

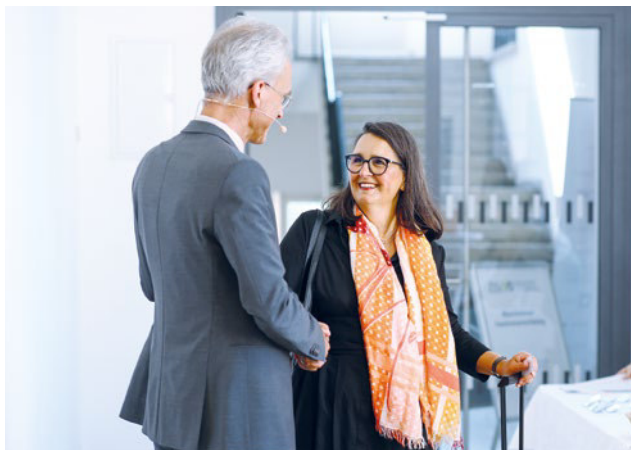
Raum für Impulse und Diskussionen

Mannheim. Der 18. Mannheimer Insolvenzrechtstag des Zentrums für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim e. V. (ZIS) am 16.06.2023 konnte im Hybridformat 180 Teilnehmer begrüßen, davon rd. 120 in der Aula der Universität. Ein breites und praxisorientiertes Spektrum mit sechs Themen von neun Referenten aus Praxis, Lehre und Rechtsprechung lud zur anschließenden Diskussion ein, für die auch genügend Zeit blieb: von insolvenzabhängigen Lösungsklauseln über die Zukunft des Überschuldungsbegriffs bis zu Kryptowerten in der Insolvenz.

Text: Rechtsanwältin Petra Heidenfelder*, Schneider Geiwitz & Partner; Peter Reuter

Auch unabhängig vom streng einzuhaltenden Zeitplan für die zusätzliche, aufwendige Liveübertragung des Mannheimer Insolvenzrechtstags aus der Aula der Universität ist die ZIS-Jahrestagung von jeher dafür bekannt, dass die zeitliche Agenda immer befolgt wird und die Referenten darauf zu achten haben, dass das eingeräumte Fenster für die anschließende Diskussion einem überzogenen Vortrag nicht zum Opfer fällt. Diese Planung ging beginnend vom sekundengenauen Start bei rücklaufender Uhr wieder auf. Für die, die noch den alten Hörsaal mit den engen Klappsitzen bei heißem Juniwetter kennen, ist die renovierte, weitläufige Aula mit großzügig platzierten Tischen

Fachhochschulen und Berufsakademien im deutschsprachigen Raum – <https://studiengaenge.zeit.de/ranking>) hin, das der Mannheimer Universität hervorragende Studienbedingungen bescheinigt, neben BWL gehört Jura zur Spitzengruppe. Jura habe in 19 von 20 Kategorien Bestnoten erhalten, für den nicht eingenommenen Spitzenplatz in der 20. Kategorie, die Anzahl an Promotionen, hatte Bitter eine einfache Erklärung: Juristische Dissertationen würden in Mannheim eng betreut und nicht als Massenbetrieb verstanden, mit diesem Punkteabzug könne er daher sehr gut leben. Auch der Hinweis auf die Sponsoren und auf den Förderverein durfte nicht fehlen, zumal sie eine Einrichtung wie das ZIS mit seinen Angeboten zur Förderung von Forschung sowie Aus- und Weiterbildung erst möglich machen.



Prof. Dr. Georg Bitter und RAin Dr. Alexandra Schluck-Amend

und Stühlen sowie Klimaanlage ein ganz besonderes Erlebnis. ZIS-Vorstandsvorsitzender **Prof. Dr. Georg Bitter** begrüßte die 180 Teilnehmer vor Ort und an den Bildschirmen, darunter einige amtierende und ehemalige BGH-Richter und Insolvenzrechtslehrer, die sich später auch mit Fragen in den Diskussionen mit Gang zum Mikrophon oder aus der Ferne dazuschalten ließen. Mit einem »Wort der Werbung« wies Bitter auf das aktuelle CHE-Ranking (das umfassendste und detaillierteste Ranking von Universitäten,

Umstritten, schwierig und viele Abgrenzungsfragen

Der erste Referent, **VorsRiBGH Prof. Dr. Heinrich Schoppmeyer**, ist Mitglied des neunköpfigen wissenschaftlichen ZIS-Beirats, der an der inhaltlichen Planung der Tagung beteiligt gewesen war, sodass er bei seinem Vortragsthema habe mitreden können, erläuterte Bitter, der sich in den veranschlagten 40 Minuten mit anschließender zehnmütiger Diskussion für das Thema »Insolvenzabhängige Lösungsklauseln in der Rechtsprechung des BGH« entschieden hatte. Dieses Thema trug der Vorsitzende des IX. Zivilsenats nicht zum ersten Mal vor, so z. B. auf der ebenfalls von Georg Bitter moderierten Fachtagung Unternehmenssanierung (siehe INDat Report 04_2023, S. 54 ff.) und auf den Düsseldorfer Insolvenztagen (siehe den Bericht in dieser Ausgabe), doch dort als ein Kapitel in einer breiten Rechtsprechungsübersicht, daher nun in Mannheim ausführlicher und detaillierter behandelt, da es sich um ein umstrittenes, schwieriges und von vielen Abgrenzungsfragen geprägtes Thema handle, für das das BGH-Urteil vom 27.10.2022 (IX ZR 213/21) wesentliche Akzente neu gesetzt

* Petra Heidenfelder berichtet über die Vorträge von Alexandra Schluck-Amend/Georgiy Michailov und von Volker Schultz, Peter Reuter über die anderen Vorträge.

habe. Die Entscheidung gibt der Praxis gewisse Leitlinien mit Fallgruppen vor, doch entscheidend wird wohl die Einzelfallprüfung sein. Die Nachfragen zeigten übrigens, dass dieses Thema noch vieler Erläuterungen aus erster Hand bedarf.

Aus diesem Grund stieg Schoppmeyer als Ausgangslage tiefer in die Gesetzesgeschichte ein, erinnerte an § 137 Abs. 2 des InsO-RegE, dessen Satz 1 in den § 119 InsO überging, während der für die InsO gestrichene § 137 Abs. 2 Satz 2 InsO-RegE nun zeitversetzt in § 44 StaRUG bezogen auf RES-Sachen zu finden ist. Später bezeichnete es Schoppmeyer als eine der offenen Fragen, welche Auswirkungen der § 44 StaRUG, der das Verbot von Lösungsklauseln normiert, hat, wenn das Insolvenzverfahren in der ähnlich in Art und Struktur auf Sanierung angelegten Eigenverwaltung angeordnet wird, heißt: Das generelle Verbot von insolvenzabhängigen Lösungsklauseln könnte auch die Eigenverwaltung betreffen, so der Gedanke Schoppmeyers.



VorsRiBGH Prof. Dr. Heinrich Schoppmeyer

Im Anschluss skizzierte der Referent die bisherigen BGH-Entscheidungen vom 14.12.2006 (IX ZR 194/05), vom 15.11.2012 (IX ZR 169/11) zu Lieferungen von Waren und Energie, vom 22.10.2013 (II ZR 394/12) zu Mietverträgen und vom 07.04.2016 (VII ZR 56/15) zum Bauvertrag, um dann die Entscheidung vom 27.10.2022 (s. o.) zu Verträgen zur Schülerbeförderung zu vertiefen. Insbesondere zeigte er die Ambivalenz der Reichweite des § 119 InsO und die Einschränkung der Privatautonomie auf, dass es ein Spannungsfeld zwischen Lösungsrecht und haftungsrechtlichen Grenzen der Vertragsfreiheit gebe, auch dürfe man die Aspekte Rechtssicherheit und sanierungsfreundliche bzw. sanierungsfeindliche Wirkung nicht aus dem Blickfeld verlieren. Insol-

venzrechtliche Lösungsklauseln bedürften daher eines rechtfertigenden Grunds, wann bei einer insolvenzabhängigen Lösungsklausel ein insolvenzrechtlich beachtlicher Gebrauch der Privatautonomie vorliegt. Daher formulierte er die Leitfrage wie folgt: Bestehen bei objektiver Betrachtung aus der Sicht ex ante bei Vertragsabschluss keine berechtigten Gründe, eine sofortige Auflösungsmöglichkeit allein für den Insolvenzfall vorzusehen? Um die Lösung des BGH (IX ZR 213/21) zu verstehen, ging Schoppmeyer ausführlich auf die gebildeten Fallgruppen zur (Un)wirksamkeit insolvenzabhängiger Lösungsklauseln ein und bildete dafür auch anschauliche Beispiele. So sind Lösungsklauseln z. B. wirksam, wenn bei Betrachtung ex ante der Vertrag im Hinblick auf Sanierung abgeschlossen wird und die Klausel das Risiko des Scheiterns der Sanierung abmildert. Auch seien Lösungsklauseln zur Ausgestaltung einer gesetzlich bestehenden Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund wirksam, soweit die weitere Durchführung des Vertrags nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zusätzliche insolvenzbedingte Risiken herbeiführt. Das illustrierte er am Beispiel des Bauvertrags zur Errichtung eines Hauses, weil die sich anschließenden Gewährleistungsrechte abgeschnitten sein könnten, sodass somit eine Verschiebung des vertragsimmanenten Gleichgewichts stattfindet. Daraus folgt, dass Unwirksamkeit vorliegt, wenn die Insolvenz für die weitere Durchführung des Vertrags keine zusätzlichen Risiken enthält, was z. B. auch für Lösungsklauseln zugunsten eines Geldleistungsgläubigers gilt. Mit offenen Fragen (neben den Auswirkungen von § 44 StaRUG) zur Ausübungskontrolle nach § 242 BGB und zum Anfechtungsrecht (ausnahmsweise können auch einzelne Bestimmungen eines einheitlichen Vertrags angefochten werden) schloss er seine Ausführungen, die die Teilnehmer für die »brillante Klarheit« lobten. In der Diskussion ging er u. a. auf die Nachfrage ein, warum offenbar bestimmte Hauptleistungen weniger schutzwürdig sind als andere. Dazu stellte Schoppmeyer klar, dass es nicht um die Hauptleistung an sich gehe, sondern um die zusätzlichen, im Vertrag nicht adressierten Risiken, wenn z. B. Gewährleistungsansprüche wirtschaftlich wertlos werden. Den Bauvertrag für die Errichtung eines Hauses habe er nur plakativ zur Illustrierung verwendet, weil er ihn für recht anschaulich hält.

Im Anschluss klärte der Gesellschaftsrechtler **Prof. Dr. Carsten Schäfer** (Universität Mannheim) über »Insolvenzrechtliche Implikationen des MoPeG« auf. Dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, das zum 01.01.2024 in Kraft tritt, ging der von einer vom BMJ eingesetzten Expertengruppe erstellte und am 20.04.2020 vorgelegte »Mauracher Entwurf zur



Modernisierung des Personengesellschaftsrechts« voraus, der Carsten Schäfer angehörte. Ziel des Entwurfs bzw. des Gesetzes ist es, das teilweise aus dem 19. Jahrhundert stammende Recht der Personengesellschaft an die Bedürfnisse des modernen Wirtschaftslebens anzupassen, deswegen wird es auch als »Jahrhundertwerk« bezeichnet, so z. B. vom damaligen Vorsitzenden des Rechtsausschusses, Prof. Dr. Heribert Hirte, in der nächtlichen Bundestagssitzung der 2./3. Lesung am 24./25.06.2021. Das MoPeG ändert über 130 Gesetze und Verordnungen ab. Mit einer guten Nachricht startete der Referent, denn das MoPeG habe kaum unmittelbare Änderungen der InsO zur Folge bzw. die insolvenzrechtlich relevanten Änderungen hielten sich in Grenzen, wie er bereits mit Bezug auf den Mauracher Entwurf erläutert hatte (ZRI 2020, 333). Änderungen der InsO seien Folgeänderungen aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR und des einheitlich verwendeten Begriffs der »rechtsfähigen Personengesellschaft«. Neu sei das Gesellschaftsregister mit (halb-)freiwilliger Eintragung als sog. eGbR mit Registernummer, die bei einer GbR mit Grundstücksbesitz verpflichtend zu erfolgen hat. Eine der Sonderregeln sei die Anmeldung der insolvenzbedingten Auflösung einer registrierten Gesellschaft durch alle Gesellschafter. Der Verwaltungssitz begründe die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts (§ 3 InsO), wobei bei der eGbR gem. § 706 Satz 2 BGB auch ein abweichender Vertragssitz möglich sei. Für § 3 InsO sei aber allein der Verwaltungssitz relevant, was Art. 3 Abs. 1 Eu-InsVO (»COMI«) entspreche. Des Weiteren stellte Schäfer die Sonderregeln für KapitalGes. & Co., das Ausscheiden des insolventen Gesellschafters und die damit verbundene neue Regelung in § 179 HGB vor, letztere bezeichnete er als »spektakuläre Änderung«. Sie regelt erstmals die Simultaninsolvenz der GmbH & Co. KG, dass sowohl der persönlich haftende Gesellschafter als auch die KG insolvent werden. Bislang war es so, dass die Insolvenz des per-

sönlich haftenden Gesellschafters grundsätzlich dessen Ausscheiden aus der KG bewirkte, was zu Schwierigkeiten im Insolvenzverfahren führen kann, wobei die Diskussion zeigte, dass die neue Norm offenbar von einer zeitgleichen Insolvenz und nicht von einer zeitversetzten ausgeht.

Modifiziertes Pflichten- und Haftungsregime bei Überschuldung

Als Nächstes hielt **RAin Dr. Alexandra Schluck-Amend** (CMS Hasche Sigle) einen gut gegliederten Vortrag zum Thema »Die Überschuldung als Insolvenzantragsgrund: Abschaffung, Modifizierung oder Beibehaltung?«. Der Überschuldungstatbestand hat sich von der Zeit der Konkursordnung vor 1999 bis heute zum am 11.11.2022 in Kraft getretenen Sanierungs- und insolvenzrechtlichen Krisenabmilderungsgesetz (SanInsKG) stets gewandelt. In der Konkursordnung galt noch der einstufige Überschuldungsbegriff. Mit Inkrafttreten der InsO in 1999 wurde der zweistufige Überschuldungsbegriff eingeführt, der dann im Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) im Jahr 2008 modifiziert wurde. Hinsichtlich des Prognosezeitraums wurde im Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz (SanInsFoG) im Jahr 2021 ein zwölfmonatiger Prognosezeitraum festgelegt, der schließlich im Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die Covid-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVInsAG) für den Zeitraum vom 01.01.2021 bis 21.12.2021 auf vier Monate verkürzt wurde und dann aktuell im Sanierungs- und insolvenzrechtlichen Krisenfolgenabmilderungsgesetz (SanInsKG) befristet für den Zeitraum vom 09.11.2022 bis einschließlich 31.12.2023 ebenfalls auf vier Monate verkürzt wurde. Ziel dieser Verkürzung des Pro-



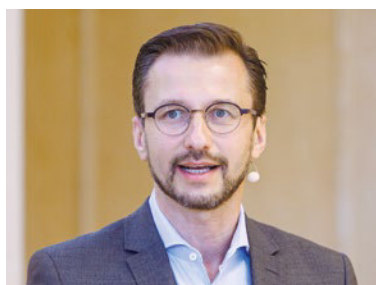
Moderator Prof. Dr. Georg Bitter



Prof. Dr. Carsten Schäfer



Prof. Dr. Dimitrios Linardatos



Georgiy Michailov



Prof. Dr. Reinhard Bork



RiBGH Dr. Volker Schultz

gnosezeitraums beim Überschuldungsbegriff sei es, so Schluck-Amend, die Belastungen für die Unternehmen aufgrund der aktuellen politischen Krisen und Unsicherheiten zu berücksichtigen und Unternehmen zu erhalten, die ohne diese Krisen eine positive Fortführungsprognose aufweisen können. Die Referentin führte weiter aus, in welchen gesetzlichen Vorschriften der Überschuldungsbegriff eine Relevanz und einen Anwendungsbereich hat. Als Insolvenzeröffnungsgrund, § 15 a Abs. 1 InsO, spielt die Überschuldung in weniger als 4% der Insolvenzverfahren eine Rolle und hat damit keine praktische Bedeutung. Für den Haftungsstatbestand, § 15 b Abs. 4 InsO, und die Strafbarkeit eines Organs wegen zu später Insolvenzantragstellung, § 15 a Abs. 4 InsO, hat die Überschuldung punktuell eine praktische Bedeutung. Bei der Insolvenzanfechtung, § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO, hat die Überschuldung als Beweiszeichen für den Benachteiligungsvorsatz wiederum keine praktische Bedeutung. Eigentlich sei die Überschuldung nur wichtig bei § 37 Abs. 1 GmbHG, woraus sich ein Haftungsstatbestand des Geschäftsführers ableiten lässt.

Es stellte sich somit berechtigterweise die Frage: Braucht man den Überschuldungsbegriff noch? Die Ansichten gingen auch in Mannheim auseinander. Es wurde vertreten, dass durch den Tatbestand der Überschuldung ein präventiver Gläubigerschutz besteht wegen der Verpflichtung, eine Liquiditätsplanung zu erstellen und laufend die Fortbestehensprognose zu überprüfen, aber in der Wirklichkeit würde in den wenigsten Betrieben in der Krise fortlaufend gebucht. Es würden eher die Augen verschlossen vor der Wirklichkeit der Zahlen. Schluck-Amend vertrat die Ansicht, dass durch das Damoklesschwert der Überschuldung kein praktischer präventiver Gläubigerschutz gewährleistet ist. Sie stellte dann sehr übersichtlich das bisherige Meinungsbild dar. Immer noch halte die Literatur am Überschuldungsbegriff fest mit der Begründung, der präventive Gläubigerschutz ist aufgrund der Haftungsbeschränkung rechtspolitisch zwingend. Die Referentin machte einen Vorschlag für ein modifiziertes Pflichten- und Haftungsregime.

Der Vorschlag: Ab dem Eintritt der Überschuldung und bei einer fehlenden Durchfinanzierung für zwölf Monate bestehe noch keine Antragspflicht und es sollten nur zivilrechtliche, aber keine strafrechtlichen Sanktionen möglich sein, auch solle es keine Haftung wegen masseschmälernder Zahlungen nach § 15 b Abs. 1 Satz 1 InsO geben. Ist eine Durchfinanzierung weniger als vier Monate darstellbar, müsse der Geschäftsleiter einen Insolvenzantrag stellen. Es dürften aber nur zivilrechtliche und keine strafrechtlichen Sanktionen drohen.

Den Vortrag kommentierte der studierte Betriebs- und Volkswirt **Georgiy Michailov** (Struktur Management Partner). Er hält eine betriebswirtschaftliche Planung für Unternehmen über einen längeren Zeitraum als zwölf Monate für sehr wichtig. Die aktuelle Frist bei der Überschuldung von vier Monaten sei nicht ausreichend. Ein vorausschauendes Agieren der Geschäftsleitung sei nötig, insbesondere wegen des Ziels der Geschäftsleiter, sich möglichst zu enthaften. Ein präventives frühes Ansetzen der betriebswirtschaftlichen Planung sei dafür notwendig, um sich enthaften zu können. Schluck-Amend teilte diese Meinung, blieb aber dabei, dass eine strafrechtliche Sanktion nicht notwendig sei. Alleine die Angst zu haften würde schon ausreichen, sich über die Antragspflicht Gedanken zu machen. Die Meinungen gingen im Publikum hinsichtlich der Strafbarkeit auseinander. Es gab die Auffassung, dass eine zu späte Antragstellung zumindest vier Monate vor der Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags auch strafrechtlich zu ahnden ist. Ein Verwalter meldete sich zu Wort und schlug vor, dass der Unternehmensführer strafrechtlich nicht belangt werden sollte, wenn er selbst den Insolvenzantrag stellt, bevor es die Krankenkassen oder das Finanzamt tun. In der anschließenden Diskussion lehnten viele Teilnehmer die fehlende strafrechtliche Sanktion ab mit der Begründung, dass es immer mehr deliktisch getriebene Unternehmensleiter gebe und die fehlende strafrechtliche Sanktion nicht das richtige Signal gegenüber Unternehmensführern sei. Offensichtlich gibt es hier noch



RA Jesko Stark



RA Gordon Rapp

keine einheitliche Meinung, sodass davon auszugehen ist, dass aktuell § 19 InsO, Insolvenzantragspflicht aufgrund Überschuldung, und die damit einhergehenden strafrechtlichen Konsequenzen weiter bestehen bleiben, zumindest im Moment.

Für den Vortrag über den Harmonisierungsvorschlag der EU und dessen Konsequenzen für die Praxis wurde nach dem Mittagsbuffet in den Katakomben der Universität **Prof. Dr. Reinhard Bork** (Universität Hamburg) dazugeschaltet und auf die Leinwand gebeamt, da er aus privaten Gründen die Anreise nach Mannheim zeitlich nicht schaffen konnte. Den kompakten Gesamtüberblick der einzelnen Titel versah Bork mit kritischen Anmerkungen. Zu den Vorarbeiten des Entwurfs, seien es UNCITRAL Legislative Guide oder Empfehlungen von z. B. EBRD, ELI oder Weltbank, merkte er an, dass sie eher cursorisch und nicht hinreichend konkret genug seien und sich die EU-Kommission unter enormen Zeitdruck ihrer fünf Jahre Amtszeit setze, um am Ende einen Vollzug

fechtungsrecht, nämlich Bork/Veder, Harmonisation of Transactions Avoidance Laws als Ergebnis einer europäischen Forschungsgruppe, das ein Modellgesetz in neun Paragraphen vorschlägt, betonte er, dass man vier Jahre daran gearbeitet und die Kommission ganz im Sinne von Bork/Veder eins zu eins »abgeschrieben« habe, wenngleich im Entwurf etwas anders strukturiert und gegliedert. Zum Pre-pack-Verfahren (Art. 19–35) bestätigte Bork häufig geäußerte Kritikpunkte, u. a. zur unklaren Eingangsvoraussetzung, zur fehlenden Gläubigerbeteiligung und zur umstrittenen Abtretung von Verträgen. Beim Liquidationsverfahren für KKMU schloss er sich der Kritik an, dass der Anwendungsbereich viel zu groß ist und der Verzicht auf einen Insolvenzverwalter kontraproduktiv. Zum Hinweis, dass eine einheitliche Definition der Insolvenz fehlt, kündigte er einen Vorschlag der Veder-Bork-Arbeitsgruppe für November dieses Jahres an (siehe Namen & Nachrichten). Auf Nachfrage erklärte er, dass die Arbeitsgruppe zu dem Befund gekommen sei, dass eine Harmonisierung der Rangfolgen bei der Insolvenzanfechtung kaum möglich sei.



Co-Moderator RA Peter Depré

vermelden zu können, was er als »kein gutes Vorgehen« bezeichnete. Man hätte erst eine Grundlagenforschung in Auftrag geben sollen, auf die die darauffolgende EU-Kommission hätte aufbauen können, was letztendlich zu einer größeren Akzeptanz geführt hätte. Die vom EU-Parlament und von der Kommission geleistete Forschungsarbeit stufte Bork als »lückenhaft, grobkörnig und veraltet bei einem moving target« ein. Im Hinblick auf Art. 36, 37 RL-E zur Insolvenzantragspflicht hielt er als großes Manko fest, dass keine europäische Definition der Zahlungsunfähigkeit und keine allgemeine Regelung zur Wahrung der Gläubigerinteressen (Shift of duties) vorgesehen sind. Zur inzwischen wohl allseits bekannten Vorlage für die Art. 2, 3, 4–12 RL-E zum Insolvenzan-

Kritik an BGH-Sicht zur Gläubigerbenachteiligung

Ab dem Nachmittag übernahm ZIS-Vorstandsmitglied **RA Peter Depré** die Moderation, was Georg Bitter auch dafür nutzte, sich verstärkt in die Diskussionen einzuschalten bzw. diese zu befeuern. Nach der Kaffeepause referierte **RiBGH Dr. Volker Schultz** (Mitglied des IX. Zivilsenats) über »Gläubigerbenachteiligung nach § 129 Abs. 1 InsO – wirtschaftliche Betrachtung und wertende Korrekturen«. Die Gläubigerbenachteiligung i. S. d. § 129 InsO ist unabdingbare Voraussetzung jeder Insolvenzanfechtung. Eine Gläubigerbenachteiligung liegt nach der Definition des BGH vor, wenn entweder die Schuldenmasse vermehrt oder die Aktivmasse verkürzt und dadurch der Gläubigerzugriff auf das Schuldnervermögen vereitelt wird (BGH, Urt. v. 22.12.2005 – IX ZR 190/02). Die Definition der Gläubigerbenachteiligung des BGH zerfällt in zwei Teile: erstens Vermehrung der Schuldenmasse oder Verkürzung der Aktivmasse und zweitens Gläubigerzugriff vereitelt, erschwert, gefährdet oder verzögert. Die Vermehrung der Schuldenmasse oder die Verkürzung der Aktivmasse sei das entscheidende Kriterium, betonte Schultz. Eine Gläubigerbenachteiligung sei auch dann gegeben, wenn die Masse ausreichen wird, um die Gläubiger zu befriedigen, obwohl eine Schuldenvermehrung stattgefunden hat. Es würde auch die abstrakte Beeinträchtigung des Gläubigerzu-



griffs genügen. Schultz unterschied zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Gläubigerbenachteiligung. Unmittelbar ist eine Benachteiligung, die ohne Hinzukommen späterer Umstände schon mit der angefochtenen Rechtshandlung selbst eintritt. Maßgeblicher Zeitpunkt sei die Vollendung der Rechtshandlung (BGH, Urt. v. 27.06.2019 – IX ZR 167/18). Bei der mittelbaren Gläubigerbenachteiligung könne die Mehrung der Schuldenmasse oder Verkürzung der Aktivmasse noch bis zur letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Insolvenzanfechtungsprozess eintreten (BGH, Urt. v. 26.04.2012 – IX ZR 146/11). Der für die Beurteilung der Gläubigerbenachteiligung maßgebliche Eintritt einer Mehrung der Schulden oder Verkürzung der Aktivmasse sei rein wirtschaftlich zu bestimmen. Es müssten jedoch wertende Korrekturen vorgenommen werden, wenn es ausgleichende Gegenleistungen gibt. So würde bei der Bezahlung von Absonderungsrechten keine Gläubigerbenachteiligung vorliegen, da durch die Zahlung der Vermögensgegenstand, der mit einem Absonderungsrecht belastet war, wieder frei wird (BGH, Urt. v. 30.04.2020 – IX ZR 162/16). Stellt sich heraus, dass die Vermögensmasse durch die anfechtbare Handlung keinen wirtschaftlichen Nachteil erfahren hat, lehne der BGH eine Gläubigerbenachteiligung ab.

In der anschließenden Diskussion wurde diese Rechtsansicht nicht geteilt. Ein zugeschalteter Professor aus Bonn vertrat die Rechtsauffassung, dass eine Gläubigerbenachteiligung immer dann vorliegt, wenn ein Vermögensgegenstand aus der Insolvenzmasse ausscheidet. Ausnahme sei nur, wenn eine berücksichtigungsfähige Gegenleistung vorliegt. Er halte § 144 Abs. 2 InsO für entsprechend anwendbar. Sein Mannheimer Kollege wies auf die Probleme der fortgesetzten Leistung bei fortgesetzten Lieferungen hin und skizzierte dazu einen Fall. Durch die Zahlung würde die Gegenleistung erbracht, dann sei für einen Moment der ausgeschiedene Vermögenswert wieder in der Masse vorhanden – und somit kein Schaden entstanden. An der regen Diskussion war zu merken, dass die Rechtsmeinungen noch nicht ausdiskutiert sind. Vielleicht gibt es ja doch noch Ansatzpunkte, den BGH in seiner Auffassung, die Gläubigerbenachteiligung nach § 129 Abs. 1 InsO ist nur gegeben, wenn der Masse wirtschaftlich ein Schaden entstanden ist, zu überdenken.

Den Abschluss bildete das Thema »Kryptowährung in der Insolvenz«, den **Prof. Dr. Dimitrios Linardatos** (Universität Saarbrücken), **RA Jesko Stark** (Greenberg Traurig) und **RA Gordon Rapp** (Rapp Wolff) mit drei Vorträgen bestritten. Über die technische

Ausgangssituation klärte Linardatos auf, über die Definitionen von Kryptowerten und Token (Dateneintrag auf der Blockchain) im KWG, über Currency Token und Stablecoin (Ausschaltung der Wertvolatilität durch Anbindung an Referenzwert wie staatliche Währung), Investment Token und Security Token (behördlich geprüfte Investments wie Wertpapiere), Utility Token, die Rechte auf bestimmte Serviceleistungen (z. B. Zugriff auf Speicherplatz) verkörpern, sowie Non-Fungible Token, die als virtuelle Sammlerstücke zu verstehen sind. Abschließend stellte er die beiden Verwahrmöglichkeiten vor: Speicherung online unter Einschaltung einer Drittpartei (Custodial) und Speicherung offline auf eigenem Speichermedium (Non-Custodial). Danach erläuterte Jesko Stark die Insolvenz des Kryptobesitzers (Kryptowerte sind Teil der Insolvenzmasse) und unterschied die Verwertung von Kryptowerten in Fremd- und Selbstverwahrung. Als Verwalter der Nuri GmbH, fälschlicherweise mit einer Geschäftsmodellmischung aus Onlinebankkonto, Krypto-Wallet und Wertpapierhandel als Nuri-Bank bezeichnet, erläuterte er das laufende Verfahren (Eröffnung 01.11.2022) über das Fintech-Start-up mit 140 Mitarbeitern, das vertraglich gebundener Vermittler der Solarisbank war und eine Nuri-App betrieb. Innerhalb von drei Tagen hätten rd. 70 internationale Investoren ihr Interesse bekundet, veräußert werden konnte das Unternehmen aber nicht, daher erfolge die Abwicklung des Geschäftsbetriebs. Danach stellte Gordon Rapp die europäische MICA-Verordnung vom 20.04.2023 vor, die neue gemeinsame Regeln für die Aufsicht, den Verbraucherschutz und den Umweltschutz für Kryptowerte aufstellt, indem er den persönlichen (Emittenten und Dienstleister) und den sachlichen Anwendungsbereich (Tokenarten) sowie die darin verankerten Pflichten näherbrachte. Das Zukunftsfinanzierungsgesetz (ZuFinG), das als RefE vom 12.04.2023 vorliegt, stehe im Einklang mit der MICA-Verordnung, dessen KWG-Ergänzungen er kurz anriss. Es soll u. a. Rechtssicherheit zum Aussonderungsrecht im Kryptoverwahrgeschäft schaffen, d. h., Kunden dürften sich darauf verlassen, dass ihnen ein Aussonderungsrecht an den verwahrten Kryptowerten zusteht – mit der Ausnahme, wenn der Kunde eingewilligt hat, dass der Verwahrer über die verwahrten Werte auf eigene Rechnung verfügen darf.

In der pünktlichen Verabschiedung gab es wie immer den herzlichen Dank von Georg Bitter an die Referenten und an sein Team um Marita Doppler und den wissenschaftlichen Mitarbeiter Alexander Borrmann mit Präsenten sowie die Einladung zum lockeren Ausklang beim Buffet in den kühlen Katakomben. «