

Der hier skizzierten Auffassung ist im Schrifttum<sup>53</sup> mit dem Argument entgegengetreten worden, maßgeblich für die Befugnis des Insolvenzschuldners zur Beantragung eines Sekundärinsolvenzverfahrens sei das nationale Recht gem. Art. 35 EuInsVO i.V.m. Art. 7 EuInsVO: Dabei wird nicht hinreichend in die Betrachtung einbezogen, dass die Verfügungs- und damit Antragsbefugnis des Schuldners von den Wirkungen der Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens im anderen Mitgliedstaat abhängt, der schließlich europäisch-universelle Wirkungen entfaltet, Art. 19 EuInsVO. Vor diesem Hintergrund kann der bisweilen vertretenen Meinung, die EuInsVO treffe keine Regelung der Antragsbefugnis, nicht gefolgt werden.

#### IV. Auslegung des § 102c § 2 Abs. 1 EGINsO als Voraussetzung der europäisch-autonomen Auslegung des Art. 37 Abs. 1 EuInsVO?

##### 1. Vorlage an den EuGH

Nach Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV entscheidet der EuGH bekanntlich über die Gültigkeit und Auslegung der Handlungen der in Art. 13 Abs. 1 EUV genannten Unionsorgane, insbesondere über das gesamte sekundäre Unionsrecht, z.B. auch über Stellungnahmen und Empfehlungen. Prüfungsmaßstab ist diesbezüglich das gesamte höherrangige Unionsrecht. Daneben entscheidet der EuGH über die Gültigkeit und Auslegung der Handlungen der Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union.

Denn nur beim Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 267 Abs. 3 AEUV wäre eine Pflicht zu Vorlage zum EuGH gegeben, wenn eine zur Vorabentscheidung durch den EuGH berechtigende Frage in einem schwebenden Verfahren bei einem nationalen Gericht gestellt worden ist, dessen Entscheidung innerstaatlich nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann. Nur dann ist dieses Gericht zur Anrufung des EuGH verpflichtet. Daher bleiben außerordentliche Rechtsbehelfe, z.B. die Verfassungsbeschwerde, außer Betracht. Ob ein konkretes Rechtsmittel zur Verfügung steht, ist für jeden Einzelfall zu beurteilen. Es kommt also nicht darauf an, dass es abstrakt ein „höheres“ Gericht gibt.

##### 2. Keine Vorlageverpflichtung des AG Charlottenburg im Fall „Niki“

Das AG Charlottenburg war nicht zur Vorlage an den EuGH verpflichtet. Aufgrund des Verwerfungsmonopols des EuGH sind nationale Gerichte nur unter der Voraussetzung zur Vorlage verpflichtet, wenn sie einen Rechtsakt der Union für ungültig halten und ihn daher nicht anwenden wollen.

Das ändert nichts an der durch die Entscheidung des AG Charlottenburg geschaffenen Rechtslage:

##### 3. Konzernstrukturen und Kooperation der beteiligten Verwalter

Dass hier (unnötig?) Haftungslagen geschaffen worden sind, bleibt aber nicht zu übersehen. Im Schrifttum<sup>54</sup> ist darauf hingewiesen worden, dass auch die konzerninsolvenzrechtlichen Regelungen der EuInsVO bei dem zwischen zwei in Betracht kommenden Verwaltern bestehenden „Patt“ nicht mit legislativen Mitteln hätte lösen lassen. Aus pragmatischen Gründen werden die Beteiligten mit der Behandlung des nun in Berlin durchgeführten Verfahrens als Sekundärinsolvenzverfahren zu Recht zu kommen trachten; gute Verwalter kooperieren miteinander in Verfahren, die „verkorkst“ anmuten – und nicht nach hinten kritisieren, sondern gemeinsam im Blick nach vorn die bestmögliche Gläubigerbefriedigung sicherzustellen trachten.

##### V. Ausblick

Es wäre zu begrüßen gewesen, wenn im Rechtsmittelverfahren gegen die Entscheidung des LG Berlin der IX. ZS des BGH Gelegenheit bekommen hätte, sich der aufgeworfenen Fragen grds. anzunehmen; die Rechtsbeschwerde ist aber – insoweit bedauerlicherweise – zurückgenommen worden.

<sup>53</sup> Thole, ZIP 2018, 409.

<sup>54</sup> Nachweise bei Thole, ZIP 2018, 408 N. 58.

## Von der (Un-)Lauterkeit des „Weiterwirtschaftens“ trotz erkannter Zahlungsunfähigkeit und Verlustträchtigkeit des eigenen Unternehmens

von Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter Henning Sämisch und Dr. Sebastian Deichgräber, Hamburg\*

*Die jüngste Reform des Insolvenzanfechtungsrechts<sup>1</sup> dehnt den Schutz von bargeschäftlichen Leistungsaustauschen im Bereich der Vorsatzanfechtung deutlich aus. Das geht so weit, dass auch Geschäfte privilegiert werden, die der Schuldner im Rahmen einer erkennbaren Insolvenzverschleppung vornimmt. Um dieses Ergebnis zu korrigieren, muss es entgegen der Regierungsbegründung als „unlauter“ i.S.d. § 142 Abs. 1 InsO n.F. angesehen werden, wenn der Schuldner seinen Geschäftsbetrieb fortsetzt, obwohl er erkannt hat, dass er zahlungsunfähig und sein Geschäftsmodell nicht tragfähig ist.*

\* Die Autoren sind Rechtsanwälte der Kanzlei SHNF in Hamburg. Dank gilt für Recherche und Mitarbeit Herrn Tjark Pogoda, LL.B..

<sup>1</sup> „Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der InsO und nach dem Anfechtungsgesetz“, BGBl. I 2017, S. 654.

## I. Hintergrund

Der wirtschaftliche Zweck des Bargeschäftsprivilegs gem. § 142 InsO ist es, zu verhindern, dass ein Schuldner, der sich in der Krise befindet, praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen wird. Dies wäre jedoch der Fall, wenn selbst die von ihm abgeschlossenen wertäquivalenten Bargeschäfte der Anfechtung unterlägen.<sup>2</sup> Eine Leistung des Schuldners begründet vor diesem Hintergrund keine unmittelbar benachteiligende Rechtshandlung, wenn der Schuldner für seine Leistung eine gleichwertige Gegenleistung erhält.<sup>3</sup> In diesen Fällen bleibt eine Anfechtung daher nur möglich, wenn die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO erfüllt sind, weil diese auch mittelbare Benachteiligungen der Gläubiger erfasst.<sup>4</sup>

Der BGH hat den Schutz von Bargeschäften jedoch auf die Vorsatzanfechtung ausgeweitet: Erhält der Schuldner für die von ihm erbrachte Leistung zeitnah eine gleichwertige Gegenleistung, die zur Fortführung seines Unternehmens erforderlich ist und damit den Gläubigern im Allgemeinen nützt, fehlt der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz.<sup>5</sup> Dies gilt nach der Rechtsprechung des BGH zum bisherigen Recht jedoch nur unter der Einschränkung, dass es sich nicht um einen Fall handeln darf, bei welchem der Schuldner und der andere Teil erkennen, dass die Lage des Schuldners ohnehin aussichtslos ist und die Fortführung des Unternehmens unrentabel ist.<sup>6</sup>

Indem der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 142 Abs. 1 InsO allein darauf abstellt, ob eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt ist, lässt er diese Einschränkung nunmehr bewusst entfallen.<sup>7</sup> Damit gibt der Gesetzgeber trotz starker Kritik dem Druck der Wirtschaftsverbände nach, den diese im Vorfeld der Anfechtungsreform zum Schutz insbesondere mittelständischer Lieferanten und Handwerksbetrieben öffentlich ausgeübt hatten.<sup>8</sup>

Ob diesem Schutzanliegen mit der Neufassung des § 142 Abs. 1 InsO gedient ist, mag jedoch bezweifelt werden; denn nach dem neuen Recht kommt es für die Privilegierung eines Geschäfts als Bargeschäft nicht mehr darauf an, ob es fortführungsnotwendig ist und daher der Gläubigergesamtheit nützt. Entscheidend ist allein die Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen. Damit werden selbst solche Geschäfte privilegiert, die vom Schuldner im Rahmen einer erkennbaren Insolvenzverschleppung getätigt werden.<sup>9</sup> Der Anfechtungsgegner wird so von der Rücksichtnahme auf die Interessen der Gläubigergesamtheit dispensiert und kann den Schuldner weiter eigennützig beliefern, auch wenn er erkennt, dass seine Leistungen für die Gläubiger keinen Nutzen haben oder sogar schädlich sind.<sup>10</sup> Dies geht zulasten derjenigen – auch kleinen und mittelständischen Gläubiger –, die nicht an einer eigennützigen Weiterbelieferung des Schuldners partizipieren, sondern vielmehr durch das untunliche Weiterwirtschaften noch größere Ausfälle hinzunehmen haben.<sup>11</sup>

Dieses Ergebnis ist äußerst unbefriedigend, weil es die Aufrechterhaltung eines unrentablen Geschäftsbetriebs schützt

und so nicht nur der Gläubigergleichbehandlung, sondern auch dem Ziel der InsO, auf eine Sanierung des Unternehmens abzielen, widerspricht.<sup>12</sup> Das kann auch nicht im Sinne der Urheber der Reform sein, denen an „punktuellen Änderungen“ im Interesse der Rechtssicherheit gelegen war, die aber die Grundgedanken der bisherigen Regelungen unberührt lassen sollten.<sup>13</sup>

Es ist daher angezeigt, die soeben problematisierten Fälle der erkennbaren Insolvenzverschleppung dem Schutz des Bargeschäftsprivilegs zu entziehen. Dies kann über den Ausschlussgrund<sup>14</sup> für das Bargeschäftsprivileg erreicht werden, den der Gesetzgeber mit der von dem anderen Teil erkannten „Unlauterkeit“ des Schuldnerhandelns geschaffen hat.

In der Regierungsbegründung kommt jedoch ein Verständnis des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Unlauterkeit“ zum Ausdruck, das sich dazu als wesentlich zu eng erweist: Für ein unlauteres Verhalten des Schuldners soll es danach gerade nicht genügen, dass er die Rechtshandlung in dem Bewusstsein vornimmt, nicht mehr in der Lage zu sein, alle seine Gläubiger befriedigen zu können.<sup>15</sup> Vielmehr müssten hinreichend gewichtige Umstände hinzutreten, um in dem bargeschäftlich vollzogenen Leistungsaustausch einen „besonderen Unwert“ zu erkennen.<sup>16</sup> Nach der Begründung des RegE liege unlauteres Handeln bei gezielter Benachteiligung der Gläubiger vor, wie sie etwa gegeben sei, wenn es dem Schuldner in erster Linie darauf ankomme, durch die Befriedigung des Leistungsempfängers andere Gläubiger zu schädigen.<sup>17</sup> In diesem Sinne unlauter soll es bspw. sein, wenn der Schuldner Ausgaben für flüchtige Luxusgüter tätigt oder Betriebsvermögen abstößt, das zur Aufrechterhaltung des Betriebs unverzichtbar ist, wenn der Schuldner den vereinnahmten Gegenwert seinen Gläubigern entziehen will.<sup>18</sup>

2 BT-Drucks. 12/2443, S. 167.

3 BT-Drucks. 12/2443, S. 167.

4 BT-Drucks. 12/2443, S. 167.

5 BGH NJW 1997, 3028, 3029; NZI 2009, 723 Tz. 2, 2014, 762 Tz. 21f.; 2015, 320 Tz. 22.

6 BGH, ZInsO 2017, 1366.

7 Pape, ZInsO 2018, 296, 303.

8 Pressewirksam wurden Lieferanten porträtiert, die selbst in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerieten, als Insolvenzverwalter sie aus Insolvenzanfechtungen in Anspruch nahmen. Eindrücklichstes Beispiel hierfür ist die am 8.2.2017 im WDR ausgestrahlte Dokumentation „Unverschuldet pleite? – Wie ein Gesetz gesunde Betriebe ruiniert“. S. auch Handelsblatt v. 13.3.2017: „Nach der Pleite eines Kunden sollte ein Schweißgeräte-Händler bereits beglichene Rechnungen zurückerstatten. Für die Firma hätte es den Ruin bedeutet. Solche krassen Fälle sind in Deutschland keine Seltenheit. Eine Gesetzesreform soll dies künftig verhindern“.

9 Pape, ZInsO 2018, 296, 303; vgl. Dahl/Schmitz, NJW 2017, 1505, 1509.

10 Pape, ZInsO 2018, 296, 303.

11 Dies hat der Bundesrat schon im Gesetzgebungsverfahren zu bedenken gegeben. BR-Empfehlungen 495/1/15, S. 14.

12 BR-Empfehlungen 495/1/15, S. 14.

13 RegE v. 16.12.2015, BT-Drucks. 18/7054, S. 12.

14 FK-InsO/Dauerhein/Blank, 9. Aufl. 2018, § 142 Rn. 22.

15 BT-Drucks. 18/7054, S. 19.

16 BT-Drucks. 18/7054, S. 19.

17 BT-Drucks. 18/7054, S. 19.

18 BT-Drucks. 18/7054, S. 19.

## II. Unlauterkeit der Fortsetzung der Geschäftstätigkeit trotz erkannter Zahlungsunfähigkeit und Verlustträchtigkeit des Unternehmens

Obwohl bei der Auslegung der Gesetze deren Begründung natürlich grds. besonders zu berücksichtigen ist, sprechen in diesem Fall gewichtige Gründe dafür, von der Regierungsbegründung abzuweichen und es als unlauter anzusehen, wenn der Schuldner trotz erkannter Zahlungsunfähigkeit und Verlustträchtigkeit seines Unternehmens weiter Geschäfte tätigt.

Einerseits wird dieses Verhalten eindeutig von dem allgemeinen Sprachverständnis des Begriffs der Unlauterkeit erfasst. Das Wort „unlauter“ lässt sich nämlich mit Synonymen wie „irregulär“, „regelwidrig“, „unfair“ oder „illegitim“ übersetzen.<sup>19</sup> All diese Begriffe haben einen größeren Bedeutungsumfang als die in der Regierungsbegründung aufgezählten Fälle, die deshalb nur als exemplarisch gelten können. Die genannten Synonyme beschreiben vielmehr gerade den Sachverhalt, in dem sich der Schuldner nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit durch die Aufrechterhaltung eines unrentablen Geschäftsbetriebs ungerechtfertigte Vorteile gegenüber denjenigen Marktteilnehmern verschafft, die kostendeckend wirtschaften.

Darüber hinaus wird durch ein solches Gebaren der Regelungsgegenstand des Gesetzes gegen *unlauteren* Wettbewerb (UWG) zumindest tangiert. Gem. § 1 UWG dient das Gesetz nicht nur dem Schutz der Mitbewerber, Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmern, sondern auch dem Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Zur Erreichung dieses Zwecks erklärt § 3 Abs. 1 UWG unlautere geschäftliche Handlungen für unzulässig. Im Ausgangspunkt sind solche Verhaltensweisen in diesem Sinne als unlauter zu qualifizieren, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel zuwiderlaufen.<sup>20</sup> In der Unternehmenskrise ist als Teil dieser Gepflogenheiten insbesondere die Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO zu beachten. Wenn der Schuldner unter andauerndem Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht seine Tätigkeit am Markt fortsetzt, beeinträchtigt dies den unverfälschten Wettbewerb, weil sich der Schuldner die soeben beschriebenen systemwidrigen Vorteile verschafft.

Ziel der Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO ist es gerade, die rechtzeitige Einleitung des Insolvenzverfahrens zu gewährleisten, um sowohl die Altgläubiger vor einer weiteren Verringerung der Haftungsmasse als auch die Neugläubiger vor dem Vertragsschluss mit einer bereits notleidenden Gesellschaft zu schützen.<sup>21</sup> Dazu stünde es in einem unauflösbaren Widerspruch, wenn auch solche Geschäfte als Bargeschäft anfechtungssicher wären, die der Schuldner im Rahmen einer für den anderen Teil erkennbaren Insolvenzverschleppung tätigt.

Welches Gewicht das Gesetz der rechtzeitigen Eröffnung des Insolvenzverfahrens beimisst, zeigt sich daran, dass der Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 4 InsO strafbar ist. Dass sich die Geschäftsleitung zwar einer-

seits strafbar und nach § 64 Satz 1 GmbHG schadensersatzpflichtig macht, wenn sie nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit den Geschäftsbetrieb fortsetzt, die in diesem Zusammenhang getätigten Geschäfte aber im anfechtungsrechtlichen Sinne „lauter“ sein sollen, ist paradox.

Schließlich ist auch der Anfechtungsgegner nicht schutzwürdig, wenn er erkennt, dass der Schuldner seine Insolvenz verschleppt; denn ab dem Eintritt der materiellen Insolvenzreife muss das Streben nach Einzelvorteilen hinter das Ziel der bestmöglichen Befriedigung der Gläubigersamtheit zurücktreten. Sofern der Anfechtungsgegner Umstände bzw. Indizien kennt, die auf eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hindeuten, kann er nicht mehr davon ausgehen, dass die Bezahlung seiner Leistungen durch den Schuldner noch lauter ist. Im Übrigen wäre es wertungswidersprüchlich, einerseits die Kenntnis des Gläubigers einer kongruenten Deckung vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners zu vermuten, wenn er um die eingetretene Zahlungsunfähigkeit weiß (§ 133 Abs. 3 Satz 1 InsO n.F.), dies aber andererseits für die Kenntnis von der Unlauterkeit des Schuldnerhandelns nicht genügen zu lassen. Dass die Anknüpfungstatsachen für die Vermutung des § 133 Abs. 3 Satz 1 InsO i.V.m. Abs. 1 Satz 2 InsO nach der Regierungsbegründung nicht ausreichen sollen, um auf eine Kenntnis der Unlauterkeit zu schließen, ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar. *Pape* weist zu Recht darauf hin, dass es mit Redlichkeitsgesichtspunkten, die im Begriff der Unlauterkeit zum Ausdruck kommen sollen, schwerlich zu vereinbaren ist, eine erlaubte Bevorzugung des Anfechtungsgegners gegenüber anderen Gläubigern auch dann noch anzunehmen, wenn für ihn strafbares Verhalten des Schuldners erkennbar ist.<sup>22</sup> Vielmehr liegt es in gewissen Konstellationen nahe, über Beihilfe zur Verletzung der Insolvenzantragspflicht nachzudenken.

## III. Fazit

Die Neufassung des § 142 Abs. 1 InsO gibt die Rechtsprechung des BGH zum bisherigen Recht auf, wonach barge-schäftsähnliche Handlungen den Gläubigern konkret nützlich sein müssen, um Schutz vor einer Vorsatzanfechtung zu genießen. Damit werden nunmehr auch solche Geschäfte privilegiert, die der Schuldner im Rahmen einer erkennbaren Insolvenzverschleppung tätigt. Dem Schuldner wird so die Aufrechterhaltung eines unrentablen Unternehmens ermöglicht. Einzelne Geschäftspartner können den Schuldner zulasten der Befriedigungsaussichten der Gläubigersamtheit eigennützig weiterbeliefern. Um dieses unbefriedigende Ergebnis abzuwenden, ist es i.S.d. § 142 Abs. 1 InsO als unlauter anzusehen, wenn der Schuldner weiter Geschäfte führt, obwohl er erkannt hat, dass er zahlungsunfähig und sein Unternehmen verlustträchtig ist. Lässt man dies – wie die Regierungsbegründung – nicht für die Annahme von Unlauterkeit

19 Duden Online-Wörterbuch.

20 BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

21 BT-Drucks. 16/6140, S. 55; BGH, ZInsO 2010, 2323.

22 In diesem Sinne *Pape*, ZInsO 2018, 296, 304.

genügen, leistet man einer ungerechtfertigten Wettbewerbsverzerrung Vorschub und setzt sich in Widerspruch zu dem Anliegen der strafbewehrten Insolvenzantragspflicht, eine rechtzeitige Verfahrenseröffnung zu gewährleisten. Vor diesem Hintergrund wird sich die Rechtsprechung zum neuen Recht kritisch mit dem engen Verständnis des Unlauterkeitsbegriffs, der in der Regierungsbegründung zum Ausdruck kommt, auseinanderzusetzen haben.<sup>23</sup> Der Auslegungsspielraum des § 142 InsO dürfte insoweit erhöht werden.<sup>24</sup>

Handlungsalternativen ergeben sich für den Lieferanten aus der Möglichkeit, dem Vertragspartner (Schuldner) im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs einen (Kon-

tokorrent-)Kredit einzuräumen. Erst bei einer Überschreitung des Kontokorrents (Tilgung von Altverbindlichkeiten Fristüberschreitung etc.) ergeben sich Anfechtungsrisiken. Gegen das verbleibende Risiko können sich potenzielle Anfechtungsgegner durch Abschluss einer Anfechtungsversicherung absichern.<sup>25</sup>

23 Vgl. Pape, ZInsO 2018, 296, 304.

24 Vgl. auch Möhlenkamp, DStR 2018, 987, 993.

25 Vgl. zur Möglichkeit einer Anfechtungsversicherung: <http://www.coface.de/Unsere-Loesungen/Meine-Geschaeft-absichern/Anfechtungsversicherung>, Stand: 19.2.2018, sowie auch <http://www.eulerhermes.de/mediacenter/neuigkeiten/Pages/euler-hermes-bietet-umfassenden-langzeitschutz-bei-insolvenzanfechtung.aspx>, Stand: 19.2.2018.

## Zwischenruf aus der Praxis

### Verwaltervergütung bleibt notwendiger Inhalt eines Insolvenzplans

Klärungsbedarf zum Beschluss des BGH vom 16.2.2017 – IX ZB 103/15, ZInsO 2017, 538 ff.

von Rechtsanwalt/Fachanwalt für Insolvenzrecht Dr. Josef Hingerl, München

*Der BGH stellt in seiner viel beachteten Entscheidung klar, dass die Kompetenz zur Festsetzung der Vergütung des Insolvenzverwalters beim Gericht bleibt. Der Versuch des Planverfassers, die Gläubiger über die Vergütung bestimmen zu lassen, wurde abgewehrt.*

*Bei den unterschiedlichen vom BGH verwendeten Begriffen in der vielfältigen Begründung kann der Eindruck entstehen, die Vergütung gehöre nicht zum notwendigen Inhalt des Insolvenzplans. Begrifflich wird nicht klar unterschieden zwischen „Vereinbarungen“, „Regelungen“ und „Bestimmungen“ zur Vergütung. Es stellt sich auch die Frage, ob die Ausführungen des BGH nur zum gestaltenden Teil des Insolvenzplans gelten – nur dieser Teil war von der Entscheidung betroffen – oder auch zum darstellenden Teil. Die Offenlegung der Vergütung im darstellenden Teil des Insolvenzplans gehört nach bisherigem Verständnis zum notwendigen Inhalt des Insolvenzplans. Ohne Darstellung der Vergütung im Insolvenzplan ist den Gläubigern, dem Schuldner und dem Gericht eine Entscheidung über den Insolvenzplan nicht möglich. Der Plan ist ohne die Darstellung der Vergütung in der Vergleichsrechnung von Regelverfahren und Planverfahren sogar zurückzuweisen. Wenn zu der Entscheidung des BGH daher von einem „Bärendienst“<sup>1</sup> gesprochen wird und von den zu erwartenden „neuen Problemfeldern“<sup>2</sup> wird eine naheliegende planhindernde Interpretation der Entscheidungsgründe in der Praxis deutlich.*

*Die Entscheidung des BGH ist bei näherer Betrachtung kompatibel mit der Forderung, dass die Darstellung der Vergütung des Insolvenzverwalters notwendiger Inhalt des Insolvenzplans ist. I.Ü. ist festzuhalten, dass die Ausführungen zu § 217 InsO n.F. nur ein „obiter dictum“ darstellen. Eine endgültige Entscheidung liegt hierzu also noch nicht vor. Eine dem „obiter dictum“ widersprechende Sichtweise erscheint möglich, ohne die Festsetzungskompetenz durch das Gericht aufzugeben. Beides wird im Folgenden dargestellt.*

#### I. Problematische Themenpunkte der Entscheidung des BGH

Zunächst ist festzuhalten, dass die Entscheidung Vergütungsregelungen betraf, die im gestaltenden Teil des Insolvenzplans vorgesehen waren. Gelten die Ausführungen auch für den darstellenden Teil mit der Folge, dass die Beteiligten keine Informationen über die Vergütung des Insolvenzverwalters bei der Abstimmung hätten?

Wenn nun klar ist, dass nur das Gericht über die Vergütung entscheiden kann, ist dann nicht irrelevant, wie es zur Genese des Vergütungsvorschlags im Plan kommt, also z.B. über „Vereinbarungen“, „Festsetzung“, „Bestimmungen“ oder Regelungen im Plan, wenn die Vergütung den gesetzlichen Normen entspricht und vom Gericht geprüft wird?

Sind die Ausführungen des BGH zu § 217 InsO n.F. im Rahmen eines „obiter dictum“ wirklich überzeugend?

Zu klären ist auch, wen die Bestimmung der Vergütung im Plan bindet.

#### II. Vergütungsregelung als „Verfahrensabwicklung“ nach § 217 Satz 1 InsO

Die Entscheidung des BGH betrifft einen Sachverhalt von der Neufassung des § 217 Satz 1 InsO, sodass nur ein „obiter

1 Blankenburg, ZInsO 2017, 531 f.

2 Haarmeyer, ZInsO 2017, 543 f.