

# ZRI 2023, 1027

**Bitter, Georg/Haarmeyer, Hans/Pape, Gerhard (Hrsg.), Festschrift für Markus Gehrlein zum 65. Geburtstag,**

2022, Carl Heymanns Verlag, XXIV, 627 S., 149 €, ISBN 978-3-452-30089-8.

Es ist durchaus ein Wagnis, eine Festschrift für einen Jubilar zu erstellen, dessen wissenschaftliches Interesse so breit gefächert ist wie das von *Markus Gehrlein*. Bereits ein erster Blick in die von langjährigen Wegbegleitern herausgegebene Festschrift zeigt, dass dieses Unterfangen in hervorragender Weise gelungen ist. Nicht weniger als 43 Autoren haben Beiträge zum Insolvenz- und Restrukturierungsrecht sowie zum Zivilrecht einschließlich des Wertpapierrechts, zum Recht der freien Berufe und nicht zuletzt zum Zivilprozessrecht verfasst. Angesichts der Thematik der ZRI mag es der Leser dem Verfasser nachsehen, wenn sich die folgende Besprechung auf das Restrukturierungs- und Insolvenzrecht beschränkt.

Dass die vorliegende Festschrift eine der ersten ist, in der das am 1. 1. 2021 in Kraft getretene StaRUG aufscheint, verwundert nicht, hat doch der Jubilar das „neue“ Restrukturierungsrecht von Anfang an mit Aufsätzen begleitet, die dem Leser Grundgedanken, Aufbau und erste Probleme des Gesetzes erläutert haben. So passt es in besonderer Weise zum Thema, dass sich *Georg Bitter* in seinem auf S. 27 ff. abgedruckten Beitrag eingehend der Bedeutung des § 2 Abs. 2 StaRUG für Kreditverträge widmet. Er kommt dabei unter anderem zu dem zutreffenden Schluss, dass in der vorgenannten Vorschrift ein Grundgedanke des Restrukturierungsrechts zum Ausdruck kommt, nach dem im Restrukturierungsplan einem vertraglichen Gläubiger keine neuen, von ihm nicht bereits durch (ungesicherte) Vorleistung eingegangenen Risiken auferlegt werden dürfen. Bereits die vorgenannten Ausführungen zeigen, wie viele Probleme im Restrukturierungsrecht noch zu lösen sind. Das betrifft auch die Begründung und Ausgestaltung einer Restrukturierungshaftung, der sich *Gerrit Hözle* widmet (S. 261 ff.). Obwohl hier noch vieles durch die Rechtsprechung geklärt werden muss, dürfte es ein tragfähiger Ansatz sein, Geschäftsleiter zumindest ab dem Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit dazu anzuhalten, die für die Sanierung der Gesellschaft notwendigen Maßnahmen zu ergreifen.

Thematisch passend hierzu kommt *Carsten Schäfer* in seinem Beitrag über Geschäftsleiterpflichten in der Krise zu dem Ergebnis, dass die §§ 32, 43 StaRUG eine Pflicht der Organträger im Hinblick auf ein konkretes Restrukturierungsvorhaben konkretisierten und der sich daraus ergebende Schadensersatzanspruch gegen die Geschäftsleiter im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit des Schadens, die Beweislast und die Verjährung von den gesellschaftsrechtlichen Organhaftungstatbeständen der §§ 93 AktG, 43 GmbHG abweiche (S. 491 ff.).

Wie Leasingverträge im Restrukturierungsverfahren zu behandeln sind, erläutert *Manfred Obermüller* auf S. 391 ff. Obwohl durch den Restrukturierungsplan auch Eingriffe in Sicherheiten zulässig seien, würden Leasingverträge vom Restrukturierungsverfahren des Leasingnehmers nicht erfasst, da dem Leasinggeber ein Aussonderungsrecht zustehe. Daraus kann allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass Verträge im Restrukturierungsverfahren nicht beendet werden könnten – ganz im Gegenteil. Unter welchen Voraussetzungen das der Fall sein kann, erläutert eingehend *Hanns Prütting* (S. 485 ff.). Dass das vielfach kritisierte StaRUG auch recht-

ZRI 2023, 1028

liche Fortschritte enthält, wird oft übersehen. *Lars Westphal* und *Florian Liedl* zeigen in diesem Zusammenhang auf, dass die Regelungen des StaRUG gegenüber starren Prioritätsregelungen vorteilhaft sind (S. 589 ff.). Die praktische Durchführbarkeit grenzüberschreitender (öffentlicher) Restrukturierungsverfahren erläutert schließlich *Andreas Piekenbrock* (S. 455 ff.) an der EuInsVO 2015, der Brüssel-IA-VO, der Rom I-VO und dem autonomen Kollisionsrecht.

Korrespondierend zum Schaffen des Jubilars widmen sich die meisten zu besprechenden Beiträge dem Insolvenzrecht. Die Brücke zwischen diesem und dem Restrukturierungs- und Vertragsrecht schlägt *Christoph Paulus* (S. 425 ff.), der grundlegende Charakterisierungen dieser Rechtsgebiete vornimmt und damit dem Leser den Einstieg in die insolvenzrechtlichen Beiträge erleichtert. Hier sind zunächst die Ausführungen von *Martin Ahrens* zur Novellierung des § 35 InsO zu erwähnen (S. 1 ff.). Die Norm enthält eine der Grundentscheidungen des Gesetzes und wurde insbesondere durch Einfügung des Absatzes 2 über die „Freigabe“ der selbstständigen Tätigkeit modifiziert, die von der in § 32 Abs. 3 Satz 1 InsO erwähnten „echten“ Freigabe zu unterscheiden ist.

Grundlegende Ausführungen finden sich auch zum Anfechtungsrecht, beginnend mit einer Erläuterung der Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law durch *Reinhard Bork* (S. 67 ff.). Die vorgenannten Empfehlungen sollen ein einfaches und praktisch handhabbares Insolvenzrecht mit geringen Anwendungs- und Beweisproblemen schaffen und gehen daher von einem anfechtungsrechtlichen Generaltatbestand aus. Ob dies einen möglichen Ansatz zur Harmonisierung der Insolvenzrechte in Europa darstellt, bleibt offen. Die Bundesregierung beschäftigt sich jedenfalls auch damit – nachzulesen im Beitrag von *Heribert Hirte* zum Insolvenzrecht im Koalitionsvertrag der „Ampel“ (S. 245 ff.). Dass hier weitaus mehr nachgebessert werden müsste, ergibt sich aus dem Beitrag von *Hans Haarmeyer* (S. 223 ff.) – beginnend mit der Verschleppung von Insolvenzverfahren, der immer noch intransparenten Auswahl der Insolvenzverwalter, der mangelnden Qualität der Insolvenzgerichte und deren Verfahrensführung sowie der Perpetuierung des aus dem 19. Jahrhundert stammenden und nicht mehr zeitgemäßen Vergütungsrechts der InsVV.

Im nationalen Anfechtungsrecht betrachtet *Ulrich Foerste* die Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen im Lichte der BGH-Entscheidung vom 6. 5. 2021 (S. 183 ff.). Er kommt dabei zu dem Ergebnis, dass gut vorbereitete Anfechtungsprozesse nicht wesentlich erschwert würden, weil der Insolvenzverwalter in den meisten Fällen die

Benachteiligungsabsicht des Schuldners beweisen könne. Auch wenn dem so sein sollte, können die Probleme der besonderen Insolvenzanfechtung durch das Ausweichen auf kongruente Deckungen unter Umständen vermieden werden (*Gerhard Pape*, S. 409 ff.). Welche Schwierigkeiten bei der Doppelinsolvenz von Gesellschaft und Gesellschafter entstehen, erläutert *Christoph Thole* (S. 563 ff.) anhand des Urteils des BGH vom 27. 6. 2019 – IX ZR 167/19, wobei einige Schwächen der Entscheidung aufgezeigt werden. Gleichwohl könnte die Praxis davon ausgehen, dass der vom Insolvenzverwalter des Gesellschafters geltend gemachte Anfechtungsanspruch wegen der Auszahlung des Darlehens nicht nachrangig sei. Angesichts der genannten Schwierigkeiten des Anfechtungsrechts wäre es unter Umständen überlegenswert, wenn sich Insolvenzverwalter mit *Ilse Lohmann* (S. 313 ff.) der Verfolgung von deliktischen Schadensersatzansprüchen gegen den Schuldner beschäftigen und auf diese Weise die Masse anreichern würden.

Die zuvor aufgezeigten Probleme dürften sich auch in der Insolvenz von Unternehmen der Daseinsvorsorge finden, die *Stephan Madaus* am Beispiel des Bahnbetreibers darstellt (S. 325 ff.). Um die Deutsche Bahn geht es dabei freilich nicht, auch wenn sich das vielleicht mancher Leser angesichts von Verspätungen und Zugausfällen wünschen würde. Vielmehr handelt es sich um kleinere Unternehmen, bei deren Bahnbetrieben die aus dem BahnG folgende Fortführungs pflicht mit der insolvenzrechtlichen Pflicht zur Massesicherung kollidiert. Inwieweit schließlich Gegenleistungen im Regime der Zahlungsverbote zu berücksichtigen sind, erläutert unter Berücksichtigung des § 64 GmbHG a. F. und des neuen Rechts *Hans-Friedrich Müller* auf S. 377 ff.

Natürlich finden auch spezielle Gebiete des Insolvenzverfahrens Berücksichtigung, unter anderem im Beitrag von *Florian Jacoby* und *Johannes Claudio Felsch* (S. 285 ff.), in dem die Systematik von Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen näher beleuchtet wird. Auf S. 299 ff. widmet sich sodann *Stephan Kolmann* dem Nachlassinsolvenzverfahren, insbesondere im Hinblick auf die Nachlassverwaltung und der Behandlung von Geschäftsanteilen an einer führungslosen GmbH. Auch die Eigenverwaltung kommt in der Festschrift nicht zu kurz: *Lucas F. Flöther* erläutert die Änderung der Vorschriften über die Eigenverwaltung durch das SanInsFoG (S. 163 ff.) und kommt dabei zu dem Ergebnis, dass der Gesetzgeber zwar zur Klarstellung der bisherigen Rechtslage beigetragen, gleichzeitig aber neue unbestimmte und auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe verwendet habe. Dass das Gesetz insoweit nachzubessern sein wird, dürfte außer Zweifel stehen. Dies gilt allerdings nicht für die „materielle Konsolidierung“ der Massen im Konzerninsolvenzrecht, der *Andreas Engert* und *Alexander Schramm* auf S. 107 ff. eine zweite Chance geben wollen. Bekanntlich hatte sich die Arbeitsgruppe Insolvenzrecht der UNCITRAL in einem bisher beispiellosen Zusammenhalt der europäischen Staaten für eine Konsolidierung der Massen gruppenangehöriger Schuldner und damit gegen die von den USA befürwortete Konsolidierung entschieden. So bestechend diese Idee auch sein mag – die Ausgestaltung des nationalen Konzerninsolvenzrechts richtet sich nach den Empfehlungen der UNCITRAL, so dass ein Systemwechsel ausgeschlossen sein dürfte.

Die Festschrift enthält auch zwei verfahrensrechtliche Beiträge, die dem Leser nicht vorenthalten werden sollen. Hier zeigt zunächst *Stefan Smid* (S. 511 ff.), wie das vielfach kritisierte „Bremer Modell“ für die Auswahl der von bestimmten Verfahrensbeteiligten „gewünschten“ Insolvenzverwalter die Grenzen der Amtsermittlung im Insolvenz- und Restrukturierungsverfahren berührt. *Gerhard Vill* erläutert schließlich auf S. 571 ff., wie Vergütungsentscheidungen im Insolvenzverfahren an Verfahrensbeteiligte und Dritte bekanntzugeben sind. Angesichts der bestehenden Regelungslücken sei eine Nachbesserung angezeigt.

Dass eine Festschrift, die sich vorwiegend mit Insolvenz- und Restrukturierungsrecht beschäftigt, auch einen rechts historischen Beitrag enthält, ist wissenschaftlich von besonderem Interesse. Bekanntlich haben Deutschland und Österreich im Insolvenzrecht seit jeher eine enge Verbindung gehabt. Dass diese Verbindung auch in den Bereich der Insolvenzantragspflicht und des Zahlungsverbots hinein reicht, erläutert *Sebastian Mock* auf den S. 335 ff.

Alles in allem ist die vorliegende Festschrift eine wahre Fundgrube zu aktuellen Problemen des Restrukturierungs- und Insolvenzrechts, die eine Vielzahl von praktischen Lösungen zu bisher offenen Fragen zur Verfügung stellt. Das ist in erster Linie ein Verdienst der Autoren, die es in den besprochenen Themenbereichen durchweg verstanden haben, schwierige Fragen praxisgerecht aufzubereiten und sinnvolle Lösungsvorschläge aufzuzeigen. Verdient gemacht haben sich aber auch die Herausgeber, die es verstanden haben, ein für Wissenschaft und Praxis hoch interessantes Sammelwerk zusammenzustellen. Dies freut nicht nur den Leser, sondern sicherlich auch den *Jubilar*, der sich in der Auswahl und Behandlung der Themen durch hochkarätige Autoren sehr gut wiederfinden dürfte. Dem Werk ist eine weite Verbreitung über die Bibliotheken hinaus zu wünschen!

*Regierungsdirektor Dr. Johannes Holzer, München*