

Zur Orientierung ein Stück weit vorgedacht



Prof. Dr. Christoph Thole

Nürnberg. Der Arbeitskreis Reorganisation, Sanierung und Insolvenz der Juristischen Gesellschaft Mittelfranken zu Nürnberg e. V. hatte am 17.07.2018 zum jährlichen Festvortrag geladen. Zum Thema »Entwicklungslinien und Zukunftsperspektiven des Insolvenzrechts« sprach vor rund 100 Teilnehmern Prof. Dr. Christoph Thole, Direktor des Instituts für Verfahrensrecht und Insolvenzrecht sowie des Instituts für Internationales und Europäisches Insolvenzrecht an der Universität zu Köln. So kamen der präventive Restrukturierungsrahmen, das Berufsrecht für Verwalter und Konflikte mit anderen Rechtsgebieten zur Sprache.

Text: Rechtsanwalt Dr. Markus Wimmer, Dr. Beck & Partner

Man stehe vor tiefgreifenden Veränderungen, so die Eingangsworte von RA Dr. Hubert Ampferl. Neben einer nachlassenden Dynamik der wirtschaftlichen Entwicklung spüre man derzeit einen Wandel im wirtschaftspolitischen Klima, der negativ auf die Realwirtschaft durchschlagen könnte. Während auf nationaler Ebene die Regierung Rahmenbedingungen zur Einführung eines Berufsrechts und der Zulassung schaffen wolle, stehe auf europäischer Ebene der EU-Richtlinienentwurf zur Umsetzung an. Die Praxis beschäftigt sich indes noch immer mit den Neuerungen vergangener Tage, beispielsweise des ESUG. Umso mehr bedarf es in diesen Zeiten der »Vordenker«, die den Beteiligten besonnene Orientierung geben, so Ampferl im Prolog zum Festvortrag.

Vor dem Hintergrund des immer mehr an Bedeutung gewinnenden Sanierungsgedankens beleuchtete Prof. Dr. Christoph Thole sodann die Ambivalenz von Liquidation und Sanierung. Mit einem bilderreichen Streifzug von den römischen Wurzeln über die Sanierung in der Zeit vor der InsO bis hin zum ESUG veranschaulichte er kurz die Entwicklung des Sanierungsgedankens. Echte Sanierung sei vor dem ESUG aufgrund des Blockadepotenzials der Gesellschafter nur bedingt möglich gewesen. Dieses wurde nun abgebaut. Gleichwohl bleibe die genannte Ambivalenz, insbesondere wenn das Insolvenzrecht zu sachfremden Zwecken, wie etwa zum Schutz des Fiskus oder der Arbeitsplätze, instrumentalisiert werde. Gründe eines »Sanierungshypes« suchte Thole anschließend etwa in der unreflektierten Adaption von Ideen des Chapter-11-Verfahrens oder im Wettbewerb der Rechtsordnungen. Sanierung sei im Grunde gut, aber übersteigert, so Thole weiter. Es gelte daher aufzupassen: Sanierung dürfe nicht zum Selbstzweck werden. Folgeinsolvenzen seien die schlechteste aller Optionen. Daher äußerte er gewisse Bedenken, wenn Insolvenzverwalter ausschließlich an ihrer Sanierungsleistung gemessen werden.

Mit Anmerkungen zum internationalen Wettbewerb sollte es weitergehen. So werde nach Ansicht Tholes das Phänomen des Forum Shopping durch Verlagerung des COMI überschätzt.

Gleichzeitig könne man, so Thole weiter, spätestens seit der EU-Kommissionsempfehlung von 2014 eine rege Gesetzgebungstätigkeit in Europa beobachten, wie etwa in Frankreich die Erweiterung des *Sauvegarde accélérée*. Außerdem gebe es weitere Harmonisierungsbestrebungen, wobei angesichts der vielen Schnittstellen zu anderen Rechtsgebieten durchaus Skepsis angebracht sei.

Im Anschluss beschäftigte sich Thole mit dem präventiven Restrukturierungsrahmen als neuen Impulsgeber. Spannend werde vor allem sein, wie das in Art. 3 genannte Frühwarnsystem in Deutschland umgesetzt werde. Zur Sprache kam – neben dem an den Insolvenzplan angelehnten Restrukturierungsplan – auch der Schutz von Zwischen- und Neufinanzierungen, die künftig nur schwer angefochten werden könnten. Insgesamt werde die Richtlinie aber nur den Rahmen und kein echtes, durchgängiges Verfahren bieten. Zu groß sei die Sorge der Kommission, dass die Justiz in einzelnen Mitgliedstaaten nicht funktioniere. Eine der Folgerungen Tholes: Aufgrund möglich weitgehender Eingriffsrechte könnte es zu einer Entwertung des Insolvenzverfahrens kommen. Entscheidende Frage wird sein, inwieweit eine Anlehnung an das klassische Insolvenzverfahren stattfindet.

Rückbewegung zur unabhängigen Person

Im Hinblick auf den Verwaltermarkt stellte Thole sodann die Frage nach der Figur eines Restrukturierungsverwalters, bei dem es sich um keinen klassischen Insolvenzverwalter handeln werde. Jedoch seien dessen Aufgaben sowie Bestellung unklar. Neue Betätigungsfelder könnten sich indes ergeben, sollte der Vorschlag des Rechtsausschusses des EU-Parlaments (JURI), einen externen Sachverständigen zur Erfolgswahrscheinlichkeit des Plans einzusetzen, Wirklichkeit werden. Insgesamt lasse

sich der Trend einer Vermischung von Beratung und Verwaltung ausmachen. Zwar sei das Verfahren von Beratern getrieben, jedoch werde es zu einer Rückbewegung kommen, wenn das Erfordernis unabhängiger Personen erkannt werde.

Als Nächstes beleuchtete Thole die allgemeinen Entwicklungen des Berufsbilds und Berufsrechts in vier Aspekten. Für die grundsätzliche Frage, wer Verwalter sein darf, sei es für ihn mit einem Blick auf Frankreich und England entscheidend, stärkere gesetzliche Vorgaben zu machen. Eine Prüfung wäre daher angemessen. Nur das Problem des Prüfungsmaßstabs, was einen guten Verwalter ausmacht, bleibe. Zudem wird man auch künftig eine Auswahlliste brauchen, soweit die Gerichte weiterhin bestellen sollen. Hierzu skizzierte Thole kurz die verschiedenen Ansätze zur Qualitätsmessung. Die Vergabe von Punktwerten, wie sie einzelne Gerichte praktizierten, sei kritisch, möglicherweise sogar verfassungswidrig. Zugleich müsse die Frage, wer die Listen führt, geklärt werden. Entscheidend für Thole bleibe aber nach wie vor die konkrete Auswahlentscheidung. Zumindest wäre allen geholfen, wenn der Gesetzgeber noch stärker die Voraussetzungen darlegen würden. In den Anfängen liegt auch die Diskussion zur Einführung einer Kammer, die u. a. einerseits den Vorteil einheitlicher Berufsstandards bieten würde. Andererseits ergäben sich damit zusätzliche Abgrenzungsfragen zur Rechtsanwaltskammer in Bereichen wie etwa der Verhaltensregeln oder der Rentenversorgung. Sodann lenkte Thole den Fokus noch auf Fragen des materiellen Berufsrechts und thematisierte die Doppelvertretung von Gesellschaftern/GF und Gesellschaft. Auch ob die Tätigkeit als CRO und gleichzeitige anwaltliche Beratung der Gesellschaft einen Verstoß gegen § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO darstelle, sei ebenfalls noch ein ungeklärtes Problem.

Anschließend befasste sich Thole kurz mit der Rolle der Justiz und bemängelte u. a. die derzeitige Organisationsstruktur. Insbesondere bewertete er die »Zweiteilung« der Richterschaft – Stichwort Voll- und Teilreferate – als keine gute Entwicklung. Zugleich formulierte Thole die Frage, ob man mit Blick auf Österreich auch hierzulande stärker zwischen Unternehmens- und Kleininsolvenzen unterscheiden sollte. Zumindest habe man aber mit § 2 Abs. 3 InsO für den Bereich des Konzerninsolvenzrechts die Möglichkeit einer stärkeren Verfahrenskonzentration geschaffen, was auch für andere Bereiche wünschenswert wäre.

Sodann veranschaulichte Thole den Konflikt des Insolvenzrechts zu anderen Rechtsgebieten und den damit erforderlichen Abstimmungsbedarf exemplarisch anhand der Entscheidung des OLG München vom 14.05.2018 (31 Wx 122/18), die sich mit gesellschaftsrechtlichen Befugnissen im Insolvenzverfahren be-

schäftigte. So ist die Einberufung der Hauptversammlung durch eine Aktionärsminorität nach § 122 AktG weder durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch durch die Regelung zur Eigenverwaltung in § 267 a InsO generell ausgeschlossen. Auch die Einleitung eines Insolvenzplanverfahrens begründet keine Sperre, was Thole als sehr fragwürdig bezeichnete. Trotz zunehmender Entscheidungen sei aber längst nicht alles geklärt, wie der folgende Überblick zu § 19 SchVG deutlich machte.

Haftung des Generalbevollmächtigten noch unklar

Zum Schluss seines Vortrags widmete sich Thole dem aus seiner Sicht »letzten Trend« – der Haftung Dritter. Jüngstes Beispiel hierfür: die Entscheidung des BGH vom 26.04.2018 (IX ZR 238/17), in der dieser eine Haftung des Geschäftsführers in der Eigenverwaltung analog §§ 60, 61 InsO erstmals postulierte. Zwar liege damit nun eine höchstrichterliche Antwort auf eine der zentralsten Fragen der letzten Jahre vor, jedoch führe dies zu Folgefragen, wie etwa der Haftung von Generalbevollmächtigten. Schon früher hatte der BGH die Frage der Haftung von Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern geklärt (Urt. v. 26.01.2017 – IX ZR 285/14). Voraussetzung ist hiernach, dass der Jahresabschluss angesichts einer bestehenden Insolvenzreife der Gesellschaft objektiv zu Unrecht von Fortführungswerten ausgeht, so der BGH. Der Steuerberater sei verpflichtet zu prüfen, ob sich auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und der ihm sonst bekannten Umstände tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten ergeben, die einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen können. So treffe den Steuerberater eine Hinweispflicht, wenn Zweifel an der Fortführungsprämisse und für Insolvenzreife sprechende Umstände offenkundig sind, so die wesentlichen Aussagen. Der Versuch, Dritte in Anspruch zu nehmen, werde sich fortsetzen. Der Verwalterschaft rät Thole hingegen zur professionellen Anspruchsdurchsetzung.

Das Resümee des Abends: Der Trend zur Sanierung bzw. Restrukturierung werde auch künftig anhalten. Einhergehen werde damit zugleich eine weitere Teilung des Verwaltermarkts. Neben der Frage, ob es die Justiz schaffen wird, sich zu modernisieren, sei vor allem auf Verwalterseite die schwierige Debatte über ein Berufsrecht zu führen. Zusätzlich werde es durch die Umsetzung des Restrukturierungsrahmens in deutsches Recht zu einer starken Bewegung kommen. Abstimmungsfragen zu anderen Rechtsgebieten würden nach wie vor bleiben, so das abschließende Fazit. «