

## ZInsO-Dokumentation

### Kapital(e) Entwicklungen?

#### Zugleich Tagungsbericht ZInsO-Praktikertagung: Kapitalmarktrecht in Krise, Sanierung und Insolvenz – Emittenten und Anleger in Not? – 19.2.2019 in Bonn

von Dipl.-Rechtspflegerin **Sylvia Wipperfürth**, LL.M. (com.), SIIW SachverständigenInstitut für Insolvenz – und Wirtschaftsrecht, Alsdorf/Aachen

Rechtsübergreifende Themen sind stets Bestandteil fast eines jeden Insolvenzverfahrens. Gleichwohl überraschte es positiv, dass der Einladung der Tagungsmoderatoren, Herr Prof. Dr. Hans Haarmeyer, zugleich ZInsO-Schrifteiter und Leitender Direktor des DIAI, und Herrn Stefan Loipfinger, zugleich Herausgeber von *investmentcheck.de*, am 19.2.2019 gleich über 100 Gäste folgten, um dem aktuellen Thema, „Kapitalmarktrecht in Krise, Sanierung und Insolvenz – Emittenten und Anleger in Not?“, gebührend Aufmerksamkeit zu schenken. Das Rheinhotel Dreesen in Bonn (Bad Godesberg), direkt am Rhein gelegen, bot ein gelungenes Ambiente, um den Blick für facettenreiche Perspektiven zu öffnen, die inhaltlich in über 10 Fachreferaten dargeboten und rege diskutiert wurden.

#### I. Aktuelle Entwicklungen im Insolvenz-Kapitalmarktrecht in der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGH)

Zum Auftakt fokussierte RA Ralph Veil, FA BuKMR, Kanzlei Mattil, München auf das Kernthema des Veranstaltungstages: die *strukturelle insolvenzrechtliche Einbindung und die Haftung des Kommanditisten aus einem Wiederaufleben der Einlagenforderung gem. § 172 Abs. 4 HGB*. Veil betonte, dass eine grundlegende Entscheidung des BGH vom 20.2.2018 weitreichende Konsequenzen und einen Wertungseinschnitt gezeichnet habe.

Danach sei es zur substantiierten Darlegung einer Forderung gegen den Kommanditisten nach § 171 Abs. 2, § 172 Abs. 4 HGB ausreichend, wenn der Insolvenzverwalter die Insolvenztabelle mit festgestellten Forderungen vorlege, die nicht aus der Insolvenzmasse befriedigt werden können.<sup>1</sup> Die Instanzen verstehen die Rechtsprechung nach Wahrnehmung des Referenten so, dass § 172 Abs. 4 HGB als eigene Anspruchsgrundlage heranzuziehen sei. Der BGH nehme nach Auffassung des Vortragenden eine klare Abgrenzung zu einer vormaligen Entscheidung aus dem Jahr 2006<sup>2</sup> insoweit vor, als dass sich der Sachverhalt in wesentlichen Punkten unterscheide. In der Entscheidung des Jahres 2006 sei eine Teilklage nach § 93 Abs. 1 InsO gegen einen Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft erhoben worden, vorliegend gehe es jedoch um die gem. § 172 Abs. 4 HGB *begrenzte Haftung eines Kommanditisten* einer KG. Dies erfordere eine *konkrete Zuordnung der Klagesumme* auf die geltend gemachten materiellen Ansprüche. Die Haftung des Kommanditisten stehe *anteilig zur Befriedigung aller Gläubigerforderungen* zur Verwendung.

Desweiteren habe der BGH festgestellt, dass die mittelbar aus § 201 Abs. 2 InsO folgende Rechtskraftwirkung der widerspruchlos erfolgten Feststellung von Forderungen zur Insolvenztabelle gem. §§ 129 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB auch dem Kommanditisten die der Gesellschaft abgesprochenen Einwendungen gegen die Gläubigerforderungen nehme.<sup>3</sup>

Als zur Entscheidung anstehende Fragen warf Veil folgende gravierende Eckpunkte auf, welche sich in der einen oder anderen Facette über die Diskussion des gesamten Tages zogen und final tlw. in einer in diesem Heft veröffentlichten EntschlieÙung mündeten (ZInsO 2019, ■■■■):

- Änderung des § 199 InsO: § 199 InsO ist keine Anspruchsrundlage. Auch wegen der Entscheidung des BGH v. 10.10.2017<sup>4</sup> und trotz der Entscheidung des BGH v. 30.1.2018<sup>5</sup> ist bislang das Betreiben des Innenausgleichs nicht abschließend geregelt.
- Stärkung des Kommanditisten durch dessen Verfahrensbeteiligung (insb. Auskunftsansprüche des Kommanditisten im Insolvenzverfahren)
- Stärkung der Investment-Aktiengesellschaft
- Anpassung der Haftungsregelungen auch für Abschlussprüfer (vgl. § 323 Abs. 2 Satz 1 HGB)

#### II. Der Anspruch des Insolvenzverwalters gegen Kommanditisten aus §§ 171, 172 HGB

RiBGH Prof. Dr. Markus Gehrlein stellte sich souverän der bei vielen Tagungen festzustellenden „BGH-Schelte“ und der Frage, ob der „BGH wirklich so weit weg vom gesunden Menschenverstand“ sei, durch eindrucksvolle Darlegung und Argumentation verschiedener Ausgestaltungen der Kommanditistenhaftung, die jüngst den BGH beschäftigten.

So könne eine *Inanspruchnahme aus Prospekthaftung* bestehen, wenn Kommanditisten als Gründungsgesellschafter fehlerhafte Angaben in einem Prospekt macht (Schadensersatzanspruch; Verschulden bei Vertragsschluss).<sup>6</sup> Diese Haftung führe aber nicht zu einem Wiederaufleben der Haftung gem. § 172 Abs. 4 HGB sondern verpflichtet u.U. zum Ersatz in Höhe des Vertrauensschadens.

Zu der im Rahmen der heutigen Tagung im Mittelpunkt stehenden Außenhaftung des Kommanditisten gem. §§ 171, 172 Abs. 4 HGB konstatierte Gehrlein, dass die Erfüllung der Einlagenschuld darin liegen könne, wenn auf Weisung der

Gesellschaft bestimmte Gesellschaftsgläubiger durch den Kommanditisten befriedigt werden.

Eine infolge Wiederauflebens offene Einlageschuld (§ 172 Abs. 4 InsO) kann im Insolvenzverfahren gem. § 93 InsO nur durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht werden, *wobei der Kommanditist dem Insolvenzverwalter alle Einwendung entgegenhalten könne, die er auch gegen die Gläubiger unmittelbar für sich beanspruchen kann.*

Gehrlein hob hervor, dass die *haftungsbegründende Einlagenrückgewähr (§ 172 Abs. 4 HGB) auch aus Gewinnausschüttungen* resultieren könne.<sup>7</sup> Nach § 169 Abs. 1 Satz 2 HGB habe der Kommanditist nur einen Anspruch auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns. Über die Regelung des § 169 Abs. 1 HGB hinaus können Ausschüttungen an die Kommanditisten zulässig sein, wenn der Gesellschaftsvertrag dies als Ausschüttung von Liquiditätsüberschüssen als Alternative zur Ausschüttung von Gewinnen vorsieht oder die Ausschüttung durch das Einverständnis aller Gesellschafter gedeckt ist.<sup>8</sup> Es bestehe eine Verpflichtung des Kommanditisten im Innenverhältnis zur KG, die vereinbarte Einlage zu erbringen. Die Haftung im Außenverhältnis gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bestehe bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar (§ 171 Abs. 1, 1. HS HGB).

Erbringt der Kommanditist seine Einlage, erlischt im Innenverhältnis seine Einlageverpflichtung gegenüber der Gesellschaft. Seine Haftung im Außenverhältnis entfällt gem. § 171 Abs. 1, 1. HS HGB, wenn er einen der eingetragenen Haftsumme entsprechenden Wert in das Gesellschaftsvermögen geleistet und ihn auch dort belassen hat. Wird dem Kommanditisten die Einlage ganz oder teilweise zurückbezahlt, gilt sie gem. § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber insoweit als nicht geleistet, d.h. die Außenhaftung entsteht wieder. Dasselbe gilt nach § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB. Die in § 172 Abs. 4 HGB beschriebene Wirkung tritt aber nur gegenüber den Gläubigern ein, d.h. das Innenverhältnis zur Gesellschaft ist davon nicht berührt. Ein Rückgewähranspruch der Gesellschaft entstehe bei einer Rückzahlung der Einlage somit nicht automatisch, sondern kann sich nur aus anderen Rechtsgründen ergeben, insbesondere aus einer entsprechenden vertraglichen Abrede.

Ansprüche auf Einlagenrückgewähr können nicht zur Insolvenztabelle angemeldet werden; hier bestehe vielmehr die Möglichkeit der Teilhabe über § 199 InsO, so der Referent.

### **III. Anspruchsdurchsetzung gegen Kommanditisten in Schiffs- und Fondinsolvenzen – von insolvenzrechtlicher Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO bis zur Rückzahlung von Ausschüttungen nach §§ 171, 172 HGB**

RA Ingmar Jarchow, TURNER Rechtsanwälte PartGmbH, Hamburg beleuchtete ein für Insolvenzverwalter spannendes Thema der Anspruchsdurchsetzung gegen Kommanditisten in Schiffs- und Fondinsolvenzen durch praktische Erläuterungen der jüngst ergangenen gerichtlichen Entscheidungen zum Insolvenzanfechtungs- und Gesellschaftsrecht.

*Anfechtungsrechtlich* spielt insbesondere die sog. „Schenkungsanfechtung“ (§ 134 InsO) eine bedeutende Rolle. So sei

eine Zahlung einer Kommanditgesellschaft an ihren Kommanditisten, der ein gewinnunabhängiges Zahlungsverprechen im Gesellschaftsvertrag zugrunde liegt, nicht schon deswegen unentgeltlich, weil die Zahlung nicht durch Gewinne der Kommanditgesellschaft gedeckt ist.<sup>9</sup> Vielmehr seien Ausschüttungen insoweit zulässig, als der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht oder die Ausschüttung durch das Einverständnis aller Gesellschafter gedeckt ist.<sup>10</sup>

Eine Auszahlung von Scheingewinnen im Rahmen eines verdeckten Schneeballsystems gelte dagegen als objektiv unentgeltliche Leistung und führe zur Anfechtbarkeit nach § 134 InsO.<sup>11</sup> Auszahlungen, mit denen nach einer Kündigung der Mitgliedschaft in der Anlegergemeinschaft vom Anleger erbrachte Einlagen zurückgewährt worden sind, sind dagegen als entgeltliche Leistungen nicht nach § 134 InsO anfechtbar; die Ausschüttungen erfolgen dabei i.d.R. zunächst auf ausgewiesene Scheingewinne und erst danach auf die geleistete Einlage.<sup>12</sup>

*Das prozessuale Verhältnis von Anfechtung und Kommanditistenhaftung sei grds. alternativ.*<sup>13</sup> Daher sei neben der Anfechtung auch die gesellschaftsrechtliche Haftung zu prüfen.

Eine Klage auf *Rückzahlung von Ausschüttungen* nach §§ 171, 172 HGB sei zulässig, wenn als notwendiger Inhalt der Klageschrift i.S.v. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO eine substantiierte Darlegung der vom Insolvenzverwalter eingeklagten Forderung der Gesellschaftsgläubiger durch die Vorlage der Insolvenztabelle mit festgestellten Forderungen gegeben sei.<sup>14</sup>

Im Rahmen der Begründetheit habe der Insolvenzverwalter grds. die Forderungen darzulegen und zu beweisen, für die der Kommanditist der Insolvenzschuldnerin haftet.<sup>15</sup> Zur Darlegung der Forderung gegen die Gesellschaft sei es ausreichend, dass der Insolvenzverwalter im Prozess die Insolvenztabelle mit festgestellten Forderungen, die nicht aus der Masse befriedigt werden können, vorlegt.<sup>16</sup> Dabei trage der Kommanditist die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass seine Inanspruchnahme zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger, denen der Kommanditist haftet, nicht benötigt wird.<sup>17</sup> Der Insolvenzverwalter habe jedoch im Sinne einer sekundären Darlegungslast die für die Befriedigung der Gläubiger bedeutsamen Verhältnisse der Gesellschaft darzulegen, soweit nur er dazu im Stande ist.<sup>18</sup> Die widerspruchslöse Feststellung einer Forderung zur Tabelle wirke auch zulasten des Kommanditisten; gem. §§ 129 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB seien damit dem Kommanditisten gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft alle Einwendungen abgeschnitten, die die Gesellschaft nicht mehr erheben kann.<sup>19</sup> Daher könne sich der Kommanditist wie die Gesellschaft nach § 41 InsO nicht auf eine fehlende Fälligkeit berufen.<sup>20</sup> Insgesamt seien aber die Anforderungen an eine „festgestellte Forderung“,<sup>21</sup> an den „Widerspruch des Verwalters“,<sup>22</sup> an die „Berücksichtigung von für den Ausfall festgestellten Forderungen“<sup>23</sup> sowie die Anforderungen an den „Tabellenauszug“<sup>24</sup> streitig mit den für die Praxis einhergehenden Unwägbarkeiten.

Ob eine *Haftung des Kommanditisten auch für Masseverbindlichkeiten* nach §§ 54, 55 InsO bestehe, sei obergerichtlich noch nicht geklärt, aber durch Instanzenentscheidungen wohl bislang negiert worden.<sup>25</sup>

Im Rahmen des *Auswahlermessens des Insolvenzverwalters* bei der Inanspruchnahme bestehe keine Pflicht (aber ein Recht) zur anteiligen Inanspruchnahme. Der Insolvenzverwalter sei demnach nicht verpflichtet, den benötigten Betrag auf alle Gesellschafter (entsprechend den geschuldeten Haftsummen) zu verteilen und die noch rückständigen Haftsummen von den Gesellschaftern in der Weise zu fordern, dass alle gleichmäßig belastet sind.<sup>26</sup> Aufgrund des am Ende der Liquidation folgenden Innenausgleichs seien die zunächst in Anspruch genommenen Kommanditisten (jedenfalls in rechtlicher Hinsicht) nicht schlechter gestellt als diejenigen, die ihre Inanspruchnahme für den Moment abwenden können.<sup>27</sup> In tatsächlicher Hinsicht sei der Innenausgleich jedoch häufig problematisch.

#### **IV. Der entrechtete Kommanditist im Insolvenzverfahren von Publikums- und Fondsgesellschaften<sup>28</sup>**

---

*RAin Dr. Gitta Werner, Andernach* griff die Beweisführung durch „Vorlage der Insolvenztabelle“ noch in ihrem Vortrag noch einmal im Detail auf. Ihrer Ansicht nach schade dieses Prozedere nach der Rspr. der BGH allein dem in Anspruch genommenen Kommanditisten, der so gut wie keine Interventionsmöglichkeit habe, außer, sich gegen die Klage unmittelbar zur Wehr zu setzen.

*Werner* stellte in Frage, was überhaupt mit „der Tabelle“ gemeint sei. Unklar sei, ob es sich um die beim Insolvenzgericht und/oder die beim Insolvenzverwalter geführte Tabelle handelt. Auch die Form sei durch den BGH nicht abschließend definiert. In der Praxis führe die Senatsvorgabe zu nicht unerheblichen Folgeproblemen und Unwägbarkeiten.

Überdies sei die Aussage, dass „die Kommanditisten keine Haftung für Masseverbindlichkeiten treffe“, „leicht dahingesagt“. Jedenfalls würden die tatsächlichen Konsequenzen der konkreten Bestimmung der Haftung nicht bedacht werden. Dies veranschaulichte die Referentin anhand von zwei Rechenbeispielen. Fraglich sei in dem Zusammenhang, ob die (haftungsauslösende) Unterdeckung (im Rang der Insolvenzforderungen) unter Abzug oder ohne Abzug der Masseverbindlichkeiten bestimmt werde. Dies könne zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen führen und sei damit insgesamt unbefriedigend.

#### **V. Sanierung und Liquidation der Kommanditgesellschaft (KG), Rechtsgestaltung und Rechtsprechung**

---

*RA Hendrik Wolfer, Grub Brugger München* wies noch auf einen neuen, weiteren Aspekt im Zusammenhang mit der Haftung des Kommanditisten hin. Der Kommanditist, der für die Gesellschaft Verbindlichkeiten getilgt habe, ohne dass hierzu eine Verpflichtung im Innenverhältnis zur Gesellschaft bestehe, könne gem. § 110 HGB Aufwendungsersatz verlangen, in jedem Fall dann, wenn er im Innenverhältnis zur Gesellschaft, den anderen Treugebern und Gesellschaftern eine einem unmittelbaren Gesellschafter entsprechende Rechtsstellung haben.<sup>29</sup> Leistet ihnen die Gesellschaft keinen Aufwendungsersatz, können Treugeberkommanditisten, die im Rahmen eines Sanierungskonzepts Verbindlichkeiten der Gesell-

schaft getilgt haben, von Mit-Treugebern, soweit diese für die getilgten Gesellschaftsverbindlichkeiten (mittelbar) hafteten und sich nicht durch Tilgungszahlungen an der Sanierung beteiligt haben, entsprechend § 426 Abs. 1 BGB einen deren Beteiligung an der Gesellschaft entsprechenden anteiligen Ausgleich verlangen. Den Mit-Treugebern sei es nach § 242 BGB verwehrt, sich gegenüber den zahlenden Treugeberkommanditisten darauf zu berufen, dass sie lediglich mittelbare Gesellschafter sind und deshalb im Außenverhältnis nicht (unmittelbar) haften.<sup>30</sup>

#### **VI. Offene Podiums-Diskussion**

---

Unter der Moderation von *Stefan Loipfinger, investment-check.de* diskutierten die Referenten des Vormittags unter Einbindung des sehr interessierten Publikums die aufgeworfenen Fragen und Problemkreise ein Zwischenfazit, welches angesichts der z.T. kontroversen Rechtsauffassungen Lebendigkeit und Konstruktivität auch für den Nachmittag versprach.

*Gehrlein* betonte die Verantwortung auch der Gesellschafter, die auch in der Sanierung dieser Stellung gerecht werden sollen. Eine leichtfertige Feststellung von Forderungen zur Insolvenztabelle begründe jedenfalls auch eine potentielle Haftung des Insolvenzverwalters gem. § 60 InsO, so dass der Kommanditist trotz relativ geringer Interventionsmittel im Insolvenzverfahren nicht gänzlich schutzlos dastehe.

Aus dem Publikum wurde bekräftigt, dass der Kommanditist so schutzlos insgesamt nicht sei; immerhin stehe der Insolvenzverwalter in identischer Verpflichtung, z.B. auch in Bezug auf die Auskunftsrechte, die nach dem HGB bestehen würden.

Die aus dem Zuhörerkreis wiederholt bestätigte Gefahr der Haftungslage für Kommanditisten gem. § 172 Abs. 4 HGB wurde insoweit durch ein Statement relativiert, als dass die besprochenen Fallkonstellationen Haftungspotential für Fond-Produkte, die überwiegend in den 90er Jahren aufgelegt worden seien. Neue Konzeptionierungen seien indes so ausgestaltet, dass grds. keine verschärfte Haftungsgefahr mehr nach § 172 Abs. 4 HGB besteht, da die Haftsumme von Beginn an entsprechend niedrig gesetzt werde.

*Gehrlein* fand ein treffendes Schlusswort zum Mittag mit der Empfehlung für Gesellschafter/Kommanditisten: Drum prüfe, wer sich bindet!

#### **VII. P&R/Magellan – Direktinvestments: Ende oder Anfang des Anlegerschutzes?**

---

*RA Peter Mattil, Kanzlei Mattil, München* eröffnete die Nachmittagsvortragsreihe mit Erfahrungen und Erlebnisse aus der Praxis und schildere anhand praktischer Beispiele die *historische Entwicklung des Grauen Kapitalmarktes*. Bis zur Finanzmarktkrise in 2008/2009 seien – überwiegend unbeaufsichtigt und unreguliert – viele Bauträger-/Erwerbermodelle, geschlossene Fonds in der Rechtsform der GbR, oHG und KG (Immobilien-, Film-, Private Equity-, Schiffs- und weitere Arten geschlossener Fonds) nicht zuletzt auch mit der Zielsetzung „Steuersparmodelle“ am Markt gewesen.

Erst im Zuge der Finanzkrise seien reihenweise europäische Richtlinien und Verordnung sowie Verbraucherschutzgesetze erlassen worden, welche jedoch auch in den Folgejahren Insolvenzen zu Lasten zahlreicher Anleger nicht haben verhindern können. Daher bestehe nach wie vor Regulierungsbedarf zum Schutze der Anleger.

### VIII. Emittenten und Anleger in Not – auch in Österreich? – Eine Betrachtung aus der Sicht eines Verbraucherschützers

---

Den grenzüberschreitenden Blick öffnete *Dr. Peter Kolba, Verbraucherschutzverein, Laab im Walde, Österreich* durch einen Überblick über größere Anlegerskandale in Österreich, welche sich seit den 80er Jahren bis heute mit zig Tausenden betroffenen Anlegern bzw. Geschädigten und z.T. Schäden in Milliardenhöhe eindrucksvoll zeigten. Die für den Schutz der Verbraucher eintretenden Institutionen finden sich aktuell mit der Arbeiterkammer (AK) und dem Sozialministerium (BMASGK) im staatlichen Sektor sowie im privatfinanzierten Bereich, wo insbesondere der Verbraucherschutzverein (VSV) und einige Prozessfinanzierer auftreten.

Die vorhandenen *Instrumente*, welche in *Österreich* möglich sind, seien überschaubar und zum Teil eingeschränkt in der Anwendbarkeit. Die Möglichkeit der Erhebung einer *Verbandsklage* sei nur gegen unfaire Klauseln, unlautere Werbung sowie Verstöße gegen EU-Recht möglich. Neben einer *Verbandsmusterklage* sei insbesondere die *Sammelklage nach österr. Recht* ein zivilrechtliches Instrument, welches gekennzeichnet ist durch die Abtretung von Ansprüchen sowie die „Klagshäufung“ und damit vergleichbar mit einer Einziehungsklage nach deutschem Recht.

Strafrechtlich biete sich die Möglichkeit der *Strafanzeige mit Anschluss von Privatbeteiligten*, welche zu einer Hemmung der Verjährung bereits ab Erhebungen führe. Verjährungshemmende Wirkung habe auch die *Verbraucherschlichtung*.

Grenzüberschreitend seien insbesondere die *Kapitalanleger-Musterfeststellungsklage (D)* sowie die *Musterfeststellungsklage (D)* und die *Verbandsmusterfeststellungsklage nebst Generalvergleich (NL)* zu erwähnen. Rechtspolitisch sei eine europäische Regelung zum Kollektiven Rechtsschutz unerlässlich.

### IX. Kapitalmarktrecht und Ethik

---

*Prof. Dr. Heribert Hirte/MdB, Universität Hamburg* brachte das nicht unwesentliche Element der *Ethik* in die Diskussion ein und referierte zur Einführung des Themas „Kapitalmarkt und Ethik“ auf einen religiösen, wohl auf Jesus zurückgehenden Appell: „Werft die Händler aus dem Tempel!“ Hirte wies daraufhin, dass das Kapitalmarktrecht eine Sonderform des Handelsrechts, aber deutlich mehr reguliert sei. Das stets schlechte Image der Händler ließe sich auf Anbieter von Kapitalanlagen erst recht übertragen. Ein vermeintliches Gegengewicht sei die Kontrolle durch öffentliche Unternehmen. Beispielhaft beschrieb der Referent seine Tätigkeit als Mitglied des Aufsichtsrats der Stadtwerke Köln, dem jeweils zur Hälfte Arbeitnehmer und Vertreter der Alleingesellschafterin, der Stadt Köln, angehören. Diese Vertreter

seien politisch gewählt, was durchaus als nicht unproblematisch angesehen werden könne.

Nur mittelbar monetär zu sehen, aber gleichwohl dem Bereich der Ethik zuzuordnen sei das Thema „Teilen von Wissen“. *Hirte* warf die Frage auf, ob es überhaupt noch die Möglichkeit geben dürfe, Informationen für sich zu behalten?

*Hirte* vertrat die These, dass als ethisches Ziel durchaus auch Wohlstand angesehen werden könne, wobei allerdings die Verbindungslinie zwischen Verbraucherschutz und Marktverhalten von Unternehmen zu sehen sei. Exemplarisch sei hier insbesondere die Sammelklage zu erwähnen. In Anlehnung an den Vortrag von *Kolba* grenze *Hirte* ab, dass man in Deutschland ausdrücklich keine vergleichbare Rechtslage wie in Österreich haben wollen, zumal es in Österreich kein Unternehmen gebe, das auch nur im Ansatz mit Volkswagen vergleichbar sei. Allerdings dürfe es sich im Ergebnis nach Ansicht des Vortragenden nicht lohnen, Rechtsverstöße zu begehen, nur weil die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen unwahrscheinlich sei.

### X. Wirkungen der Insolvenz auf kapitalmarkt-rechtliche Schiedsverfahren

---

*RA Oliver Bolthausen, LL.M (USA) und FCI Arb (UK), DWF Global Head of International Arbitration & Disputes* beleuchtete das Zusammenspiel zwischen Insolvenz- und Schiedsverfahren. Letzteres sei, als privates System der alternativen Streitbeilegung eine Alternative zu staatlichen Gerichten und basierend auf einem Vertrag zwischen Parteien, zu unterscheiden zwischen einem Ad-hoc-Schiedsverfahren (außerhalb eines institutionellen Rahmens [opt in UNCITRAL Rules]) und einem institutionellen Schiedsverfahren (unter der Verantwortung einer Schiedsinstitution, z.B. DIS, ICC, LCIA, ICSID, GMAA).

Im Rahmen der *nationalen Vollstreckung* komme dem Schiedsspruch gem. § 1055 ZPO grundsätzlich die *Wirkung eines rechtskräftigen Urteils* zu. Der Schiedsspruch selbst stelle jedoch noch keinen Vollstreckungstitel dar. Eine Zwangsvollstreckung hieraus findet nur statt, wenn der Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt ist (§ 1060 Abs. 1 ZPO). Die internationale Vollstreckung von Schiedssprüchen richte sich nach dem UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958 (UNÜ).<sup>31</sup>

Auch in kapitalmarktrechtliche Streitigkeiten sei das Schiedsverfahren unter bestimmten Gegebenheiten einem gerichtlichen Verfahren vorzuziehen. Vorteile biete das Verfahren insbesondere, wenn die Vertraulichkeit des Verfahrens im Vordergrund steht, wegen der Komplexität der Fallgestaltung der Wahl des Richters entscheidende Bedeutung zukommt oder internationaler Bezug oder komplexe, finanzmarktspezifische Regelungen gegeben sind.

Im Wertpapiergeschäft sei § 101 WpHG zu beachten, wonach Schiedsvereinbarungen über künftige Rechtsstreitigkeiten aus Wertpapierdienstleistungen, Wertpapiernebenleistungen oder Finanztermingeschäften nur verbindlich sind, wenn beide Vertragsteile Kaufleute oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sind.

Die Wirkung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer an einem Schiedsverfahren beteiligten Partei auf ein Schiedsverfahren sein insbesondere unter dem Aspekt des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungs- sowie Prozessführungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter nicht geregelt. Eine Unterbrechungswirkung i.S.v. § 240 ZPO sei nach der Auffassung des Vortragenden nicht anzunehmen. Schiedsklauseln blieben trotz der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens grundsätzlich wirksam und damit bindend auch für den Insolvenzverwalter. Nur in „Ausnahmefällen“ könne sich der Insolvenzverwalter von der Vereinbarung lösen; so z.B. bei Undurchführbarkeit und Unzumutbarkeit des Festhaltens an Schiedsvereinbarung. Ansprüche aus Insolvenzanfechtung unterliegen nach dem Dafürhalten des Referenten nicht der Schiedsvereinbarung und können vom Insolvenzverwalter vor staatlichen Gerichten geltend gemacht werden.

Bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des *Beklagten*, müsse der Gläubiger seine Forderung gem. § 174 InsO zur Insolvenztabelle anmelden. Dies gelte auch bei bereits erhobener Schiedsklage, wobei das Schiedsverfahren nicht unterbrochen werde bzw. kein Ruhen des Verfahrens eintrete. Eine Forderung, die nicht zur Insolvenztabelle angemeldet wurde, könne jedoch nicht durch einen Schiedsspruch durchgesetzt werden.

Bei einem Widerspruch des Insolvenzverwalters gegen die angemeldete Forderung, müsse der Gläubiger den in der Schiedsklage erhobenen Leistungsantrag auf einen Feststellungsantrag umstellen (entsprechend dem Vorgehen im Zivilprozess vor den staatlichen Gerichten; „Feststellungsklage“).

Bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des *Klägers* müsse der Insolvenzverwalter das Verfahren fortführen, da er alle bestehenden Ansprüche zur Insolvenzmasse realisieren müssen. *Ein Vorteil biete sich für Insolvenzverwalter im Wesentlichen bei zur Insolvenzmasse gehörenden Ansprüchen im Ausland, da das Schiedsverfahren und die Vollstreckung des Schiedsspruchs im Ausland einfacher seien als ein aufwendiges Klageverfahren im Ausland.*

Hierbei sei innerhalb der Europäischen Union Art. 7 Abs. 1 EuInsVO zu beachten, wonach für Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Recht des Staates gelte, auf dessen Gebiet das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Für die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf einen anhängigen Rechtsstreit oder ein anhängiges Schiedsverfahren über einen Gegenstand oder ein Recht, der bzw. das Teil der Insolvenzmasse ist, gelte ausschließlich das Recht des Mitgliedstaats, in dem der Rechtsstreit anhängig oder in dem das Schiedsgericht belegen ist (Art 18 EuInsVO).

Ein Schiedsspruch könne überdies bei Nichtbeachtung von zwingenden Regelungen des Insolvenzverfahrens aufgrund eines Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung (*ordre public*) nicht mehr vollstreckt werden.

## **XI. Die Rolle der Staatsanwaltschaften bei Insolvenzen im Kapitalanlagebereich**

Die Spielarten des Anlagebetrugs seien vielfältig, so *OStA Raimund Weyand, Staatsanwaltschaft Saarbrücken*. Der rechtliche Rahmen beschreibe sich ganz überwiegend durch Betrug (§ 263 StGB), Untreue (§ 266 StGB) sowie die jeweils

besonders schweren Fälle dessen. Problematisch sei i.a.R. die Schadensfeststellung, die anhand „üblicher Maßstäbe des Wirtschaftslebens“ erfolge, bei Anlagegeschäften jedoch ein konkretes Ausfallrisiko bzw. die Wahrscheinlichkeit einer Gewinnerzielung (vs. Marktwert) berücksichtigen müsse. Dies sei zwingend zu ermitteln, ggf. durch Hinzuziehung eines Sachverständigen, notfalls unter Bezifferung des Mindestschadens unter Beachtung des Grundsatzes „in dubio pro reo“. Zwar genüge die konkrete Vermögensgefährdung, es sei jedoch ein Verschleifungsverbot zu beachten; die Pflichtwidrigkeit indiziere nicht einen (strafrechtlich relevanten) Vermögensverlust. Vor allem wachsen die Aufklärungsprobleme nach den Feststellungen des Vortragenden mit zeitlichem Abstand immens. In Betracht zu ziehen seien im Einzelfall auch die Geldwäsche (§ 261 StGB), der Kapitalanlagebetrug (§ 264a StGB), die Marktmanipulation (§ 119 WphG) sowie verbotene (Bank-)Geschäfte (§ 54 KWG)

Die Möglichkeiten der Ermittlungsbehörden seien u.a. die Durchsuchung und Beschlagnahme und der Erlass eines Haftbefehls, wobei sich als Probleme im Wesentlichen die Ermittlungsdauer, die beschränkten Untersuchungszeiten sowie die Nachweismöglichkeiten ergäben.

Zwar bestehe gem. § 111i Abs. 2 StPO ein Insolvenzantragsrecht der Staatsanwaltschaft bei Mangelfällen mit der Folge der Einleitung eines „normalen“ Insolvenzverfahrens ohne Privilegierung der Tatopfer; die Neuregelung finde in der Praxis jedoch (bislang) keine Umsetzung.<sup>32</sup> Bei einem laufenden Insolvenzverfahren gelte gem. § 111i Abs. 1 Satz 2 stopp der Vorrang des Insolvenzbeschlages zugunsten aller Gläubiger. Insbesondere sei die Vermögensabschöpfung eine Ermessensentscheidung der Staatsanwaltschaft (§ 421 Abs. 3 stopp) und ein Unterlassen i.d.R. keine Amtspflichtverletzung i.S.d. § 839 BGB.<sup>33</sup>

## **XII. Fazit und Entschließung**

Als Fazit eines von einem rechtsübergreifenden Fachvortragsteigen, von in den Standpunkten vielfältigen Diskussionen geprägten Veranstaltungstags wurde von den mehr als 100 Teilnehmern, die *das gesamte Spektrum des Kapitalmarktrechts* abbildeten und sich aus Vertretern der Emittenten, der Vertriebe, der Anleger, der Insolvenzverwalter, der Berater und Anwälte sowie Vertretern der Richterschaft, der Verbände, der Industrie und der Digitalpioniere, der Politik und der Fachmedien zusammensetzen, hinsichtlich der vielen offenen Fragen Lösungsmöglichkeiten erörtert. Diese konstruktive Offenheit der erstmalig mit diesem Kompetenzspektrum Zusammentreffenden mündete in einer Entschließung – veröffentlicht in diesem Heft (ZInsO 2019, ■■■), die Empfehlungen für den rechtspolitischen Umgang und eine praktische Perspektive aufzeichneten. Die Entwicklungen wurden angestoßen, stehen zur weiteren Diskussion und allen Praktikern zur Stellungnahme offen. Denn der reflektierte – gerne auch kontroverse – Diskurs geht einer jeden guten Handlung voran. Getreu diesem Motto steht der Termin für die *2. ZInsO-Praktikertagung Kapitalmarktrecht in Krise, Sanierung und Insolvenz* bereits fest: 23. und 24.9.2019 in Bonn.<sup>34</sup>

1 BGH Urt. v. 20.2.2018, II ZR 272/16.

- 2 BGH v. 9.10.2006 – II ZR 193/95, WM 2007, 122, Rn. 18.
- 3 BGH, Urt. v. 20.2.2018 – II ZR 272/16, NZI 2018, 442.
- 4 BGH, Urt. v. 10.10.2017 – II ZR 353/15, ZIP 2018, 18 zur erneuten Einzahlung der Hafteinlage des Kommanditisten nach gewinnunabhängigen Ausschüttungen als scheinbare Darlehensrückzahlung.
- 5 BGH, Urt. v. 30.1.2018, II ZR 95/16, NZI 2018, 556 zur Einforderung rückständiger Einlagen durch Abwickler zum Ausgleich unter den Gesellschaftern bei Publikums-KG auch ohne gesellschaftsvertragliche Ermächtigung; siehe vertiefend auch Rock/Contius, ZIP 2017, 1889; OLG Hamburg, Urt. v. 21.12.2018, 11 U 106/17, ZIP 2019, 70, im Ergebnis offen gelassen.
- 6 Vgl. BGH v. 6.2.2018 – II ZR 17/17, NJW 2018, 1675.
- 7 Vgl. hierzu BGH v. 16.2.2016 – II ZR 348/14, NJW-RR 2016, 550.
- 8 BGH v. 16.2.2016 – II ZR 348/14, NJW-RR 2016, 550 Rn. 9.
- 9 BGH, Urt. v. 20.4.2017 – IX ZR 189/16, NZI 2017, 713; Urt. v. 20.7.2017 – IX ZR 7/17, ZInsO 2017, 1843.
- 10 BGH, Urt. v. 20.4.2017 – IX ZR 189/16, NZI 2017, 713; Urt. v. 20.7.2017 – IX ZR 7/17, ZInsO 2017, 1843.
- 11 BGH, Urt. v. 18.7.2013 – IX ZR 198/10, ZInsO 2013, 1577.
- 12 BGH, Urt. v. 18.7.2013 – IX ZR 198/10, ZInsO 2013, 1577.
- 13 BGH, Beschl. v. 3.7.2017 – IX ZR 285/13, ZInsO 2014, 1679.
- 14 OLG Köln, Beschl. v. 11.6.2018 – 18 U 149/17, BeckRS 2018, 13782; BGH, Urt. v. 20.2.2018 – II ZR 272/16, ZInsO 2018, 870; OLG München, Urt. v. 26.4.2018 – 23 U 1542/17, ZInsO 2018, 1517; a. A. OLG Braunschweig, Hinweisbeschl. v. 26.4.2018 – 11 U 104/17, ZInsO 2018, 1855 (Die Forderung muss weder festgestellt, noch tituliert sein).
- 15 BGH, Urt. v. 20.2.2018 – II ZR 272/16, ZInsO 2018, 870.
- 16 BGH, Urt. v. 20.2.2018 – II ZR 272/16, ZInsO 2018, 870.
- 17 BGH, Urt. v. 20.2.2018 – II ZR 272/16, ZInsO 2018, 870.
- 18 BGH, Urt. v. 20.2.2018 – II ZR 272/16, ZInsO 2018, 870.
- 19 Z. B. BGH, Urt. v. 20.2.2018 – II ZR 272/16, ZInsO 2018, 870; OLG Koblenz, Urt. v. 28.9.2018 – 6 U 1197/17, ZInsO 2018, 2377.
- 20 Z. B. BGH, Urt. v. 20.2.2018 – II ZR 272/16, ZInsO 2018, 870; OLG Koblenz, Urt. v. 28.9.2018 – 6 U 1197/17, ZInsO 2018, 2377.
- 21 Siehe weitergehend exempl. LG Rottweil, Urt. v. 10.8.2018 – 4 O 13/17, ZInsO 2018, 2150; OLG Schleswig, Urt. v. 20.6.2018 – 9 U 18/18, ZInsO 2018, 1681 sowie a.A. OLG Hamm, Urt. v. 11.6.2018 – I-8 U 124/17, ZInsO 2018, 1963; OLG Braunschweig, Hinweisbeschl. v. 26.4.2018 – 11 U 104/17, ZInsO 2018 1855.
- 22 Siehe weitergehend exempl. OLG Hamburg, Urt. v. 18.7.2018 – 11 U 150/16, ZInsO 2018, 2032; OLG Schleswig, Urt. v. 7.9.2016 – 9 U 9/16, juris; a.A. OLG Hamm, Urt. v. 11.6.2018 – I-8 U 124/17, ZInsO 2018, 1963.
- 23 Siehe weitergehend OLG Köln, Beschl. v. 11.6.2018 – 18 U 149/17, BeckRS 2018, 13782; a.A. OLG Braunschweig, Hinweisbeschl. v. 26.4.2018 – 11 U 104/17, ZInsO 2018, 1855.
- 24 Siehe weitergehend LG Rottweil, Urt. v. 10.8.2018 – 4 O 13/17, ZInsO 2018, 2150; AG Emmendingen, Urt. v. 19.7.2018 – 7 C 110/18, ZInsO 2018, 1816; OLG Schleswig, Urt. v. 20.6.2018 – 9 U 18/18, ZInsO 2018, 1681; a.A. OLG Braunschweig, Hinweisbeschl. v. 26.4.2018 – 11 U 104/17, ZInsO 2018, 1855.
- 25 Z. B. LG Dortmund, Urt. v. 28.8.2018 – 1 S 248/17, juris; LG Konstanz, Urt. v. 16.7.2018 – 8 O 19/17 KfH, ZInsO 2018, 2148; OLG Hamm, Urt. v. 11.6.2018 – I-8 U 124/17, ZInsO 2018, 1963.
- 26 LG Dortmund, Urt. v. 28.8.2018 – 1 S 248/17, juris; OLG Jena, Urt. v. 11.4.2018 – 2 U 375/16, ZInsO 2018, 1221; LG Hamburg, Urt. v. 22.10.2018 – 325 O 82/18, ZInsO 2018, 2612 (red. Ls.).
- 27 LG Dortmund, Urt. v. 15.5.2018 – 3 O 31/18, juris (1 Parallelverfahren); vgl. BGH, Urt. v. 10.10.2017 – II ZR 353/15, ZInsO 2018, 120.
- 28 Siehe vertiefend *Werner*, ZInsO 2018, 2117 ff.
- 29 BGH v. 29.9.2015 – II ZR 403/13, NJW 2015, 3789.
- 30 BGH v. 29.9.2015 – II ZR 403/13, NJW 2015, 3789.
- 31 New York Convention v. 10.6.1958, in Kraft getreten am 7.6.1959.
- 32 Laroche, ZInsO 2017, 1245; Blankenburg, ZInsO 2017, 1453.
- 33 BGH, Beschl. v. 24.11.2016 – III ZR 209/15, ZInsO 2017, 548; s. auch OLG Frankfurt/Main, Urt. v. 8.2.2018 – 1 U 112/17, Z WH 2018, 268.
- 34 Anmeldung und nähere Informationen unter [www.kmr-praktikertagung.de](http://www.kmr-praktikertagung.de).