

Interessenkonflikte im Insolvenzverfahren

Lösungsansätze zwischen der Unabhängigkeit des Verwalters und Pflichten im Einzelfall^{*}

Prof. Dr. Christoph Thole, Köln

Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen gehört zu den Kernpflichten der Anwaltschaft. Das Bewusstsein für Interessenkonflikte ist aber auch außerhalb der Anwaltschaft gewachsen. Dazu gehört die Insolvenzverwaltung, in der Anwälte besonders häufig als Insolvenzverwalter tätig sind. Klar ist: Auch ein Insolvenzverwalter kann nicht Diener zweier Herren. Weniger klar ist, wie Interessenkonflikte bewertet und verhindert werden können. Der Autor stellt die Lösungen der Insolvenzordnung anhand von praktischen Beispielen dar. Es geht sowohl um persönliche Inhabilitätsanforderungen als auch organisatorisch-situativen Pflichten in konkreten Konstellationen.

I. Die Vermeidung von Interessenkonflikten als allgemeiner Grundsatz der Insolvenzordnung

Das Thema „Interessenkonflikte“ hat zwar in einzelnen Rechtsbereichen, etwa im Kapitalmarktrecht, wissenschaftliche Aufmerksamkeit erfahren. Grundlegendere Untersuchungen sind aber selten. Für das allgemeine Privatrecht ist jüngst eine Habilitationsschrift erschienen, die sich an allgemeinen Leitsätzen versucht, das Insolvenzrecht aber nur punktuell einbezieht.¹ Interessenkonflikte im Insolvenzrecht sind daher – nach wohl allseitigem Verständnis – ein praktisch relevantes Thema, gleichwohl aber wissenschaftlich kaum vertieft untersucht. Selbst der Begriff des Interessenkonflikts ist nicht eindeutig definiert. Immerhin kann man ein gewisses Grundverständnis darüber vermuten und für diese Untersuchung zugrunde legen, dass es bei einem Interessenkonflikt um die Kollision zwischen zwei oder mehreren unvereinbaren oder zumindest potentiell unvereinbaren Interessen von in aller Regel mehreren Personen geht.² Der Verwalter kann in einer gegebenen Situation nicht Gläubigerinteressen fördern, wenn er eigene Interessen fördert oder dies zu besorgen steht; er kann nicht Diener zweier Herrn sein. In der Eigenverwaltung und/oder bei einer Plansanierung konfliktiert das Interesse des Schuldners und seiner Organe an einer „schuldnerfreundlichen“ Lösung nicht zwingend, wohl aber potentiell mit den Interessen der Gläubiger.

Dieser Beitrag maßt sich nicht an, die Lücke in der wissenschaftlichen Aufarbeitung mit einem Federstrich zu schließen, versucht aber auf einzelne Problembereiche aufmerksam zu machen.

1. Zwei Ansätze zur Bewältigung von Interessenkonflikten

Das Recht zeigt an verschiedenen Stellen, dass es die Entstehung von (konkreten) Interessenkonflikten vermeiden will.

Man kann dies, wie sogleich zu zeigen sein wird, als einen allgemeinen Grundsatz in der Insolvenzordnung ausmachen. Bei genauerer Sicht offenbart sich dieses Prinzip in zwei Ansätzen, die der Gesetzgeber der Insolvenzordnung verfolgt.

a) Unabhängigkeit als persönliches Eignungsmerkmal

Interessenkollisionen werden durch Eignungsanforderungen an die handelnden Personen, namentlich durch das Erfordernis der Unabhängigkeit vermieden. Die Freiheit von Interessenkonflikten wird zum persönlichen Eignungsmerkmal. Dies gilt nicht nur für die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters (§ 56 Abs. 1 InsO), sondern gleichermaßen bei der Auswahl eines Sachverständigen (§ 5 InsO, § 4 InsO in Verbindung mit §§ 404, 406 ZPO), bei der Auswahl des Sachwalters in der Eigenverwaltung (§ 274 Abs. 1 InsO, §§ 56, 56a InsO) und bei den Anforderungen an den „Bescheiniger“ im Sinne des § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO, der vom vorläufigen Sachwalter personenverschieden sein muss.

Wendet man sich *pars pro toto* der Verwalterauswahl zu, so geht es bei § 56 InsO um die Vermeidung von wirtschaftlichen oder rechtlichen Verflechtungen des Verwalters mit den Beteiligten des Verfahrens. Der Verwalter darf keine Besorgnis der Befangenheit hervorrufen.³ Mit der Unabhängigkeit lässt es sich grundsätzlich nicht in Einklang bringen, wenn der Insolvenzverwalter den Schuldner oder einen Großgläubiger beziehungsweise nahestehende Personen im Vorfeld des Insolvenzverfahrens juristisch, wirtschaftlich oder steuerlich berät oder beraten hat.⁴ Entsprechendes gilt bei der Beratung durch einen Sozium des Insolvenzverwalters.

Das Unabhängigkeitserfordernis hat sich in gewisser Weise ambivalent entwickelt. Einerseits hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Zügel angezogen.⁵ Der neue Trend besteht darin, weniger an die möglicherweise pflichtengefährdende Situation als solche anzuknüpfen als vielmehr – sub specie Auswahl – an die fehlende Offenbarung dieser Umstände gegenüber dem Insolvenzgericht. Dies fügt sich zugleich ein in das zunehmende (und fragwürdige) Bestreben der Insolvenzgerichte, jeweils eigene lokale Fragebögen zum Abfragen bestimmter Daten und Umstände zu entwickeln. Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung vom 17. März 2016 anerkannt, dass es der Insolvenzverwalter gegenüber dem Insolvenzgericht zu offenbaren habe, wenn er in mehr als der in § 56 Abs. 1 Satz 3 InsO für zulässig erachteten Form der allgemeinen Beratung für den Schuldner tätig war. Wenn ein Insolvenzverwalter bei seiner Ernennung eine Vorberatung des Schuldners verheimlicht und/oder den Schuldner veranlasst, hierüber im Insolvenzantrag die Unwahrheit zu sagen, ist dies nach Auffassung des Bundesgerichtshofs geeignet, das Vertrauen des Insolvenzrichters in

* Der Beitrag ist zuerst in der „Festschrift zu Ehren von Marie Luise Graf-Schlicker“ (herausgegeben von Beate Czerwenka, Matthias Korte und Bruno M. Kübler) erschienen. Das Anwaltsblatt dankt dem RWS Verlag für die freundliche Erlaubnis, den Beitrag nachzudrucken.

1 Kumpan, Der Interessenkonflikt im Deutschen Privatrecht, 2014.

2 Vgl. zum Fehlen eines Begriffs Kumpan, Der Interessenkonflikt im Deutschen Privatrecht, 2014, S. 11 ff.

3 Vgl. BGH, Beschl. v. 22.4.2004 – IX ZB 154/03, ZIP 2004, 1113 = NZI 2004, 448, dazu EWIR 2004, 925 (Berg-Grünenwald/Keller); Graf-Schlicker in: Graf-Schlicker, InsO, 4. Aufl. 2014, §§ 56, 56a Rz. 66 f.; Graeber in: MünchKomm-InsO, 3. Aufl. 2013, § 56 Rz. 35.

4 BGH, Beschl. v. 4.5.2017 – IX ZB 102/15, ZIP 2017, 1230, Rz. 11, dazu EWIR 2017, 435 (Zipperer).

5 So auch schon AG Köln, Beschl. v. 17.9.1999 – 71 IN 28/99, ZIP 1999, 1646 = NZI 1999, 466.

die Integrität des Insolvenzverwalters nachhaltig zu zerstören; dann ist sogar auch das Delisting möglich. Jedenfalls aber ist damit die Unabhängigkeit und folglich die Eignung im konkreten Fall in Frage gestellt.⁶

Im Beschluss vom 4. Mai 2017⁷ hat der Bundesgerichtshof den Faden weitergesponnen und angenommen, dass ein Insolvenzverwalter zu entlassen sei, wenn nachträglich bekannt wird, dass er im Zuge seiner Bestellung vorsätzlich Umstände verschwiegen hat, die geeignet waren, ernsthafte Zweifel an seiner Unabhängigkeit zu begründen, und eine Bestellung zum Verwalter nicht zuließen. Konkret ging es um einen Verwalter, der verschwiegen hatte, dass er mehr als elf Jahre zuvor aufgrund eines Treuhandvertrags mit dem Geschäftsführer der Schuldnerin für diesen Geschäftsanteile an der Schuldnerin hielt, dass er den Geschäftsführer seinerzeit geduzt hatte und für ihn als Steuerberater tätig gewesen war. Der lange Zeitablauf hielt den Bundesgerichtshof nicht davon ab, eine Entlassung zu rechtfertigen, wenn und weil objektive Umstände feststehen, die aus der Sicht eines vernünftigen Gläubigers oder Schuldners berechnete Zweifel an der Unvoreingenommenheit oder Unparteilichkeit der in Aussicht genommenen Person begründen.⁸ Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der künftige Verwalter an der Schuldnerin beteiligt oder wenn er mit ihr unmittelbar oder mittelbar durch Mandatsverhältnisse verbunden war oder ist.⁹

Der Bundesgerichtshof nimmt mithin das Gebot der Unabhängigkeit ernst und sichert Verstöße gegen die Offenbarungspflicht über entsprechende Sanktionen bis hin zum Delisting ab.¹⁰ Manche Gerichte nehmen einen entsprechenden „*conflict check*“ nach bestimmten Leitlinien vor, was zu begrüßen ist, freilich den Flickenteppich bei den Gerichtsurancen in Deutschland noch weiter erhöht. Ohnedies sollte jeder Verwalter einen Selbstcheck vornehmen müssen, wie dies die verschiedenen Zertifizierungen (GOI, InsOExzellenz) auch ausdrücklich vorsehen.

Das Problem liegt darin, dass mit der notwendigen Verlagerung auf eine Aufklärungspflicht des Verwalters die eigentliche Frage nach der Reichweite des Vorbefassungsgebots und die inhaltliche Definition der Unabhängigkeit in den Hintergrund rücken. Wenn die fehlende Aufklärung relevanter Umstände den maßgeblichen Ansatz bildet, ist nur noch inzident die Frage zu klären, ob diese Umstände tatsächlich einen Interessenkonflikt zu begründen geeignet sind.

Auf der anderen Seite der Entwicklung steht, dass das Gesetz das Gebot der Unabhängigkeit selbst partiell gelockert hat, wenn es in § 56 Abs. 1 Satz 3 InsO die Vorberatung des Schuldners „in allgemeiner Form“ für zulässig erachtet. Diese Voraussetzung ist bisher wenig konturiert; auch der Begriff „Beratung“ gilt als missverständlich.¹¹ Der Bundesgerichtshof scheint jedenfalls tendenziell eher streng zu sein, wenn er in der Entscheidung vom 17. März 2016 unter anderem darauf abstellt, der Verwalter habe Fragen der Schuldnerin beantwortet, ob sie trotz Insolvenzzreife Mitarbeiter des Moskauer Büros bezahlen, Forderungen von Gläubigern begleichen, Bestellungen auslösen und bei länger laufenden Abnahmeverpflichtungen Bestellungen auslösen und Zahlungsziele vereinbaren dürfe.¹² Im konkreten Fall war zwar darüber hinaus noch eine Beratung zum Insolvenzantrag und weitere Mithilfe gegeben. Man fragt sich dennoch unweigerlich, was eine Beratung über den Ablauf des Insolvenzverfahrens in allgemeiner Form eigentlich noch sein soll, wenn die Frage nach dem rechtlichen Status von Insolvenzforderungen oder der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis schon eine konkrete Bera-

tung begründet. Es kann ja keinen Unterschied machen, ob der Verwalter seine Antworten mit „Man kann“ oder „Der Schuldner kann“ einführt oder ob er dem Schuldner unmittelbar mitteilt, was gerade er in dem künftigen Insolvenzverfahren noch werde tun dürfen.

b) Sachliche und organisatorische Vorgaben

Das Bestreben, Interessenkollisionen zu vermeiden, wird aber nicht nur mit persönlichen Eignungsanforderungen an die Unabhängigkeit, sondern auch mit sachlichen, also auf den inhaltlichen Vorgang bezogenen Anforderungen gefördert.

aa) Konzerninsolvenzrecht (§ 269a InsO)

Deutlich ist dies etwa bei den jüngst mit dem Konzerninsolvenzrecht verabschiedeten Pflichten zur Zusammenarbeit gemäß § 269a InsO und Art. 56f. EuInsVO. So werden die Insolvenzverwalter in § 269a InsO zur Zusammenarbeit verpflichtet, soweit hierdurch nicht die Interessen der Beteiligten des Verfahrens beeinträchtigt werden, für das sie bestellt sind. Art. 56 EuInsVO sagt sogar noch eindeutiger, dass durch die Zusammenarbeit keine Interessenkonflikte entstehen dürfen. Die spannende Aufgabe wird es sein, dieses Kriterium mit Leben zu füllen. Da die Pflicht zur Zusammenarbeit ohnehin keine Unterwerfung unter das jeweils andere Verfahren bedeutet, wird man die Pflicht zur Zusammenarbeit nicht schon von vornherein entwerfen dürfen. Für weitreichende Ausnahmen besteht kein Grund. Zu verlangen ist daher für einen Interessenkonflikt die handfeste Gefahr eines spezifischen Nachteils für das eigene Verfahren.¹³

bb) Pflichten des Insolvenzverwalters

Darüber hinaus gilt für den Insolvenzverwalter allgemein, dass er seine Tätigkeit unabhängig ausüben muss und den Interessenkollisionen nicht nachgeben darf. Sonst drohen sowohl die Entlassung als auch die Haftung nach § 60 InsO. Ein Beispiel in diese Richtung bildet eine jüngere Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in der ein Verwalter deshalb nach § 60 InsO haftete, weil er den Erwerb einer Wohnung zu einem Schnäppchenpreis für die Masse ablehnte, um dann für sich persönlich zuzuschlagen.¹⁴ Auch diese inhaltlichen Vorgaben schützen das vom Gesetzgeber verfolgte Prinzip, Interessenkonflikte einzudämmen beziehungsweise aufzulösen.

cc) Kompetenzverlagerungen

Eine Zwitterstellung zwischen persönlichen Eignungsanforderungen und sachlichen Anforderungen nimmt das Gesetz bei § 92 InsO und § 280 InsO ein. Dass beispielsweise der Sachwalter Anfechtungsansprüche durchsetzen muss, liegt

6 BGH, Beschl. v. 17.3.2016 – IX AR (VZ) 1/15, ZIP 2016, 876 = NZI 2016, 508, Rz. 24ff., dazu EWIR 2016, 377 (Eckardt).
 7 BGH, Beschl. v. 4.5.2017 – IX ZB 102/15, ZIP 2017, 1230, Rz. 11.
 8 Graf-Schlicker in: Graf-Schlicker, InsO, 4. Aufl. 2014, §§ 56, 56a Rz. 67; Zipperer in: Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl. 2015, § 56 Rz. 42 m. w. N.
 9 BGH, Beschl. v. 4.5.2017 – IX ZB 102/15, ZIP 2017, 1230, Rz. 11 m. w. N.
 10 Dazu auch Frind, Die Notwendigkeit des rechtzeitigen und vollständigen „*conflict check*“ und seiner Mitteilung durch Insolvenzverwalter/Sachwalter, ZInsO 2017, 363, 366.
 11 Blümle in: Braun, InsO, 7. Aufl. 2017, § 56 Rz. 75.
 12 BGH, Beschl. v. 17.3.2016 – IX AR (VZ) 1/15, ZIP 2016, 876 = NZI 2016, 508, Rz. 24ff.
 13 Thole in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand: 8/2017, § 269a Rz. 28ff.
 14 BGH, Ur. v. 16.3.2017 – IX ZR 253/15, ZIP 2017, 779 = NJW 2017, 1749, dazu EWIR 2017, 339 (Lüke/Wenske).

in dem sonst unvermeidlichen Interessenkonflikt begründet, den der eigenverwaltende Schuldner oder seine Organe unterliegen, wenn die Anfechtung gegen nahestehende Personen der Gesellschaft begründet ist, so dass mit einer wirkungsvollen Durchsetzung nicht zu rechnen wäre. Überhaupt kann das Recht der Eigenverwaltung insgesamt als der Versuch, eine Sanierung unter Abwehr von Interessenkonflikten zu fördern, beschrieben werden. Das Gesetz erkennt, dass der eigenverwaltende Schuldner stets einen Anreiz hat, die Gläubigerbefriedigung außer Acht zu lassen und er geneigt ist, nur bestimmte und/oder eigene Interessen zu bedienen; gerade deshalb gibt es den Sachwalter mit seinen Eingriffsbefugnissen, etwa mit der Möglichkeit, sich die Kassenführung übertragen zu lassen (§ 275 Abs. 2 InsO).

In die gleiche Richtung deutet die Möglichkeit, einen Sonderinsolvenzverwalter zu bestellen. Hier geht es um die Auflösung eines punktuellen Interessenkonflikts beim Insolvenzverwalter.¹⁵

2. Zwischenergebnis

Es zeigt sich, dass die Vermeidung und Auflösung von Interessenkonflikten ein grundsätzliches Bestreben des Insolvenzrechtsetzers ausmacht, das sich sowohl in persönlichen Inhabilitätsanforderungen als auch in sachlichen, organisatorischen Pflichten und Vorgaben äußert.

II. Einzelne Problemfelder

Nach diesen eher allgemeinen Erwägungen sollen im Folgenden drei Beispiele für typische Konflikte herausgegriffen werden.

1. Pflicht zum M&A-Prozess in der Eigenverwaltung

Ein geradezu typischer Interessenkonflikt ergibt sich bei der Frage, ob und inwieweit der eigenverwaltende Schuldner beziehungsweise seine Organe verpflichtet sind, einen M&A-Prozess aufzusetzen, obwohl der Schuldner sein Sanierungskonzept in erster Linie auf einen rechtsträgererhaltenden Sanierungsplan (mit Fortbestand der Einflüsse der Altgesellschafter und Geschäftsführer) stützt. Die Frage wird vor allem mit Blick auf die Vergleichsrechnung beim Insolvenzplan bedeutsam, denn in der Situation ohne Plan wäre ggf. eine übertragende Sanierung in Betracht gekommen. Die Frage lautet, ob die Insolvenzgläubiger durch den Plan nicht vielleicht schlechter gestellt werden.¹⁶

Zu dieser Frage, ob ein sog. Dual Track-Verfahren durchlaufen werden muss, ob also im Fall des Planverfahrens auch ein M&A-Bieterprozess für einen Unternehmensverkauf aufgesetzt werden muss, obwohl im Planverfahren eigentlich eine andere Lösung mit Erhalt des Unternehmens beim Rechtsträger vorgesehen ist, hat sich ein heißer Streit entwickelt.¹⁷ Dem Vernehmen nach gibt es Gerichte, die tendenziell eine Planbestätigung verweigern, wenn ein solcher Prozess nicht initiiert wird, weil dann unklar ist, was das Unternehmen wert ist.

Beide Lager dieses Streits haben beachtliche Argumente auf ihrer Seite. Für einen solchen Prozess spricht, dass man auf diese Weise ermitteln kann, was das Unternehmen tatsächlich wert ist und dass sich unter Umständen ergeben kann, dass die Erwartungen der Regelabwicklung, d.h. der übertragenden Sanierung, sogar besser sind als die Planvariante, nämlich besser für die Gläubiger. Man kann auf diese

Weise auch viel einfacher die möglichen Manipulationsgefahren beseitigen, die sich gerade bei der Eigenverwaltung ergeben, wenn ein schuldnerfreundlicher Plan vorgelegt wird. Vor allem ist es oft auch ein Wunsch der Gläubigerschaft und des Gläubigerausschusses, dass ein solcher Prozess initiiert wird.

Demgegenüber lässt sich darauf verweisen, dass der Geschäftsführer, der die Eigenverwaltung wählen möchte, dann Sorge haben müsste, dass sein Unternehmen doch verkauft und er selbst als Organ ersetzt wird. Das Argument ist insofern schwach, als auch die Eigenverwaltung kein Wunschkonzert ist, sondern bedeutet, dass die Gläubigerbefriedigung als oberstes Ziel des § 1 InsO verfolgt werden muss. Eigenverwalter ist ja nicht der Geschäftsführer, sondern der Schuldner.

Überzeugender ist aber das Argument, dass ein Dual Track nur zur Scheingenaugigkeit verhilft, wenn und solange der M&A-Prozess nur ein Test ist und folglich die Interessenten noch kein bindendes Gebot abgeben müssen; das Gebot kann durchaus nach oben abweichen von der wahren Zahlungsbereitschaft der Interessenten.¹⁸ Stattdessen sei, so wird argumentiert, eine Unternehmensbewertung ausreichend.¹⁹

Gesichert sein dürfte nach allem, dass Gerichte den Plan nicht im Sinne eines Automatismus mangels M&A-Prozess zurückweisen dürfen. Das Problem sollte man richtigerweise auf der Pflichtenebene bei den Organen in der Eigenverwaltung lösen. Da der Eigenverwalter gerade nicht nach seinem eigenen Vorteil schauen darf, müssen die Organe auch die Möglichkeit einer übertragenden Sanierung ohne Plan in Betracht ziehen, und zwar ernsthaft. Ebenso wie ein Insolvenzverwalter haften die Geschäftsleiter, wenn gegen das Gebot der bestmöglichen Verwertung verstoßen, nachdem der BGH die Haftung analog §§ 60, 61 InsO anerkannt hat.²⁰ Deshalb kann man jedenfalls dann, wenn ersichtlich vorteilhafte Optionen nicht geprüft werden und auf einen M&A-Prozess ohne ersichtlichen Grund verzichtet wird, die Eigenverwaltung aufheben und auch Haftungsansprüche in Betracht ziehen, wenn sich daraus Schäden ergeben. Dass dies teilweise schwer zu erkennen ist, steht auf einem anderen Blatt. Im Kern sollte also tendenziell ein M&A-Prozess eingeleitet werden müssen. Ein Verzicht darauf ist rechtfertigungsbedürftig; er darf nur nicht damit gerechtfertigt werden, dass der Prozess dem Geschäftsführer und dem Berater unlieb ist. Jedenfalls ein schlanker Verkaufsprozess und ein „Antesten“ des Marktes dürften ohne Schaden für die Sanierungsperspektiven in aller Regel möglich, aber auch erforderlich sein.

¹⁵ Kumpfan, Der Interessenkonflikt im Deutschen Privatrecht, 2014, S. 347.

¹⁶ Dazu Thole, Ausgewählte Streitfragen im Recht des Insolvenzplans, in: FS Pannen, 2017, S. 733, 738 ff.

¹⁷ Gegen eine Pflicht zum M&A-Prozess und zur Diskussion Buchalik/Schröder, Kann der eigenverwaltende Schuldner auch gegen seinen Willen verpflichtet werden einen M&A-Prozess einzuleiten und zu finanzieren?, ZInsO 2016, 189. Dafür Zabel/Rendels, Insolvenzplan, 2013, Rz. 33, 34.

¹⁸ Spliedt in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 245 Rz. 41 m. w. N. Differenzierend Brünkmans in: Brünkmans/Thole, Hdb. Insolvenzplan, 2017, § 2 Rz. 83 ff.

¹⁹ Spliedt in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 245 Rz. 41 m. w. N.

²⁰ BGH, Urt. v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, NZR 2018, 519.

2. Anspruchsdurchsetzung gegen Gesellschafter und Geschäftsführer

Ein zweites Problem liegt darin, dass die Berater in einen Interessenkonflikt geraten können, wenn nämlich der Mandant, die eigenverwaltende Schuldnerin, Ansprüche gegen der Geschäftsführer nach § 64 GmbHG hat und damit gegen denjenigen, der häufig gerade dafür gesorgt hat, dass der Berater sein Mandat erhalten hat. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass es in der Praxis teils Versuche gibt, über einen Verzicht im Insolvenzplan und/oder eine „vergessene“ Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen oder Haftungsansprüchen den Geschäftsführer zu befreien; etwa wenn als Gegenleistung ein ominöser Sanierungsbeitrag des Geschäftsführer reichen soll.²¹ Vertretbar erscheint eine Disposition über solche Ansprüche nur, wenn auch materielle Grenzen eingezeichnet werden. Auf unklare oder schwer durchsetzbare Ansprüche muss man sich nicht einlassen. Auf ersichtlich durchsetzbare und bestehende Ansprüche kann dagegen nicht verzichtet werden, und richtigerweise auch dann nicht, wenn trotz allem die Vergleichsrechnung (schöngerechnet?) noch positiv bleibt.²²

Stets ist insoweit auch das Anwaltsrecht im Blick zu behalten, denn wenn das Mandatsverhältnis mit der GmbH besteht, darf der anwaltliche Berater nicht zugleich die Schuldnerin (die an Massemehrung interessiert ist) und den Geschäftsführer bei der Abwehr von § 64 GmbHG-Ansprüchen beraten, § 43a Abs. 4 BRAO, § 3 BORA. Auch der Sachwalter muss darauf achten, dass eine Beratung von Geschäftsführern nicht zulasten der Masse erfolgt.²³ Vollends zu einem Interessenkonflikt artet es übrigens aus, wenn der Geschäftsführer zur Abwehr von Haftungsansprüchen Ansprüche abtritt, die er kraft Schutzwirkung eines Beratungsvertrags gegen den Berater haben könnte.²⁴ Dann findet sich der Anwalt plötzlich selbst in der Situation des Anspruchsgegners wieder.

Davon abgesehen ist bis heute nicht verbindlich geklärt, ob in der Eigenverwaltung Ansprüche nach § 64 GmbHG überhaupt vom Sachwalter geltend gemacht werden dürfen. Streng genommen handelt es sich nämlich nicht um einen Fall des § 92 InsO, weil § 64 GmbHG gerade kein Schadensersatzanspruch, sondern ein Erstattungsanspruch sui generis ist. Gleichwohl sollten solche dogmatischen Feinheiten, so wichtig sie auch für die Auslegung des § 64 GmbHG sind, nicht die Wahrnehmungskompetenz beeinflussen. Es handelt sich um die Geltendmachung einer Masseschmälerungshaftung, was die Zuordnung zu §§ 280, 92 InsO ebenso rechtfertigt wie die typische Interessenlage des § 280 InsO.²⁵ Denn wenn der Geschäftsführer gegen sich selbst Ansprüche ausbringen müsste, wäre das Problem des In-Sich-Prozesses zu erwarten, um dessen Auflösung § 280 InsO gerade bemüht ist.

3. Eigene persönliche Vertragsverhältnisse

Eine Interessenkollision ist auch mitunter zu beobachten, wenn sich Berater oder Insolvenzverwalter mit eigenem Geld an einem Insolvenzverfahren beteiligen, insbesondere einen Massekredit geben, um das Verfahren am Laufen zu halten. Das erscheint im Ausgangspunkt nicht von vornherein schädlich, kann aber ersichtlich auch Fehlanreize setzen. Das gilt etwa, wenn Honoraransprüche von den Beratern des eigenverwaltenden Schuldners als Massekredit gegeben werden, um eine Masseunzulänglichkeit zu vermeiden, die schuldnerbeziehungsweise gesellschafterfreundliche Sanierung zu erhalten und gegenüber dem Sachwalter zu verschleiern, wie die Masse durch Honorare aufgezehrt wird.²⁶ In diesen Fällen ist es besonders problematisch, dass der Sachwalter keine gesetzliche Kompetenz hat, das Entstehen von Masseverbindlichkeiten zu unterbinden, jedenfalls soweit nicht die gerichtliche Einzelermächtigung differenziert. § 275 InsO begründet allein Pflichten im Innenverhältnis, die zudem in § 275 Abs. 1 Satz 2 InsO für gewöhnliche Verbindlichkeiten weich ausgestaltet sind („soll“). In krassen Fällen ist zumindest die Sanktion des § 134 BGB in Betracht zu ziehen.

Weniger problematisch erscheinen dagegen persönliche Garantie oder Zusagen des Insolvenzverwalters gegenüber Gläubigern in Ausnahmefällen. Sie unterstreichen tendenziell eher die Bereitschaft des Verwalters, sich für die Belange der Gläubigerschaft und den Verfahrenserfolg einzusetzen.

III. Fazit

Die Untersuchung hat gezeigt, dass Interessenkonflikte ein stets virulentes Thema im Insolvenzverfahren sind. Der Gesetzgeber der InsO ist bemüht, solche Konflikte zu vermeiden. Er tut dies mit zwei verschiedenen Ansätzen: Inhabilitätsanforderungen einerseits und organisatorisch-situativen Anforderungen andererseits.

21 Buchalik/Hiebert, Insolvenzanfechtung und Insolvenzplan, ZInsO 2014, 109, 114.

22 Thole in: Brünkman/Thole, Hdb. Insolvenzplan, 2017, § 11 Rz. 14 ff.

23 Bierbach in: Kübler, HRI, 2. Aufl. 2016, § 11 Rz. 191.

24 Zurückhaltend zur Schutzwirkung des Anwaltsvertrags freilich BGH, Urt. v. 21.7.2016 – IX ZR 252/15 (Mappus), ZIP 2016, 1586 = NJW 2016, 3432, Rz. 18 ff., dazu EWIR 2016, 663 (Deckenbrock).

25 So auch Haas in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 64 Rz. 28.

26 Darüber berichtend Simon, „Masseverbindlichkeiten in der Eigenverwaltung – Eine Analyse der wichtigsten Grundlagen des ESUG“, Vortrag AK InsO v. 5.4.2017, Präsentation als pdf abrufbar unter <http://www.ak-inso-koeln.de/> (Abrufdatum: 15.1.2018).



Prof. Dr. Christoph Thole, Köln

Der Autor ist Professor an der Universität zu Köln und geschäftsführender Direktor des Instituts für Verfahrensrecht und Insolvenzrecht und des Instituts für Internationales Europäisches Insolvenzrecht.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.