/niedrige fundamentale Risiken/resiliente Organisation/eine robuste Strategie/Langfristorientierung/gut vorbereitete „unternehmerische Entscheidungen“ sowie die Fähigkeit im Umgang mit Unsicherheiten (Chancen und Gefahren). Zudem warb er dafür, dass alle Kapitalgesellschaften über eine solide Risikoanalyse und Risikoaggregation verfügen sollten. Abschließend ging er auf § 1 StaRUG ein und auf den Wortlaut „Entwicklungen, welche den Fortbestand der juristischen Person gefährden“. Neu sei der Wortlaut in Bezug auf „fortlaufend“; „geeignete Gegenmaßnahmen“ und „Überwachungsorgan“. Die Rahmenbedingungen lägen nun somit grundsätzlich vor, aber die Umsetzung des Gesetzes sei unzureichend. Er wies darauf hin, dass „Bestandsgefährdende Entwicklungen“ – also schwere Krisen – meist das Ergebnis von Kombinationseffekten von Risiken seien. Daher benötige man quantitative Risikoanalysen und Risikoaggregation mit Bezug auf die Unternehmensplanung (Monte Carlo Simulation) zur Berechnung der „Gefährdungswahrscheinlichkeit“.

Er resümierte, dass grundsätzlich ausreichende Konzepte des Risikomanagements in der Betriebswirtschaft vorhanden seien, diese aber nicht genutzt würden, da sie in der Regel nicht bekannt seien. Die Situation in deutschen Unternehmen sei tatsächlich schwieriger geworden, weil die Risikolage insgesamt größer geworden sei. Konkret problematisch seien die

korrekte Risikowahrnehmung (Pseudokrisen s.o.) sowie der Umstand, dass Mechanismen zur Risikoerkennung bereits vorhanden seien, aber nicht flächendeckend bekannt seien und dass das StaRUG grundsätzlich eine gute Grundlage biete, aber schlecht umgesetzt sei.

Im Anschluss daran referierte Frau *Dr. Kathrin Stohrer*, Deutsche Bank AG, zum Thema „Europäische Harmonisierung des Insolvenzrechts und deutsche Insolvenzantragspflicht“.

Einleitend informierte Sie die Teilnehmenden über die „Basics“ zum Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechte. Neben der Zielsetzung und Entstehungsgeschichte ging sie u.a. auf die Pflichten und Haftungsumfänge der Unternehmensleitung nach dem Richtlinienvorschlag (Art. 36, 37 RL-E), dort die verspätete Insolvenzanmeldung als Ursache niedriger Verwertungserlöse und die zivilrechtliche Haftung bei Pflichtverletzung ein. Sie stellte fest, dass die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO bereits den Vorgaben des RL-E genüge, diese sogar darüber hinaus gingen, gleiches gelte für die Regeln zur Insolvenzverschleppungshaftung. Darüber hinaus nahm sie Bezug auf die Insolvenzantragspflicht in der Coronapandemie und bezeichnete diese als „Spielball der Pandemie“. Sie warf dabei die Frage auf, ob sich die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht in der Coronapandemie bewährt habe und stellte fest, dass eine völlige Überforderung der kleineren Unternehmen durch die sich ständig ändernde Rechtslage erkennbar gewesen sei. Sie ist der Auffassung, dass die Insolvenzantragspflicht grundsätzlich kein disponibles Gut sein sollte, aber mit den derzeit starren Systemen auch nicht alle Situationen abgebildet werden könnten. Zudem ging sie auf die Frage ein, ob der Insolvenzgrund der Überschuldung sinnvoll sei oder nicht. Der Begriff der Überschuldung habe sich im Kontext einer europäischen Vereinheitlichung nicht flächendeckend durchgesetzt. Es sei nicht klar, wie man im Rahmen der Europäisierung mit dem Insolvenzgrund umgehen werde, da er nicht in jedem Mitgliedsstaat vorhanden sei. Sie warf die Frage auf, ob es sich bei dem Begriff der Überschuldung um die Vermeidung einer „Blindflugmentalität“ handle, oder ob er ein „praxisuntaugliches Ungetüm“ sei. Im Ergebnis plädierte sie für eine grundsätzliche Beibehaltung der Überschuldung, aber eine Abschaffung der Strafbarkeitsandrohung.

Zudem wagte sie einen Blick über den Tellerrand in puncto Insolvenzverschleppungshaftung in Europa, (Insolvenzantragspflicht vs. wrongful trading), da das Pflichtenprogramm bereits ausgelöst werde, wenn die Insolvenz absehbar sei. Sie stellte das englische Modell als Prototyp des „wrongful trading“ vor und warf die Frage auf, was das beste Modell für europaweite Harmonisierung darstelle: Die Insolvenzantragspflicht oder der Pflichtenkatalog in der Krise als Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung. Zwingende Argumente für nur ein europaweites Modell seien nicht erkennbar. Je früher Maßnahmen ergriffen würden, desto besser sei der Erfolg, dies sei in beiden Modellen nicht gegeben.

In einem abschließenden Exkurs ging sie auf das geplante vereinfachte Liquidationsverfahren für Kleinunternehmen ein.

Ihrer Auffassung nach könne das „Liquidationsverfahren light“ tiefgreifende Änderungen bedeuten. Es finde eine Verlagerung der Aufgaben des Insolvenzverwalters auf den Schuldner, Gläubiger und Gerichte statt. Die InsO biete ein erprobtes und bewährtes Verfahren zur Abwicklung von Kleinunternehmen. Die geplante Regelung sei mit der Ordnungsfunktion des Insolvenzrechts in dieser Konstellation schwer vorstellbar. Es würde schlichtweg zu einer Überforderungssituation bei Unternehmen in dieser Größe führen. Geregelter Zugangsvoraussetzungen zu diesem Verfahren sollten Mindestvoraussetzung sein. Im Ergebnis sprach sie sich dafür aus, dass ein Wahlrecht der Mitgliedsstaaten hinsichtlich „ob“ und „wie“ des vereinfachten Liquidationsverfahrens dringend erforderlich sei, was bislang aber nicht vorgesehen ist.

Im Anschluss den Vortrag von Frau *Dr. Stohrer* referierte RiBGH, II. Zivilsenat, *Volker Sander* zu einem immer wieder elektrisierenden Thema, der „Kollision von Zahlungs- und Massesicherungspflicht“.

Zunächst führte er in den Gläubigerschutz beim haftungsbeschränkten Rechtsträger ein und stellte die einschlägigen Normen und Rechtsprechung zu den Punkten Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Schutz vor sittenwidriger Gläubigerschädigung dar. Was das Recht aus seiner Sicht nicht leisten könne, sei ein Schutz vor Verlusten. Dies führe dazu, dass unternehmerische Risiken spätestens in der Krise auf die Geschäftsleiter verlagert würden, man unterstelle diesen ein Eigeninteresse aus der Krise rauszukommen. Im Rahmen der Themen Massesicherungs- und Marktaustrittspflicht ging er auf das Zahlungsverbot bei Insolvenzreife und die Insolvenzantragspflicht ein und in puncto Gläubigerinteressen in der Unternehmenskrise nahm er Bezug auf die Gefährdung/Beinträchtigung der Gläubigerinteressen schon vor Insolvenzreife, denn es gebe auch bei pflichtgemäßem Verhalten nur eine geringe Quote und es herrsche eine Risikoaffinität bei Kapitalverlust.

Er nahm Bezug auf die Rechtslage vor dem SanInsFoG und nannte den Gläubigerschutz als Reflex der Pflichten im Innenverhältnis, Anreize für Gläubigerschutz und haftungsbewährte Sanktionen als Präventivmaßnahmen. Nach der Insolvenzreife begründe die drohende Zahlungsunfähigkeit bei Vermögensunterdeckung regelmäßig die Überschuldung und ein Zahlungsverbot. Eine Ausnahme stellten sorgfaltsgerechte Zahlungen und die Antragspflicht (§ 15a InsO) als Marktaustrittspflicht dar. Er stellte zudem die Rechtslage mit dem SanInsFoG dar, insbesondere die Änderung von Zahlungsverbot und Marktaustrittspflicht.

Die Kernfragen vor Eintritt der Insolvenzreife laute: kann sich eine Pflicht zur Massesicherung schon vor Eintritt der Insolvenzreife ergeben? Grundsätzlich bestehe vor Insolvenzreife weiterhin keine Massesicherungspflicht. Es gelte aber ein Gebot der Rücksichtnahme gegenüber den Gläubigern, aus dem sich im Einzelfall entsprechende Pflicht ableiten können. Nach Insolvenzreife laute die Kernfrage: Welches Verständnis vom „ordnungsgemäßen Geschäftsgang“ ist unter Berücksichtigung von Massesicherungspflicht und den vom Gesetz-

geber eröffneten Handlungsoptionen nach Eintritt der Insolvenzreife vorzugswürdig? Dies sei nicht eine auf die einzelne Zahlung bezogene, sondern eine generalisierende Betrachtung, die danach frage, ob die Aufrechterhaltung des Geschäfts entsprechend den Rahmenbedingungen (wirtschaftliche Situation und Insolvenzabweitung) den Interessen der Gläubiger entspreche. Sein Fazit lautete, dass grundsätzlich vor Insolvenzreife weiterhin keine Massesicherungspflichten bestünden, aber ein Gebot der Rücksichtnahme gegenüber den Gläubigern gelte, aus dem sich im Einzelfall entsprechende Pflichten ableiten könnten.

Nach einer diskussionsreichen Pause führte sodann Prof. *Dr. Markus Gehrlein* (RiBGH a.D.) als Leiter der Ständigen Deputation des DRIT im 2. Teil des ersten Kongresstages in die Ergebnisse des Ausschuss I der Ständigen Deputation zum Thema: „Quo vadis Insolvenzantragspflicht – Grundpfeiler oder Spielball des Insolvenzrechts?“ ein.

Erfreulicherweise habe man zu diesem immer wieder sehr kontrovers diskutierten Problemfeld einen sehr breiten und wissenschaftlich höchst ausgewiesenen Expertenkreis gewinnen können. Er stellte die Überlegungen der Arbeitsgruppe vor, insbesondere hob er folgende Themenkreise hervor: Der verstärkte Einbezug der Gesellschafter in die Verantwortung (Gesellschafterversammlung mit in die Vorbereitung einbeziehen und befragen, ob man eine Sanierung durchführen soll)? Können es auch für Privatpersonen eine Insolvenzantragspflicht geben?; § 15b InsO als Insolvenzantragspflicht (insbesondere müsse § 15b Abs. 6 InsO im Hinblick darauf repariert werden, ob Sozialversicherungsbeiträge davon auch erfasst werden sollen, weil dies bislang unklar sei); Zahlungen vom debitorischen Konto würden im Rahmen des § 64 GmbH/§ 15b InsO unterschiedlich gehandhabt, eine unterschiedliche Handhabung in der Praxis sei aber zweifelhaft; Existenzvernichtungshaftung (unterschiedliche Sichtweise verblieben unter Insolvenzrechtlern und Gesellschaftsrechtlern). Sodann ging er auf die Vorstellung der Arbeitsergebnisse des Ausschusses ein, die in der ZInsO 2023, 1983 ff. nachzulesen sind.

Sodann leitete er auf die Diskussion im Plenum über und stellte die Frage: Brauchen wir eine Antragspflicht? Wo muss diese ansetzen? Denn es sei bereits aus der Vergangenheit erkennbar, dass die Politik die wirtschaftlichen Konsequenzen scheue, die die Antragspflicht mit sich brächte. Auf die Frage, ob der Begriff der Zahlungsunfähigkeit beibehalten werden solle, meldeten sich Stimmen aus dem Plenum, dass der Begriff einfacher zu verstehen sein müsse. Man müsse sich bemühen, nicht durch eine weitere Aufspaltung der Rechtsprechung diesen Begriff noch schwieriger verständlich zu machen, dabei sei der Adressatenkreis dieses Begriffes stets im Blick zu behalten. So sprach man sich für eine Aufrechterhaltung des Begriffes und eine – soweit möglich – Vereinfachung des Begriffes aus, gerade auch im Hinblick auf das Anfechtungsrecht. Darüber hinaus wurde die Frage kontrovers aufgeworfen, ob bei der Restrukturierung nach StaRUG an der drohenden Zahlungsunfähigkeit anzuknüpfen sei, oder ob es andere Anknüpfungspunkte gebe. Es sei das grundsätzliche Problem, dass der Zugang zum StaRUG durch die finanzwirt-

schaftliche Situation gesperrt sei, weil drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung in der Regel gleichzeitig vorlägen. Der Anwendungsspielraum für das StaRUG sei kleiner, dies bestätige auch die geringe Anzahl der praktischen Fälle. Daher stelle sich die Frage, ob überhaupt der Nachweis eines gewissen wirtschaftlichen Stadiums (Ausnahme Missbrauch) bzw. ein fest definierter Krisenzeitraum im Sinne einer fest definierten Eingangskontrolle für den Eintritt in das Verfahren benötigt würde: Das Gericht könne ohnehin auch jetzt nur eine Missbrauchs-Vorabprüfung durchführen, eine konkrete Prüfung sei nur ex post möglich. Darüber hinaus stelle es auch einen Widerspruch dar, dass die drohende Zahlungsunfähigkeit immer automatisch mit Überschuldung einhergehe. Es kam daher die Frage auf, wie eine Missbrauchskontrolle durch das Gericht aussehen solle. Abschließend könne man festhalten, dass darüber nachgedacht werden sollte, ob man den Zeitpunkt nicht vorverlagert und an dieser starren Grenze festhalte und eine Missbrauchskontrollen durchführe.

Darüber hinaus beschäftigte sich das Plenum mit der Frage, ob die Überschuldung als Antragsgrund beibehalten werden solle. Sie spiele nur eine sehr geringe Rolle bei der Antragstellung und werde primär als Haftungsgrund genannt, so dass man frühzeitig agieren müsse. Es bestünden erhebliche Zweifel daran, dass ein durchschnittlicher Unternehmer ohne rechtliche Beratung wisse, wann er einen Antrag zu stellen habe. Dies sei wiederum ein rechtstaatliches Problem, wenn dies zusätzlich mit einer Strafe belegt werden solle (Stichwort: Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes). Zumindest die Strafbewehrtheit müsse daher gestrichen werden. Eine andere Stimme im Plenum wies darauf hin, dass Buchhaltungspflichten vorhanden seien und diese jedem die Möglichkeit biete, die wirtschaftliche Lage zu beurteilen (ggfs. mit rechtlicher Beratung). Jemand, der meine, ein Unternehmen führen zu können, müsse auch wissen, wann eine rechtlich relevante Schiefelage eintrete. Ohne Sanktionen machten Verpflichtungen keinen Sinn. Dies führte wiederum zu der Frage, welche Sanktionsmöglichkeiten es überhaupt bei der Insolvenzantragspflicht gebe (die zivilrechtliche Haftung spiele keine Rolle; § 15b InsO sei außer Acht gelassen, dann bliebe nur die strafrechtliche Haftung relevant). Insgesamt lässt sich festhalten, dass eine gewisse Abneigung gegenüber dem Insolvenzgrund der Überschuldung bestand, gleichwohl aber einige Aspekte die Überschuldung beibehaltenswert machten. Nur, weil ein Tatbestand schwierig sei, könne man ihn nicht einfach aus der Welt schaffen. Es sei aber die Frage, wie das Pflichtenprogramm aussehe und ob dieses benötigt werde. Die Überschuldung solle daher aus genannten Gründen beibehalten werden, auch wenn Deutschland sich dann angesichts der geplanten europäischen Richtlinie nicht konform verhalten würde – was es ja auch an manch anderen Stelle nicht tue.

Darüber hinaus ergab sich die Frage, ob die Antragspflicht bleiben solle, oder, ob nur die Haftung bei Weiterwirtschaften trotz Eintritt der Insolvenzvoraussetzungen pönalisiert werden solle. Dafür spreche, dass die Menge der Zombieunternehmen eigentlich dazu zwängen und die systematische Insolvenzverschleppung keine Seltenheit sei. Denkbar sei gegebenenfalls keine Antragspflicht, aber dafür eine Sanierungspflicht. Prof. *Gehr-*

lein führte aus, dass die Strafbarkeit einer Verletzung der Antragspflicht in der Arbeitsgruppe beherrschendes Thema gewesen sei. Bei der Überschuldung sei dies im Ergebnis eher nicht zu sehen, bei Zahlungsunfähigkeit sollte diese aber beibehalten werden. Hauptargument sei hier, dass die Zahlungsunfähigkeit leichter festzustellen sei als die Überschuldung. Insolvenzgründe müssten mit Sanktion hinterlegt sein, weil sonst keine Anreize zur Antragstellung geschaffen würden. Die zivilrechtliche Haftung für Geschäftsleiter sei nicht relevant, nur die strafrechtliche Komponente könnte Abschreckung schaffen. Bei natürlichen Personen könne man keine Antragspflicht voraussetzen, denn hier sei der Hintergrund der Person nicht bekannt. Die Frage, ob es unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten überhaupt möglich sei, eine natürliche Person mit Strafe zu belegen, wenn der Antrag nicht selbst gestellt sei, führte zu einem ein sehr gespaltenen Bild im Plenum.

Darüber diskutierten die Teilnehmer, ob es ausreichend sei, die Geschäftsführung (Leitungsorgane) heranzuziehen oder über § 826 BGB auch die Gesellschafter mit in die Haftung zu nehmen seien. Insbesondere in Fällen der Einflussnahme auf die Weiterführung der Gesellschaft (z.B. durch Abberufung des Geschäftsführers und Einsetzung eines neuen) sei diese Frage relevant. Grundsätzlich solle auch derjenige haften, der im Hintergrund die Fäden ziehe. Hierbei sei allerdings fraglich, ob dies in das System passe, dass das GmbHG vorsehe. Problematisch sei insbesondere die Haftungs begründung. Aus Sicht des Gesellschafters käme nur eine Beteiligungshaftung in Frage, hier stelle sich allerdings die Frage des Normbezugs. Grundsätzlich müsse es für diese Fälle ein Haftungsinstrument geben. Daher wurde die Frage aufgeworfen, wo man dieses aufhängen könne. Im Ergebnis sei dies wohl nicht bei § 826 BGB möglich, aber ggfs. bei § 15b InsO als deliktische Norm. Es mache keinen Sinn, dass der Gesellschafter für etwas anderes hafte als der Geschäftsführer. Zudem kam die Frage auf, wie dies im Vorfeld zu handhaben sei, gegebenenfalls müsse man bei § 15 InsO an die drohende Zahlungsunfähigkeit anknüpfen anstatt an die Überschuldung.

Abschließend fasste Herr Professor *Gehrlein* die Diskussion zusammen und kündigte das weitere Vorgehen zu den Ergebnissen der Arbeitsgruppe und der verschiedenen Diskussionsbeiträge in diesem Zusammenhang an.

An ein sehr schönes gemeinsames Abendessen u.a. mit Thüringer Spezialitäten schloss sich die Abendveranstaltung mit einem höchst spannenden und lehrreichen Vortrag von dem Weltreisenden Speaker Axel Brümmer zum Thema „Weltsichten – 30 Jahre danach. Auf den Spuren einer fünfjährigen Weltumradlung“ an.

Tagungstag 2: 29.9.2023

Der zweite Tagungstag begann unter der Leitung von Prof. *Dr. Hans Haarmeyer* mit einer Podiumsdiskussion zum Thema „Disponibilität von Recht in Krisenzeiten“. Teilnehmende waren *Inken Gallner*, Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts, *Marie-Luise Graf-Schlicker*, Ministerialdirektorin a.D. und Prof. *Dr. Heribert Hirte*, Universität Hamburg, bis 2021 stell-

vertretender und kommissarischer Vorsitzender des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages.

Eingangs stellten die Diskussionsteilnehmenden fest, dass die Insolvenzgerichte in Deutschland noch nicht so aufgestellt seien, wie sie aufgestellt sein sollten. Es gäbe mittlerweile eine hoch qualifizierte Verwalterschaft, aber keine ebenbürtig aufgestellten Gerichte. Es gehe aber kein Weg an einer guten Qualifizierung der Justiz vorbei, um die vielfältigen Aufgaben, die die Justiz habe (Stichwort dritte Gewalt) auszuführen. Es sei wichtig, dass die Bedeutung einer unabhängigen Justiz für den Rechtsstaat deutlicher werde. Es finde schlichtweg eine Ausschaltung der Unabhängigkeit der Gerichte statt, wenn keine finanziellen Mittel für eine bessere Ausbildung und Ausstattung der Justiz freigegeben würden. Die Mehrheit der Bundesländer torpediere dies. Auch bestünde besonders das Problem einer zu großen Feinzeiselierung der verschiedenen Gerichtsbarkeiten, dies gebe es im Ausland nicht. Gerade die Spezialisierung im Insolvenzrecht wiederum sei jedoch auch wegen der wirtschaftlichen Bedeutung eminent wichtig. Insbesondere auch die Zusammenarbeit der Gerichte sei wichtiger denn je. Es kam die Frage auf, warum nicht bereits in der Ausbildung eine Spezialisierung herbeigeführt werden könne. Dagegen spreche jedoch, dass in Deutschland immer noch der „Einheitsjurist“ präferiert werde, da nur er (angeblich) in der Lage sei, das große Ganze zu sehen. Je spezialisierter die Materie, desto einfacher sei zudem auch der Einfluss für Interessengruppen und Lobbyisten. Darüber hinaus beschäftigten sich die Diskussionsteilnehmenden mit der Frage, warum man keine Transparenzprozesse auf die Justiz erstrecken könne, insb. Auswahl/Beförderungsverfahren. Dies führe dazu, dass sich diese Prozesse faktisch der demokratischen Kontrolle entziehen und letztlich im Rahmen von Konkurrentenklagen gerichtlich würden. Es wurde darauf hingewiesen, dass es insbesondere wichtig sei, dass in der juristischen Ausbildung praxisnäher dargestellt werde, wie Recht tatsächlich in der Praxis gemacht werde: vom Entwurf bis zur Verkündung im Bundesgesetzblatt. Dies sei u.a. Grundvoraussetzung für die Fähigkeit sich neue Gesetze erschließen und diese sachgerecht anwenden zu können. Die Verantwortung dafür liege insbesondere bei den Universitäten, ebenso wichtig sei dort aber auch im Rahmen der juristischen Vergangenheitsaufbereitung die Rolle der Justiz im Dritten Reich immer wieder zu thematisieren und auf die Gefahren für den Rechtsstaat von innen hinzuweisen. Es fehle leider auch heute noch an dem notwendigen Bewusstsein, dass Recht sich nie in einem politischen Freiraum bewege, denn Gesetze seien nichts anderes als geronnene Politik, sodass insoweit Recht und Politik in einem unauflösbaren Verhältnis zueinander stünden.

Abschließend wurde auf das Thema Arbeitszeiterfassung eingegangen, dass durch eine Entscheidung des EuGH maßgeblich geprägt worden ist. Hier stünden sich diametral entgegengesetzte Interessen gegenüber. Die Justiz sei als dritte Gewalt die schwächste, dennoch kontrolliere sie die anderen Gewalten und die Gerichte müssten mit Justiz und Politik im Gespräch bleiben.

An die sehr angeregte und anregende Podiumsdiskussion schloss sich der Vortrag von Prof. Dr. Heinrich Schoppmeyer,

Vorsitzender Richter am BGH, IX. Zivilsenat, zu den „Leitlinien der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Vergütungsrecht“ an.

Er nannte vorab die Auswahl und die Vergütung des Insolvenzverwalters als zentrale Themen. Die gesetzlichen Regelungen für die Vergütung des Insolvenzverwalters fielen knapp aus (§ 63 ff. InsO), es finde weitestgehend eine Ausgestaltung durch die InsVV und die Rechtsprechung statt. Es sei insbesondere die Frage, wie eine angemessene Vergütung gewährleistet werde. Eine Regelung finde sich hierzu in § 63 Abs. 1 Satz 1 InsO, die auch für den vorläufigen Insolvenzverwalter und Sachwalter gelte. Zudem gebe es auch eine verfassungsrechtliche Implikation in Art. 12 GG. Die Vergütung sei daher auch nach verfassungsrechtlichen Grundsätzen auszulegen. Dies versuche der IX. Zivilsenat zu gewährleisten, nicht immer zur Freude aller Beteiligten. Vor diesem Hintergrund stellte Schoppmeyer sodann die vergütungsrechtlichen „Leitlinien“ der Rechtsprechung seines Senats vor.

Die Tätigkeitsvergütung – so führte Schoppmeyer aus – ziele auf die bloße ausgeübte Tätigkeit ab, nicht aber auf deren Qualität. Die einzige Grenze – als Notfallgrenze für Extremfälle – stelle die schwere subjektiv vorwerfbare Pflichtverletzung dar. Es bestünde aber gleichwohl ein Mindestanspruch an die Mindestqualität der Tätigkeit. Wer die Angemessenheit im Einzelfall festlege, sei Sache des Gesetzes und des Ordnungsgebers (Regelungs-/Prognosespielraum). Es bestünde ein Gestaltungsspielraum, die Art und Höhe der Vergütung auszuformen. Der Überprüfung unterliege oft nur die Untergrenze. Ein Inflationsausgleich finde nicht statt, es stelle sich daher die Frage, wer befugt sei darauf zu reagieren. Dies sei jedoch nicht Aufgabe des Richters, da dieser nur die Untergrenze kontrolliere. Den Grundsatz stelle die leistungsangemessene Vergütung dar.

Anschließend ging er auf den Regelsatz der Vergütung (bezogen auf den Wert der Insolvenzmasse) und die Bestimmung der Berechnungsgrundlage ein. Er warf in diesem Kontext die Frage auf, was alles zum Wert der Insolvenzmasse zähle und stellte die Frage, was überhaupt verteilungsfähiges Vermögen sei. Hierfür sei der Wert der Insolvenzmasse bei Beendigung des Verfahrens entscheidend (alle Vermögenswerte, die nach dem Zuflussprinzip der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung dienen [Zufluss aus Verwertungserlösen; Erlös aus Anfechtungsansprüchen und Grenzen des Zuflussprinzips: bei Unternehmensfortführung nur der Überschuss; Rückfluss von Prozesskosten; Kosten des Prozessfinanzierers]).

Im Rahmen der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters ging er darauf ein, dass sich der Wert der Insolvenzmasse danach richte, welche Vermögensgegenstände der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters unterlägen. Demgemäß sei Leitlinie, ob ein Vermögenswert zum Zeitpunkt der Beendigung der zu vergütenden Tätigkeit zu dem gesicherten und verwalteten Vermögen gehöre. Abschließend erläuterte er, wie Zu- und Abschläge bemessen würden: Maßgeblich sei, ob die Bearbeitung im konkreten Fall den Verwalter stärker oder schwächer als in entsprechen-

den Verfahren üblich in Anspruch genommen habe, mithin der tatsächlich gesteigerte oder verringerte Arbeitsaufwand. Es sei daher zwingend auch vom BGH entschiedene Einzelfälle stets auch als Einzelfälle zu verstehen und zu bewerten. Die Arbeit des Verwalters sei in der vergütungsrechtlichen Betrachtung grundsätzlich tätigkeitsbezogen und nicht qualitäts- und inhaltsbezogen. Fraglich sei daher im Einzelfall, wie ein „entsprechendes“ Verfahren in abstracto aussehe. Entscheidend sei, dass eine Gesamtwürdigung und Gesamtbetrachtung immer zusammengelesen werden müsse. Es habe im Rahmen der Gesamtbetrachtung eine genaue Prüfung und Beurteilung aller für einen Zu- oder Abschlag in Frage kommenden tatsächlichen Umstände zu erfolgen (keine Addition), auch um Doppelvergütungen zu vermeiden. Die Maßstabsverschiebung diene im Rahmen der Gesamtwürdigung sodann als Messlatte der rechtlichen Kontrolle.

Im Anschluss daran folgten Beiträge zum Thema „Reform des Vergütungsrechts“ der Ständigen Deputation (Ausschuss II), die von Herrn Professor *Gehrlein* eingeleitet wurden.

Zunächst warf Prof. *Dr. Sebastian Mock*, Wirtschaftsuniversität Wien, einen „Rechtsvergleichender Blick auf die Vergütungssysteme in Europa und den USA“.

Einleitend stellte er fest, dass Rechtsvergleichung immer großen Schwierigkeiten ausgesetzt sei, denn es bestehe schlichtweg die Gefahr des Vergleichs von Äpfeln mit Birnen. Er stellte die Frage, warum Rechtsvergleichung überhaupt stattfindet. Im Ergebnis liefere eine solche Betrachtung immer interessante Anregungen und Selbstüberprüfung. Zudem nähmen grenzüberschreitende Insolvenzverfahren an Bedeutung zu und letztlich böten die Harmonisierungsbestrebungen auf europäischer Ebene einen Anlass über den Tellerrand zu blicken. Er habe dafür Rechtsordnungen herausgegriffen, bei denen grundsätzlich eine Überschneidung mit Deutschland bestünde, aber auch einzelne Besonderheiten erkennbar seien:

Zunächst ging er auf unser Nachbarland Frankreich ein. Hier bestünde eine Tendenz zur Gerichtslastigkeit und präventiver Krisenbewältigung. Die Festsetzung des Vergütungsbeschlusses orientiere sich an der tatsächlich erbrachten Leistung. Im klassischen Insolvenzverfahren bestehe eine Gebührenordnung. Wer über die Vergütung entscheide werde nach Vergütungshöhe eingeteilt. Überdies bestehe eine generelle Einbeziehung der Staatsanwaltschaft. In Spanien seien verschiedene Faktoren maßgeblich. Es gebe einen Höchstbetrag, von dem nur in Ausnahmesituationen abgewichen werden könne. Zudem bestünde eine Finanzierung von massearmen Verfahren über ein Umlagesystem (Fonds). In unserem Nachbarland Österreich werde die Vergütung ähnlich wie in Deutschland gehandhabt, es bestünden aber kleine Besonderheiten. So existiere ein massebasierter Grundtatbestand, d.h. eine Grundvergütung von 3.000 EUR. Dafür werde aber eine generelle Zurückhaltung bei Erhöhungstatbeständen und Minderungstatbeständen geübt. Das Festsetzungsverfahren allerdings sei sehr schwammig und es existierten dazu keine Gerichtsentscheidungen. Zudem bestünde ein ausdrückliches Verbot von

Vergütungsvereinbarungen. Stark vom deutschen Recht abweichen würden die Vergütungsregeln in England/Wales. Hier existierten drei verschiedene Vergütungssysteme parallel. Relevant seien verschiedene Faktoren, die Wahl des Vergütungssystems finde durch den Gläubigerausschuss, die Gläubigerversammlung, oder schließlich durch das Gericht (in dieser Reihenfolge) statt. Zudem finde eine gerichtliche Überprüfung der Festsetzung statt. Die Zulässigkeit von Vergütungsvereinbarungen sei nicht ausdrücklich geregelt. Ebenfalls abweichend vom deutschen System sei der Ansatz im System die Vereinigte Staaten von Amerika. Dort orientiere sich die Vergütungshöhe und der Auslagensatz allein an der Angemessenheit, ohne dazu es dazu ausführende Regelungen gäbe. Die Fortentwicklung finde ausschließlich durch case law statt. Im Ergebnis sei diese stark an der anwaltlichen Vergütung orientiert. Die Berechnungsgrundlage basiere auf einer angemessenen Zahl von Stunden multipliziert mit einem angemessenen oder allgemein üblichen Stundensatz. Zudem existiere eine absolute Grenzen der Vergütung, diese wiederum orientiere sich an Masse und Prozentsätzen. Vergütungsvereinbarungen seien nicht zulässig, überdies habe der Schuldner die Pflicht zur Offenlegung der im Vorfeld erbrachten Sanierungsberatervergütungen.

Er, *Mock*, schlussfolgerte, was der daraus rechtsvergleichender Ertrag sei: Man könnte festhalten, dass teilweise erhebliche Abweichungen bestünden, insgesamt es gebe es aber kein dominantes System (sowohl in Bezug auf die Bemessung als auch auf die Art der Festsetzung). Man könne aber eine Anknüpfung an die Masse (mit teilweisem Erfolgsbezug) oder an den tatsächlichen zeitlichen Aufwand festhalten. Zudem sei eine Quer- oder Mischsubventionierungen als Regelungsansatz eher selten anzutreffen (s. Spanien). Es bestünde keine zwingende gerichtliche Festsetzung der Vergütung. Zudem gebe es verschiedene Regelungsansätze für eine tatsächliche Überprüfung der Vergütung bzw. Zur Vermeidung exzessiver Vergütungen.

Nachfolgend stellte Prof. *Dr. Hans Haarmeyer*, Direktor des Deutschen Instituts für angewandtes Insolvenzrecht e.V., die Arbeitsergebnisse des Ausschusses vor, der von ihm geleitet wurde. Die Arbeitsergebnisse sind in ZInsO 2023, 1528 ff. nachzulesen.

Er benannte zwei in der Arbeitsgruppe konsentiertere Ziele: Einerseits müsse die Handhabbarkeit des Vergütungsrechts und des Festsetzungsverfahrens für die Gerichte einfacher gemacht werden und andererseits müsse die zu erwartende Vergütung für Verwalter im Laufe des Verfahrens möglichst gut kalkulierbarer gemacht werden als dies aktuell der Fall sei.

Diese Eckpunkte der Arbeit stellten die Beteiligten vor die Frage: Systemwechsel oder im System bleiben? Es bestünde insgesamt die Einigung darüber, dass man im bisherigen System bleiben müsse, weil im Ergebnis die derzeitigen Probleme maßgeblich in der Rechtsanwendung in der Praxis und nicht im System liegen. Es sei daher aus der Sicht der Arbeitsgruppe besonders wichtig, weitestgehend unbestimmte Rechtsbegriffe zu vermeiden oder so auszufüllen, dass sich Handlungsanleitungen ergeben, um Unklarheiten vorzubeugen. Die

originäre Festsetzungskompetenz des Gerichts solle beibehalten werden, jedoch solle im Einzelfall die Vergütung des Verwalters sowie die Höhe des Stundensatzes in einem Insolvenzplan mit Zustimmung aller Beteiligten und Betroffenen verbindlich geregelt werden können. Gleichwohl habe aber auch in einer solchen Konstellation am Ende das Gericht immer noch eine Missbrauchskontrolle durchzuführen. Die Vielzahl der Zuschlagstatbestände müsse deutlich begrenzt werden, aber im Ausgleich müsse die Staffilvergütung soweit angehoben werden, dass grade für die kleinen und mittleren Verfahren ein angemessener Vergütungssockel verbleibe. Faktisch bedeute dies eine Verdopplung der Staffelsätze und Begrenzung der Zuschläge auf sechs Tatbestände. Die Situation sei heute schlichtweg anders als in 1999: Viele Aufgaben übernahmen die Verwalterbüros heute nicht mehr selbstständig, sondern lagerten die Insolvenzabwicklung in großen Teilen aus. Daher stelle sich die Frage, wie man dieses System so in den Griff bekomme, dass auch den mittelständischen Kanzleien noch eine auskömmliche Vergütung verbleibe. Im Ergebnis sei eine Berechnungsgrundlage als Bezugsgröße – d.h. so, wie sie jetzt in § 1 InsVV geregelt sei – zielführend, bereinigt um ein paar Faktoren (schlanker gestaltet und redaktionell verändert).

Prof. Dr. Haarmeyer stellte dann den Regelungsvorschlag der Arbeitsgruppe im Einzelnen vor und erläutert die sich damit

verbindenden Erwartungen und Argumente. In der anschließenden lebendigen Diskussion wurden einzelne Regelungen hinterfragt und bemängelt, dass sich auch in diesem Entwurf wieder Schlupflöcher fänden, die im Ergebnis dazu führen könnten, dass sich auch nach einer Reform die Praxis nicht wirklich ändern werde. Andererseits wurde auch anerkannt, dass eine graduelle Weiterentwicklung – wie vorgeschlagen – die größte Chance auf eine tatsächliche Verwirklichung und mithin Verbesserung der aktuellen Situation habe.

Abschließend fasste Professor Gehrlein die Diskussion zusammen und kündigte an, dass sich die beiden Arbeitsgruppen mit den Diskussionsergebnissen beschäftigen und dann ggf. noch Änderungen vorschlagen bis dann die Mitgliederversammlung des DRIT über die finalen Ergebnisse abstimmen werde.

Abschließend lässt sich festhalten, dass das Programm des zweiten Deutschen Restrukturierungs- und Insolvenzgerichtstags erneut inhaltlich höchst anspruchsvoll und informativ war. Insbesondere die lebhaften Diskussionen im Plenum und auf den Tagungsfluren sowie die thematisch aufeinander abgestimmten Vorträge bieten einen echten Mehrwert für jede/jeden Teilnehmenden. Der Termin des Dritten Restrukturierungs- und Insolvenzgerichtstags steht auch schon für 2024 fest, er wird am 19. und 20.9.2024 wieder in Erfurt stattfinden.

Aktuelles zum Insolvenzstrafrecht

Tagungsbericht zum 7. Kölner Insolvenzstrafrechtstag am 2.11.2023

OStA a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

Nach einer mehrjährigen pandemiebedingten Pause fand am 2.11.2023 im Hotel Eden Früh am Dom der diesjährige Kölner Insolvenzstrafrechtstag statt, wiederum als Gemeinschaftsveranstaltung der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV), des Deutschen Instituts für angewandtes Insolvenzrecht e.V. (DIAI), des Kölner Anwaltvereins (KAV) und der ZInsO. Die hohen Erwartungen der mehr als 60 Teilnehmer wurden ausnahmslos erfüllt.

I. Neues aus Berlin und Brüssel – Ministerialdirektorin a.D. Marie-Luise Graf-Schlicker

Nach der Begrüßung und ersten Einführung durch Marina Nießen (KAV) und Dr. Christina Brosthaus (WisteV) gab Marie-Luise Graf-Schlicker, vor dem Eintritt in den Ruhestand langjährige Leiterin der Abteilung Rechtspflege im BMJV, wie schon in den vergangenen Jahren einen umfassenden Überblick zu aktuellen Entwicklungen des Insolvenz- bzw. Insolvenzstrafrechts in Deutschland und Europa.

1. Europarechtliche Aspekte

Die Referentin erörterte zunächst ausführlich den Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrecht,¹ der zum einen das Ziel verfolgt, die Kapitalmarktunion voranzutreiben und grenzüberschreitende Investitionshindernisse zu minimieren, zum anderen Möglichkeiten schaffen will, Insol-

venzverfahren europaweit effektiver abzuwickeln.² Die hierzu gebildete Expertenkommission hat verschiedene Aspekte untersucht und Vorschläge gemacht.

Im Zusammenhang mit Anfechtungsfragen soll vor allem der Schutz der Gläubiger im Mittelpunkt stehen. Zwar räumt der Entwurf den nationalen Gesetzgebern einen gewissen Spielraum für die rechtliche Ausgestaltung des Anfechtungsrechts ein. Teilweise sollen bspw. aber vom aktuellen deutschen Insolvenzrecht abweichende (kürzere) Anfechtungsfristen gelten, so dass sich hier ein entsprechender Umsetzungsbedarf ergeben wird. Überdies würde die Auslegungshoheit, sollte

¹ Abzurufen unter https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:-8adadc6c-76e9-11ed-9887-01aa75ed71a1.0020.02/DOC_1&format=PDF bzw. unter https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2023/0001-0100/25-23.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

² Zu der Richtlinie etwa Lissner, ZInsO 2023, 1610; Heyer, ZVI 2023, 85; s. auch Pape/Pape, ZInsO 2023, 926.