

Herausgeber: Dr. Bernhard Dombek, Rechtsanwalt und Notar, ehem. Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin | Dr. Frank Engelmänn, Rechtsanwalt, Präsident der Rechtsanwaltskammer Brandenburg | Stefan Graßhoff, Rechtsanwalt, Präsident der Rechtsanwaltskammer Mecklenburg-Vorpommern | Dr. Detlef Haselbach, Rechtsanwalt, Präsident der Rechtsanwaltskammer Sachsen | Jan Helge Kestel, Rechtsanwalt, Präsident der Rechtsanwaltskammer Thüringen | Dr. Joachim Kronisch, Präsident des Verwaltungsgerichts, Schwerin | Dr. Michael Moeskes, Präsident der Rechtsanwaltskammer Sachsen-Anhalt | Dr. Marcus Mollnau, Rechtsanwalt, Präsident der Rechtsanwaltskammer Berlin | Prof. Dr. Erardo Cristoforo Rautenberg, Generalstaatsanwalt des Landes Brandenburg | Prof. Dr. Gerhard Ring, TU Bergakademie Freiberg | Manfred Walther, Rechtsanwalt und Notar, Berlin | Prof. Dr. Johannes Weberling, Rechtsanwalt, Berlin

Redaktion: RA Prof. Dr. Johannes Weberling (V.i.S.d.P.), RA Carsten Herlitz, RA Dr. Malte Nieschalk, RAin Dr. Katrin Raabe, Susanne Weberling M.A.

Redaktionsanschrift: Redaktion Neue Justiz (NJ), Rechtsanwälte Dr. Johannes Weberling, Franzensbader Straße 21, D-14193 Berlin, E-Mail: redaktion-neue-justiz@weberling.de

Internet: www.neue-justiz.de

Wesentliche Änderungen im Insolvenzrecht 2016 / 2017

Rechtsanwälte Dr. Christoph Alexander Jacobi und Dr. Benjamin Böhme, Leipzig*

Insolvenzrecht ist nicht nur für Insolvenzpraktiker von Interesse. Ist ein Geschäftspartner zahlungsunfähig oder in die Krise geraten, gelten in vielen Rechtsbereichen spezielle Regeln. Auch Unternehmer und ihre Berater müssen deshalb grundlegende Rechtsprechungs- und Gesetzesänderungen kennen. Die Autoren haben die grundlegenden Veränderungen des letzten Jahres in Anschluss an NJ 2016, 269 zusammengetragen und stellen deren praxisrelevante Folgen vor.

A. VERÄNDERTE VERANTWORTLICHKEITEN

Grundlegende, bundesgerichtliche Urteile nahmen verschiedene Interessengruppen in die Pflicht, sich an der Finanzierung der Kosten für Sanierung bzw. Liquidation zu beteiligen. Dies betrifft insbesondere das sanierte Unternehmen selbst (I.), Spekulanten (II, III), Steuerberater (IV.) und die Bundesagentur für Arbeit (V.). Hierauf reagierte der Gesetzgeber zum Teil mit Gesetzesänderungen.

I. Steuerpflichtige Sanierungsgewinne

Der Große Senat des Bundesfinanzhofs kippte im November 2016 den Sanierungserlass des Bundesfinanzministeriums, da dieser gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verstoße.¹ Erlassen Gläubiger einem Unternehmen Schulden, um es zu sanieren, entstehen so genannte Sanie-

rungsgewinne. Diese erhöhen das Betriebsvermögen und sind seit 1997 grundsätzlich steuerpflichtig. Im März 2003 versuchte das Bundesfinanzministerium per allgemeinverbindlicher Verwaltungsanweisung faktisch zur Steuerfreiheit zurückzukehren.² Dem schob der Bundesfinanzhof einen Riegel vor, da dem Ministerium als Exekutivorgan eine strukturelle Gesetzeskorrektur nicht gestattet sei.

Das Gericht beendet damit die Selbstverpflichtung des Fiskus zur Förderung der Unternehmenssanierung. Gleichwohl ist die Steuerverwaltung durch ein Urteil solange nicht gebunden, als es nicht im Bundessteuerblatt veröffentlicht ist. Auch wenn bereits im Rahmen einer verbindlichen Auskunft (§ 89 Abs. 2 AO) die Steuerbefreiung zugesagt wurde, bleibt sie bestehen. Außerdem kann trotz des Urteils weiterhin ein Anspruch auf eine Billigkeitsregelung nach §§ 163, 227 AO bestehen.

Der Bundesrat hat im März 2017 die Einführung einer gesetzlichen Grundlage für den Sanierungserlass im Einkommens- und Gewerbesteuerrecht (§ 3a EStG bzw. § 3a GewStG) vorgeschlagen.³ Allerdings sollen Betriebsausgaben

* Der Autor *Jacobi* ist Partner der Kanzlei STAPPER Insolvenz- und Zwangsverwaltung, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenz- und Steuerrecht sowie Lehrbeauftragter der Universität Leipzig; der Autor *Böhme* ist als Rechtsanwalt bei STAPPER Insolvenz- und Zwangsverwaltung angestellt.

1 BFH v. 28.11.2016, GrS 1/15, ZIP 2017, 338.

2 BMF-Schreiben v. 27.3.2003, IV A 6 S 2140 8/03, BStBl I 2003, 240; ergänzt durch das BMF-Schreiben vom 22.12.2009, IV C 6 S 2140/07/10001-01, BStBl I 2010, 18.

3 Stellungnahme des Bundesrats v. 10.3.2017, BR-Drs. 59/17.

und Minderungen des Betriebsvermögens nicht steuermindernd abgezogen werden dürfen, wenn sie mit einem steuerfreien Sanierungsgewinn in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen. Auch sollen dem Sanierungsgewinn entsprechende Verlustvorträge wegfallen.

II. Gesetzliche Grundlage für „Netting“

Der BGH kippte im Juni 2016 die „Netting-Klausel“ und stellte damit die bisherige Abrechnungspraxis bei Finanztermingeschäften in Frage.⁴ Der Gesetzgeber hat daraufhin im Dezember 2016 den § 104 InsO neu geregelt⁵ und einige masseschmälernde Nettingvereinbarungen wieder legalisiert. Damit entlastete er insbesondere Banken und Spekulanten.

In Derivate-Rahmenverträgen ist regelmäßig vorgesehen, dass bei Insolvenz eines Vertragspartners alle Verträge als beendet gelten und laufende Geschäfte verrechnet werden („Netting“). Dies sei nach Auffassung des BGH gemäß § 119 InsO unwirksam, da durch die Verrechnung der masseschützende Charakter von § 104 InsO beeinträchtigt werde. Insbesondere widerspreche die Beschränkung eines von der solventen Partei auszugleichenden finanziellen Vorteils auf den von der insolventen Partei erlittenen Schaden dem Zweck des Masseschutzes. Konkret ging es um ein Warentermingeschäft, dessen Stichtag nach Insolvenzeröffnung lag. Die Parteien – zwei Spekulanten auf der einen Seite und die Insolvenzverwalter der US-Bank Lehman Brothers auf der anderen – stritten um die Frage, wie viel die Aktie im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung wert war und ob wechselseitig Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können.

III. Eingeschränktes Kündigungsrecht für Anleihegläubiger

Trotz Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Schuldnerin steht dem Anleihegläubiger grundsätzlich kein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zu. Der Vermögensverfall ist grundsätzlich kein Kündigungsgrund, da der Anleihekäufer mit Erwerb gerade das Bonitätsrisiko des Emittenten übernimmt. Im Einzelfall kann es freilich vertraglich auch auf den Emittenten abgewälzt werden. Das konkret übernommene Risiko bestimme maßgeblich Zinshöhe und Anleihewert. Fällt die Anleihe zudem in den Anwendungsbereich des Schuldverschreibungsgesetzes von 1899 bzw. 2009, ist das Kündigungsrecht des Anleihegläubigers bei Sanierungsbemühungen zusätzlich eingeschränkt, da es versucht, die Gläubiger einer Anleihe an der vorinsolvenzrechtlichen Sanierung des Schuldners gleichmäßig zu beteiligen. Zur Wahrung ihrer gemeinsamen Interessen müssten Individualinteressen der Einzelgläubiger zumindest so lange zurücktreten, bis die Sanierungsbemühungen endgültig gescheitert seien.⁶ Damit zwingt der BGH Finanzinvestoren, ihre Verantwortung gegenüber einem Kriseninvestment wahrzunehmen.

IV. Steuerberater haftet verstärkt für Mängel

Der BGH änderte im Januar 2017 seine Rechtsprechung zur Haftung des Steuerberaters für mangelhafte Erstellung eines Jahresabschlusses. Bislang haftete der Steuerberater wegen eines unterlassenen Hinweises für einen Insolvenzverschlep-

pungsschaden, wenn der Berater ausdrücklich mit der Prüfung der Insolvenzreife eines Unternehmens beauftragt wurde.⁷ Nunmehr setzt sich der Steuerberater bereits einer Haftungsgefahr aus, wenn er trotz Insolvenzreife in der Bilanz Fortführungswerte ansetzt. Bereits bei ernsthaften Zweifeln an der Fortführbarkeit des Geschäftsbetriebs (zB bei erheblichen Verlusten, geringer Kapitalisierung, Liquiditätsengpässen, bilanzieller Überschuldung) muss der Steuerberater durch den Mandanten abklären lassen, ob gleichwohl noch Fortführungswerte zugrunde gelegt werden können. Gegebenenfalls ist anhand aktueller, hinreichend detaillierter und konkretisierter interner Planungsunterlagen eine explizite Fortführungsprognose zu erstellen.⁸ Zum Verschuldensgrad, der versicherungsrechtlich und im Rahmen des Gewährleistungsausschlusses relevant ist, äußerte sich der BGH nicht.

V. Insolvenzgeldvorfinanzierung im Schutzschirmverfahren

Der BGH stützt die Praxis der Bundesagentur für Arbeit, auch während des Schutzschirmverfahrens der Vorfinanzierung von Arbeitsentgelten zuzustimmen und damit die Bundesagentur an den Kosten für die Sanierung von Unternehmen zu beteiligen. Die Grundlage hierfür sieht der BGH in der analogen Anwendung des § 55 Abs. 3 InsO.

Werden Lohnforderungen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet, sind es grundsätzlich Insolvenzforderungen. Bevorrechtigt befriedigt werden sie allerdings, wenn das Insolvenzgericht im Schutzschirmverfahren nach § 270 b Abs. 3 InsO anordnet, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründet.⁹ Gehen diese Ansprüche – etwa im Rahmen der Vorfinanzierung von Insolvenzgeldern – auf die Bundesagentur für Arbeit über, können diese grundsätzlich wieder in Insolvenzforderungen zurückverwandelt werden. Werden die Forderungen indes zuvor vom Schuldner erfüllt, gehen die Ansprüche nicht über und können nicht umqualifiziert werden.¹⁰

B. REFORMIERTES INSOLVENZANFECHTUNGSRECHT

Die Insolvenzanfechtung ist nicht nur Instrument der Gläubigergleichbehandlung, sondern auch ein Mittel, den Geschäftsverkehr an den Kosten des Insolvenzverfahrens (§ 54 InsO) zu beteiligen und vorinsolvenzliches, unternehmerisches Handeln zu steuern. Mit einem neuen Anfechtungsrecht befördert der Gesetzgeber den Leistungsaustausch vor der Insolvenz und minimiert Anfechtungsrisiken (I.). Der BGH formulierte sogar konkrete Handlungsanweisungen wie sich Gläubiger und Schuldner in der Krise verhalten müssen, um weiter insolvenzfesten Geschäften tätigen zu können (II.). Bei der Schenkungsanfechtung arbeitete der BGH

4 BGH v. 9.6.2016, IX ZR 314/14 NJW 2016, 2328.

5 Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung und zur Änderung des Gesetzes, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung v. 22.12.2016, BGBl. I 2016, 3147.

6 BGH v. 31.5.2016, XI ZR 370/15, NZI 2016, 709.

7 BGH v. 7.3.2013, IX ZR 64/12, NZI 2013, 438.

8 BGH v. 26.1.2017, IX ZR 285/14, ZIP 2017, 427.

9 Vgl. BGH v. 24.3.2016, IX ZR 157/14, ZIP 2016, 831.

10 BGH v. 16.6.2016, IX ZR 114/15, ZIP 2016, 1295.

weiter an einer klaren Systematik, ohne allerdings eindeutige Maßstäbe aufzustellen (III.).

I. Anfechtungsrecht gesetzlich entschärft

Das Insolvenzanfechtungsrecht hat das Insolvenzrecht der letzten zehn Jahre dominiert. Um die Auswirkungen auf den Rechtsverkehr zu begrenzen, wurde das Anfechtungsrecht reformiert.¹¹ Für Verfahren, die ab dem 5.4.2017 eröffnet wurden, gelten folgende Neuerungen:

1. Insolvenzfeste Bargeschäfte

Mit Unternehmen in der Krise ist nun ein insolvenzfester Leistungsaustausch möglich. Nach § 142 Abs. 1, 2 InsO-neu können gleichwertige Leistungen zeitnah insolvenzfest ausgetauscht werden. Unerheblich ist, ob finanzielle Schwierigkeiten des Vertragspartners bekannt sind. Die Zahlung von Löhnen ist selbst dann ein Bargeschäft, wenn bis zu drei Monate verspätet gezahlt wird. Ob dies auch für Lohnsteuern und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung gilt, ist nicht explizit geregelt. Handelt der Schuldner unlauter – investiert er zum Beispiel in flüchtige Luxusgüter oder verschleudert er das Betriebsvermögen – kann ein Insolvenzverwalter trotz Bargeschäfts zurückabwickeln.

2. Verkürzte Anfechtungsfrist

Konnte ein Insolvenzverwalter bislang Leistungen der letzten zehn Jahre zurückfordern, beschränkt § 133 Abs. 2 InsO-neu auf die letzten vier Jahre vor Insolvenzantragstellung. Verschiebt der Schuldner allerdings zielgerichtet Vermögen an Dritte, gilt wieder die zehnjährige Frist.

3. Weniger Zinsen

Bislang musste der Anfechtungsgegner empfangene Leistungen verzinst zurückzahlen. Nun wurde die Zinspflicht bis zur Geltendmachung durch den Verwalter gestrichen, § 143 Abs. 1 InsO-neu. Nutzungsersatz kann indes weiter gefordert werden, wenn nichtgeldliche Leistungen angefochten wurden. Der Wegfall der Zinsen für die Zeit ab 5.4.2017 gilt im Rahmen einer rückwirkenden Regelung (unechte Rückwirkung) auch für Insolvenzverfahren, die vor Inkrafttreten des Gesetzes eröffnet wurden.

4. Entschärfte Vermutungsregel

Sollen lang zurückliegende Zahlungen angefochten werden, muss der Anfechtungsgegner gewusst haben, dass andere Gläubiger dadurch schlechter befriedigt werden können. Die Kenntnis wurde unter der alten Rechtslage vermutet, wenn dem Anfechtungsgegner bekannt war, dass die Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners wenigstens drohte. § 133 Abs. 3 InsO-neu knüpft dagegen für kongruente Deckungen nicht schon an die drohende, sondern erst an die eingetretene Zahlungsunfähigkeit an.

5. Leichtere Antragstellung

Künftig kann keinem Insolvenzantrag durch bloße Begleichung der ihm zugrunde liegenden Forderung die Grundlage

entzogen werden. Schon bei einem Erstantrag kann der Antragsteller nach § 14 Abs. 1 InsO-neu die gerichtliche Prüfung, ob ein Eröffnungsgrund vorliegt, erzwingen. Aufgrund der gekürzten Anfechtungsfrist ist zu prognostizieren, dass Antragsteller gleichwohl ihren Insolvenzantrag bei Bezahlung der zugrundeliegenden Forderungen für erledigt erklären.

II. Anforderungen an ein Sanierungskonzept

Liegt ein ernsthafter, wenn auch letztlich fehlgeschlagener Sanierungsversuch vor, kann dies dafür sprechen, dass der für die Vorsatzanfechtung notwendige Gläubigerbenachteiligungsvorsatz nicht vorliegt. Voraussetzung ist ein Sanierungskonzept, das mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt war und die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigte.¹² Im Mai 2016 bezog der BGH dazu Stellung.¹³

1. Gläubiger trägt Beweislast

Weiß der Gläubiger um die finanziellen Schwierigkeiten des Schuldners, muss der Gläubiger darlegen und beweisen, dass er Zahlungen auf der Grundlage eines schlüssigen Sanierungskonzeptes erlangt hat. Nur ausnahmsweise, nämlich bei einem ausschließlich finanziellen Fehlschlag, genügt es, wenn der Gläubiger selbst auf Forderungen verzichtet und davon ausgeht, andere Gläubiger werden es ihm gleich tun. Erwirtschaftet das Unternehmen indes fortwährend Verluste, werden künftige Gläubiger wiederum nicht befriedigt werden können. In diesem Fall kann er den entlastenden Beweis nur führen, wenn er Grundzüge des Konzepts (Insolvenzursache, Sanierungsmaßnahmen, positive Fortführungsprognose) kannte.

2. Formloser Sanierungsplan genügt

Formalen Erfordernissen, beispielsweise dem IDW S 6-Standard, muss ein Sanierungsplan nicht entsprechen, um Anfechtungsrisiken zu minimieren. Allerdings muss auch in einem formlosen Plan die wirtschaftliche Lage des Schuldners analysiert und die Krisenursachen sowie die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage erfasst werden.¹⁴ Hierdurch soll auch kleineren Unternehmen die Möglichkeit gegeben werden, bei Geschäftspartnern Vertrauen zurückzugewinnen.

3. Gläubiger obliegt nur Plausibilitätskontrolle

Der Gläubiger darf sich grundsätzlich auf schlüssige Angaben des Schuldners verlassen und muss das Sanierungskonzept des Schuldners nicht fachmännisch überprüfen lassen. Auch vorsätzlich falsche Angaben des Schuldners schaden ihm nicht, solange es keine erheblichen Anzeichen für einen Täuschungsversuch gab.

¹¹ Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz, BGBl. I 2017, 654.

¹² Vgl. BGH v. 16.10.2008, IX ZR 183/06, WM 2009, 117.

¹³ BGH v. 12. 5. 2016, IX ZR 65/14, NJW-RR 2016, 1518.

¹⁴ Vgl. BGH v. 4.12.1997, IX ZR 47/97, NJW 1998, 1561.

III. Begriff der Unentgeltlichkeit

Die Anfechtbarkeit unentgeltlicher Leistungen ist durch die Reform des Insolvenzanfechtungsrechts nicht betroffen gewesen. Eine abschließende Systematik zu diesem Anfechtungstatbestand konnte der BGH bislang nicht vorlegen. Vielmehr entscheidet er einzelfallorientiert.

Über die Auslegung der Unentgeltlichkeitsvoraussetzung stiftete der BGH im letzten Jahr Verwirrung, indem er sie von der subjektiven Kenntnis der Parteien abhängig machte. Weil Käufer und Verkäufer bei Übertragung eines objektiv wertlosen GmbH-Geschäftsanteils gutgläubig von dessen Werthaltigkeit überzeugt waren, wurde Unentgeltlichkeit verneint.¹⁵ Im Übrigen ist der Begriff der Unentgeltlichkeit maßgeblich objektiv bestimmt worden. Im Zwei-Personen-Verhältnis ist eine Verfügung unentgeltlich, wenn ihr nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts keine Leistung gegenübersteht, die dem aufgegebenen Vermögenswert entspricht. Im Drei-Personen-Verhältnis ist maßgeblich, ob der Zuwendungsempfänger gleichfalls ein Vermögensopfer erleidet.¹⁶ Im September 2016 sah der BGH in § 134 Abs. 1 InsO eine „ausschließlich an objektive Voraussetzungen anknüpfende Regelung“.¹⁷

Die Schenkungsanfechtbarkeit verletzt nach Auffassung des IX. Zivilsenats nicht das kirchliche Selbstbestimmungsrecht. Dies stellten die Richter fest, nachdem sie das Autonomieinteresse einerseits und die Bedeutung des mit § 134 InsO verfolgten Ziels für das Gemeinwohl andererseits gegeneinander abwogen. Der Schenkungsanfechtung unterliegen deshalb auch Spenden an eine Kirche, wenn sie über ein Gelegenheitsgeschenk hinausgehen. Dies gilt auch dann, wenn die Kirche im Rahmen ihres Autonomiebereichs nach Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 3 WRV auf den Bezug von Kirchensteuern verzichtet und stattdessen um Spenden bittet.¹⁸

Nicht unentgeltlich ist indes die Valutierung eines Gesellschafterdarlehens, da der Darlehensnehmer zur Tilgung und ggf. zu Zinszahlungen verpflichtet ist. Die bloße Nachrangigkeit eines Rückzahlungsanspruchs in der Insolvenz der darlehensnehmenden Gesellschaft führt nicht zur Unentgeltlichkeit.¹⁹ Im Rahmen seiner Rechtsprechung zum früheren Eigenkapitalersatzrecht sah der BGH die Gewährung bzw. das Stehenlassen eines Gesellschafterdarlehens in der Krise noch als unentgeltlich an. Ein Rangrücktritt aufgrund der Überlassung eigenkapitalersetzender Mittel führe zur wirtschaftlichen Wertlosigkeit des Rückzahlungsanspruchs.²⁰ Der BGH begründete seine neue Sicht mit der Abschaffung des Eigenkapitalrechts. Anders als bei der Gewährung eigenkapitalersetzender Mittel sei die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens nicht mit einem Makel versehen.

C. STÄRKUNG DER RESTSCHULDBEFREIUNG

Die Restschuldbefreiung integriert den Schuldner wieder in den Geschäftsverkehr. Der BGH stärkte 2016 das Rechtsinstitut, indem er Grenzen für die Geltendmachung vorsätzlich unerlaubter Handlungen zieht (II.). Auf der anderen Seite fordert er vom Schuldner verstärkt Redlichkeit und Mitarbeit ein (I.).

I. Anforderungen an den Schuldner

Der BGH versucht dem Missbrauch der Restschuldbefreiung vorzubeugen, indem er die vom Gesetzgeber vorgegebenen Voraussetzungen betont. Während die Rücknahme des Versagungsantrags nach Versagungsbeschluss unschädlich ist,²¹ ist die Rücknahme eines Restschuldbefreiungsantrags unzulässig, wenn das Gericht bereits die Restschuldbefreiung versagt hat.²² Der BGH gewichtet das Gläubigerinteresse an der Versagung schwerer als das Interesse des Schuldners, frei über den Restschuldbefreiungsantrag disponieren zu können. Die Gläubiger könnten verlangen, dass sich der unredliche Schuldner nicht in letzter Sekunde dem Verfahren entzieht.

Sind zu Unrecht Forderungen mit dem Zusatz der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung festgestellt worden, kann der Schuldner selbst einen schuldlos versäumten, rechtzeitigen Widerspruch nicht durch einen erneuten Restschuldbefreiungsantrag aus der Welt räumen, da ihm das Rechtsschutzinteresse hierzu fehlt.²³

II. Grenzen vorsätzlich unerlaubter Handlungen

Ein Anspruch aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung kann der Regelverjährung nach § 195 BGB unterliegen, wenn der Titel einen anderen Streitgegenstand hat. Im Streitfall hatte der Gläubiger einen auf ihn übergegangenen gesetzlichen Unterhaltsanspruch und nicht einen Anspruch aus vorsätzlicher Verletzung der Unterhaltungspflicht titulieren lassen. In diesem Fall wurde dem Widerspruch des Schuldners stattgegeben.²⁴ Damit stellt der BGH seine frühere Rechtsprechung klar, in der von einem unverjährbaren Feststellungsanspruch die Rede ist.²⁵ Es sei lediglich ein prozessualer Feststellungsanspruch gemeint gewesen.

Sind nach Verfahrenseröffnung neue schädigende Folgen einer unerlaubten Handlung zu erwarten, so müssen diese Schäden in der Forderungsanmeldung nach § 45 InsO geschätzt werden. So lehnte der BGH die Anwendung des Rechtsgedankens von § 208 BGB in einem Fall ab, in dem ein Gläubiger Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung verspätet anmeldete. Das Insolvenzverfahren erfordere vielmehr eine einheitliche Behandlung von Schäden und Folgeschäden.²⁶

D. NEUE VERGÜTUNGSGRUNDSÄTZE

I. Vorläufiger Sachwalter

Die Vergütung des vorläufigen Sachwalters ist in der Insolvenzordnung nicht geregelt. Grundlage und Höhe der Vergü-

15 BGH v. 15.9.2016, IX ZR 250/15, NZI 2017, 68.

16 BGH v. 4.2.2016, IX ZR 42/14, NJW 2016, 1738.

17 BGH v. 8.9.2016, IX ZR 151/14, ZIP 2016, 2376.

18 BGH v. 4.2.2016, IX ZR 77/15, NJW 2016, 2412.

19 BGH v. 13.10.2016, IX ZR 184/14, MDR 2017, 114.

20 BGH v. 2.4.2009, IX ZR 236/07, NZI 2009, 429.

21 BGH v. 12.5.2016, IX ZA 33/15, BeckRS 2016, 11158.

22 BGH v. 22.9.2016, IX ZB 50/15, NZI 2017, 75; Jacobi, NZI 2017, 254 ff.

23 BGH v. 4.2.2016, IX ZB 71/15, NZI 2016, 316.

24 BGH v. 3.3.2016, IX ZB 33/14, NJW 2016, 1818.

25 BGH v. 2.12.2010, IX ZR 247/09, NJW 2011, 1133.

26 BGH v. 5.4.2016, VI ZR 283/15, NJW-RR 2017, 37.

tung war umstritten. Der BGH stellte im Juli 2016 Grundsätze zur Vergütung des vorläufigen Sachwalters auf:²⁷

1. Einheitliche Gebührenfestsetzung

Der vorläufige Sachwalter ist mit dem endgültigen Sachwalter, nicht indes mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter vergleichbar. Der vorläufige Sachwalter habe beispielsweise keine Eingriffs- und Sicherungsbefugnisse. Die Strukturgleichheit von vorläufigem und endgültigem Sachwalter begründe eine einheitliche Vergütungsfestsetzung. Ausnahmen hierfür sieht der BGH, wenn der vorläufige Sachwalter nicht zum endgültigen Sachwalter bestellt wird.

2. Berechnungsgrundlage

Aufgrund einheitlicher Gebührenfestsetzung ist Berechnungsgrundlage die Masse. Ebenso wie beim Insolvenzverwalter wären damit Gegenstände, an denen Aus- oder Absonderungsrechte bestehen, grundsätzlich nicht Teil der Berechnungsgrundlage. Ansprüche, die erst bei Verfahrenseröffnung entstehen, seien dagegen zu berücksichtigen.

3. Gebührenhöhe

Bei einheitlicher Vergütungsfestsetzung wird die Tätigkeit als vorläufiger Sachwalter gemäß § 64 Abs. 1 InsO, § 8 InsVV mit einem Zuschlag von 25 Prozent zur Vergütung des endgültigen Sachwalters gewürdigt. Zu- und Abschläge werden in gleicher Weise wie beim Sachwalter berechnet. Unerheblich ist, ob die zuschlagsbegründende Tätigkeit in der Zeit der vorläufigen Sachwalterung oder im eröffneten Verfahren erbracht wurde. So sind zum Beispiel Sanierungsbemühun-

gen und die Mitwirkung bei der Vorfinanzierung von Insolvenzgeld anerkannter Erhöhungstatbestand. Die Einsetzung eines insolvenzrechtlich beschlagenen Generalbevollmächtigten ist kein Abschlagstatbestand.

II. Keine Vereinbarung im Insolvenzplan

Die Gläubiger können sich im Insolvenzplan nicht über die Vergütung des Insolvenzverwalters einigen. Die Ansprüche des Verwalters sind einer Regelung durch einen Insolvenzplan entzogen, da er als privilegierter Massegläubiger nicht am Insolvenzplanverfahren beteiligt sei und die gesetzlichen Vergütungsvorschriften zwingendes Recht seien. Die BGH-Entscheidung aus Februar 2017²⁸ beendet die Diskussion um die Zulässigkeit verbindlicher Vergütungsregelungen in Insolvenzplänen. Bis dato hatte der BGH hierüber nicht entschieden. Allerdings hielt er bereits Vereinbarungen über die Vergütung des Konkurs- und Vergleichsverwalters für nichtig, da diese die Unabhängigkeit des jeweiligen Verwalters bei seiner Amtsführung beeinträchtigen würden.²⁹ Im Juli 2017 gab der BGH in einem obiter dictum zu verstehen, dass er wegen der alleinigen Festsetzungskompetenz des Insolvenzgerichts nach § 64 Abs. 1 InsO und der eingeräumten Rechtsschutzmöglichkeiten nach § 64 Abs. 3 InsO auch Bedenken an einer Regelungen über die Vergütung des Insolvenzverwalters im Insolvenzplan hege.³⁰

²⁷ BGH v. 21.7.2016, IX ZB 70/14; ZIP 2016, 1592.

²⁸ BGH v. 16.2.2017, IX ZB 103/15, NZI 2017, 260.

²⁹ BGH v. 20.12.1976, II ZR 215/75, WM 1977, 256; BGH v. 14.10.1981, IVa ZR 317/80, NJW 1982, 185.

³⁰ BGH v. 14. 7. 2016, IX ZB 62/15, ZIP 2016, 1645.

Die Rechtsprechung des BGH zum Recht des unlauteren Wettbewerbs im Jahre 2016 (Teil 2)*

Prof. Dr. Gerhard Ring, Freiberg/Sachsen**

5. Aggressive geschäftliche Handlungen (§ 4 a Abs. 1)

Unlauter handelt gemäß § 4 a Abs. 1 Satz 1 UWG, wer eine aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. Eine geschäftliche Handlung ist nach § 4 a Abs. 1 Satz 2 UWG dann „aggressiv“, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers erheblich zu beeinträchtigen durch Belästigung (Nr. 1), Nötigung einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt (Nr. 2) oder unsachliche Beeinflussung (Nr. 3).

Eine „unzulässige Beeinflussung“ liegt vor, wenn der Unternehmer eine Machtposition gegenüber dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck,

auch ohne Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt, in einer Weise ausnutzt, die die Fähigkeit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt.

Nach der Rechtsprechung des BGH war bereits die Vorläuferregelung des jetzigen § 4 Abs. 1 Satz 3 UWG – nämlich § 4 Nr. 1 UWG a.F. – unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher nur dann vorliegt, wenn der Handelnde diese Freiheit gemäß Art. 8 und Art. 9 der Richtlinie 2005/29/EG durch Belästigung, Nötigung oder durch unzulässige Beeinflussung i.S. des Art. 2 Buchst. j der Richtlinie erheblich beeinträchtigt.⁸⁴ Nunmehr stellt der BGH⁸⁵ in Be-

* Fortsetzung des in NJ 4/2017, 140 ff., veröffentlichten Beitrags.

** Univ.-Prof. Dr. Gerhard Ring, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht, TU Bergakademie Freiberg/Sa.