

Stellungnahme

zum Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigervorrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen“
(BT-Drucksache 16/7416)

und

zum „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht in Insolvenzverfahren (GAVI)“
(BT-Drucksache 16/7251) des Deutschen Bundesrates
für den Deutschen Bundestag

– Sitzungen des Rechtsausschusses am 9. und 23. April 2008 –

von

Heribert Hirte, Dr. iur. (Köln), LL.M. (Berkeley),
Universitätsprofessor,
Geschäftsführender Direktor des Seminars für Handels-,
Schiffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg

Inhalt

1. Insolvenzantragsrecht und Masseverbindlichkeiten durch den vorläufigen Insolvenzverwalter - § 14 Abs. 1 Satz 2 InsO-E und § 55 Abs. 1 InsO-E	1
2. „Insolvenzfestigkeit“ von Lizenzen	2
a) Ausgangslage	2
b) Lösung des Regierungsentwurfs (§ 108a InsO-E)	3
3. Eingriffe in Aus- und Absonderungsrechte (z.B. der Leasinggeber)	8
a) Ausgangslage: § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO	8
b) Stellungnahme	9
c) Eigener Lösungsvorschlag	10
4. Steigerung der Effizienz des Insolvenzverfahrens	10
a) Organisatorische Maßnahmen	10
b) Verfahrensrechtliche Maßnahmen	11
5. Entwurf des Bundesrates eines Gesetzes zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht in Insolvenzverfahren (GAVI)	12

1. Insolvenzantragsrecht und Masseverbindlichkeiten durch den vorläufigen Insolvenzverwalter - § 14 Abs. 1 Satz 2 InsO-E und § 55 Abs. 1 InsO-E

Die geplanten Änderungen in §§ 14 und 55 InsO lassen sich nur zu gut mit dem Stichwort „alter Wein in neuen Schläuchen“ beschreiben. Beide Gesetzesänderungen waren bereits im Entwurf eines „Gesetzes zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung“ BT-Drucks. 16/886 und im Jahressteuergesetz 2007 in Form des § 251 Abs. 4 AO-E (RegE des JStG 2007) enthalten und reichhaltig diskutiert worden (Stellungnahme des Unterzeichners, sowie *Frind*, NZI 2007, 555 m.w.N.). An der Begründung allerdings hat sich wenig geändert. Man bekommt dabei leider nur den Eindruck, als wenn die öffentlichen Gläubiger stets gezwungen wären, ihre Insolvenzanträge nach Zahlung zurückzunehmen. Tatsächlich aber betreiben diese Einzelzwangsvollstreckung durch Insolvenzanträge. Diese sog. Druckanträge verhelfen den Sozialversicherungsträgern meist noch zu einer Befriedigung ihrer Forderungen und sie betreiben diese Art der Vollstreckung über lange Zeit (vgl. *Schmahl*, NZS 2003, 239 ff.). Würden diese ihren Antrag aufrechterhalten, was sie nach Aussage der Gesetzesbegründung ja wollen, würden sie selbst nicht profitieren. Ganz im Gegenteil, die Druckzahlungen wären dann der Insolvenzanfechtung ausgesetzt. Soweit das Ziel des Gesetzes in einer Stärkung der Stellung gerade der gesetzlichen Gläubiger gesehen wird, bestehen daher erhebliche Zweifel, ob dieses Ziel erreicht wird: Denn mit einer Aufrechterhaltung der „insolvenzrechtlichen Wirkung“ des Insolvenzantrags trotz Zahlung der zugrunde liegenden Forderung entfele ja dessen Druckpotential zugunsten der gesetzlichen Gläubiger.

Soweit der Zweck der Regelung aber darin gesehen wird, den Gläubigerschutz allgemein zu verbessern, ist die vorgeschlagene Regelung einseitig, da sie faktisch nur die Insolvenzanträge öffentlicher Gläubiger betrifft. Eine Erweiterung des Gläubigerschutzes zugunsten aller Gläubiger könnte nur erreicht werden, wenn man dem Vorbild des englischen Rechts folgt und die Nachweisanforderungen an den Insolvenz-Fremdantrag herabsetzt. Entsprechende Vorschläge hat der Verfasser (zuletzt) in der Anhörung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) in der Anhörung des Rechtsausschusses am 23. Januar 2008 unterbreitet, dort beschränkt auf die neue „Unternehmergeellschaft“ (UG).

Vor diesem Hintergrund läge es nahe, § 17 Abs. 2 InsO um folgenden Satz 3 zu ergänzen:

„Zahlungsunfähigkeit wird vermutet, wenn der Schuldner eine unstreitige Entgeltforderung von € 1.000 oder mehr innerhalb von drei Wochen nach Eintritt des Verzuges nicht begleicht.“

Hinsichtlich des anzusetzenden Betrages wie der anzusetzenden „Nach“-Frist sind selbstverständlich auch andere Zahlen denkbar; andere als Entgeltforderungen sollten aber ausgeschlossen bleiben, weil einerseits hierbei zu große Bewertungsunsicherheiten bestehen, andererseits ein Gläubiger versuchen könnte, auf dem Wege des Insolvenzantrages Mängelansprüche durchzusetzen.

Gleiche Skepsis wie dem Vorschlag zu § 14 InsO ist dem § 55 Abs. 2 InsO-E entgegen zu bringen. Es bleibt, wie bereits zum zurückliegenden Entwurf, zu kritisieren, dass durch die Regelung eine Überforderung der Masse droht. In der Folge wäre die Durchführung von Insolvenzverfahren erneut gefährdet.

2. „Insolvenzfestigkeit“ von Lizenzen

a) Ausgangslage

Mit dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung zum 1. Januar 1999 haben die Lizenzverträge ihre „Insolvenzfestigkeit“ verloren. Denn im Zuge der Reform wurde § 21 KO durch § 108 InsO ersetzt, ohne dass – worauf auch die Begründung zu § 108a InsO-E hinweist – die Behandlung der **Lizenz in der Insolvenz des Lizenzgebers** in diesem Zusammenhang problematisiert wurde. Seither werden die Lizenzverträge über geistiges Eigentum als pachtähnliche Verträge unter § 103 InsO subsumiert (*Fezer*, WRP 2004, 793). Der BGH entschied in seinem Urteil vom 17. November 2005 – IX ZR 162/04, ZInsO 2006, 35 ff., dass der Lizenzvertrag zwar als Dauernutzungsvertrag i.S. der §§ 108, 112 InsO eingeordnet werden, da aber kein unbewegliches Vermögen betroffen sei, fände das Wahlrecht des § 103 InsO Anwendung. Dementsprechend kann der Insolvenzverwalter die weitere Durchführung eines Lizenzvertrages verweigern, sobald ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Lizenzgebers eröffnet wurde.

Diese Möglichkeit wird in der Praxis vollumfänglich genutzt, mit zum Teil verheerenden Folgen für

das Unternehmen des Lizenznehmers. Insofern wurde zu Recht ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf gesehen.

Gerade im Bereich forschungsintensiver Wirtschaftszweige ist mit dem Abschluss des Lizenzvertrages keineswegs die eigentliche Arbeit für den Lizenznehmer bis zum Absatz seines Produkts getan. Vielmehr beginnt regelmäßig die eigentliche Forschung und Entwicklung erst mit dem Erwerb z.B. der Patenlizenz. Daneben fallen weitere erhebliche Kosten an. Diese Kosten ebenso wie die zu entrichtenden Lizenzgebühren können die Unternehmen erst erwirtschaften, sobald das Produkt etc. erfolgreich am Markt positioniert werden kann. Wird in diesem Zeitpunkt die Durchführung des Vertrages seitens des Insolvenzverwalters verweigert, trägt der Lizenznehmer seine gesamten Entwicklungskosten, ohne einen Ausgleich erlangen zu können. Die wirtschaftlichen Folgen für das Unternehmen muss man wohl nicht weiter ausführen.

b) Lösung des Regierungsentwurfs (§ 108a InsO-E)

Der Gesetzesentwurf beinhaltet unter anderem eine Regelung zur „Insolvenzfestigkeit“ von Lizenzverträgen. Gemäß § 108a InsO-E unterliegt der Lizenzvertrag nicht mehr dem Wahlrecht des Verwalters gemäß § 103 Abs. 1 InsO.

§ 108a InsO-E

Ein vom Schuldner als Lizenzgeber abgeschlossener Lizenzvertrag über ein Recht am geistigen Eigentum besteht mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Dies gilt für vertragliche Nebenpflichten nur im Umfang, als deren Erfüllung zwingend geboten ist, um dem Lizenznehmer eine Nutzung des geschützten Rechts zu ermöglichen. Besteht zwischen der im Lizenzvertrag vereinbarten Vergütung und einer marktgerechten Vergütung ein auffälliges Missverhältnis, so kann der Insolvenzverwalter eine Anpassung der Vergütung verlangen; in diesem Fall kann der Lizenznehmer den Vertrag fristlos kündigen.

c) Stellungnahme

aa) Der Regelungsgegenstand des vorgeschlagenen § 108a InsO-E befindet sich in einem starken Spannungsfeld der Interessen der Lizenznehmer und des Schuldners als Lizenzgeber bzw. seiner Gläubiger. Die Tendenz der Regierung (und des Regierungsentwurfs) in dieser Frage ist bereits vielerorts klar zum Ausdruck gebracht worden: Die Interessen der Lizenznehmer sollen zugunsten des Forschungs- und Entwicklungsstandorts Deutschland überwiegen. Diese Tendenz, die sich auch

in dem vorgeschlagenen § 108a InsO-E widerspiegelt, ist vor dem beschriebenen überwiegend wirtschaftlichen Hintergrund zu begrüßen. Die Abwägungsentscheidung fällt knapp aus und für ein gegenteiliges Ergebnis könnten nicht nur rechtspolitische Erwägungen, sondern auch rechtssystematische Gründe in die Waagschale geworfen werden, vor allem mit Blick auf die Konsistenz der §§ 103 ff. InsO, die – zugegeben – mit dem neuen § 108a InsO-E in Frage gestellt wird.

Allerdings kann man den systematischen Bedenken gegen den § 108a InsO-E entgegenhalten, dass es sich bei Lizenzen um einen Sonderfall handelt, der eine von den klassischen Miet- oder Pachtverträgen unterschiedliche Behandlung rechtfertigt. Während an diesen normalerweise nur zwei Vertragsparteien beteiligt sind und der wirtschaftliche Ertrag i.d.R. in anderer Weise als durch unmittelbare Weitergabe der Miet- oder Pachtsache erzielt wird, hängt an einem Lizenzvertrag eine ganze Verwertungskette von kooperierenden Unternehmen, die auf eine – fast „gegenständliche“ – Weitergabe der Lizenz angewiesen sind (Scherenberg, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers und besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S.90). Sobald ein Glied dieser Kette in einem frühen Entwicklungsstadium versagt, wirkt sich das für alle Beteiligten aus. Im schlechtesten Fall droht eine Kette an Insolvenzverfahren, wenn sich die Beendigung des Lizenzvertrages derart stark auswirkt.

Im Übrigen gilt: Den Konflikt durch Abwägung der Interessen *rechtlich* aufzulösen ist das eine, ihn damit zugleich *tatsächlich* zu lösen das andere. Auch und gerade mit Blick auf die Lizenzen ist insoweit eine **gewisse (Real-)Folgenorientierung bei der Abwägung** der Interessen und somit letztlich auch bei der Gesetzgebung unumgänglich: Da sich die hier aufgeworfene Frage der Behandlung von Lizenzen in der Insolvenz im internationalen Kontext bewegt, sind dem deutschen Gesetzgeber „natürliche Grenzen“ gesetzt. Eine *rechtliche* Lösung hätte kaum einen Wert, wenn durch sie *tatsächlich* für die Gläubiger nichts gewonnen, für den Forschungsstandort Deutschland aber alles verloren wäre.

Die bisherigen Risiken haben dazu geführt, dass Software-, Pharma-, BioTech-Unternehmen usw. ihren Firmensitz ins Ausland verlegt haben. Denn ein Rechtsvergleich zeigt, dass andere Länder mit forschungsintensiven Unternehmen durchaus Regelungen haben, die den Lizenznehmer in der Insolvenz des Lizenzgebers schützen. Als Beispiel seien hier die USA und Japan genannt. Im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht sind Lizenzverträge gemäß Sec. 365 (n) Bankruptcy Code insolvenzfest. Das bildet einen Grund, der bei nationalen wie internationalen Unternehmen gegen den Forschungsstandort Deutschland sprechen wird und den Wert von Lizenzen deutscher Lizenzgeber mindert.

bb) Allerdings erinnert die Entwurfsfassung den *Verf.* mit Blick auf die Sätze 2 und 3 des § 108a InsO-E schon ein wenig an die Echternacher Springprozeession: Nicht zu beanstanden ist noch §

108a Satz 2 InsO-E, der im Interesse der Insolvenzmasse – gewissermaßen als Kompensation für die Belastung durch die Kernregelung in Satz 1 des § 108a InsO-E – bestimmt, dass vertragliche Nebenpflichten nur in dem Umfang fortgelten, als deren Erfüllung zwingend geboten ist, um dem Lizenznehmer eine Nutzung des geschützten Rechts zu ermöglichen.

Hier sollte die Gesetzesbegründung jedenfalls klarstellende Hinweise geben, welche vertraglichen Nebenpflichten derart „existenziell“ für eine Nutzung des geschützten Rechts durch den Lizenznehmer sind; z.B. droht die Belastung der Masse des Lizenzgebers mit der öffentlich-rechtlichen Gebührenpflicht für die Aufrechterhaltung des Schutzrechts.

cc) Darüber hinaus sieht § **108a Satz 3 Halbs. 1 InsO-E** aber noch weiter vor, dass der Insolvenzverwalter, wenn er sich von der vertraglichen Vereinbarung schon nicht *vollständig* lösen kann, so doch wenigstens unter den in Satz 3 näher genannten Voraussetzungen einen **Zuschlag auf die vereinbarte Vergütung** soll verlangen können. Durch dieses Hin und Her zwischen den tangierten Interessen gerät die tendenziell zu begrüßende Lösung insgesamt ins Wanken. Um die Regelung nicht zu verwässern und im Dienste der Rechtsklarheit sollte Satz 3 Halbs. 1 des § 108a InsO-E daher ersatzlos gestrichen werden.

Eine ersatzlose Streichung des § 108a *Satz 3 Halbs. 1* InsO-E greift auch nicht allzu tief in die Interessen des Schuldners bzw. seiner Gläubiger ein. Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass sich das gesetzgeberische Ziel bereits mit den heute gegebenen Instrumenten nahezu gleich effektiv erreichen lässt, namentlich vor allem durch die Insolvenzanfechtung nach den §§ 129 ff. InsO. Dazu nur folgende (knappe) Anmerkungen, welche die Richtung weisen: Bei einem „auffälligen Missverhältnis“ oder einem „krassen Missverhältnis“ zwischen Leistung und Gegenleistung – so wie es das Gesetz bzw. die Gesetzesbegründung für § 108a Satz 3 Halbs. 1 InsO-E verlangen – wird man die Leistung des Lizenzgebers als (zumindest teilweise) unentgeltlich zu qualifizieren haben, sodass eine Anfechtung nach § 134 InsO in Betracht kommt. Insofern wird eine Vergütung, die „auffällig“ oder „krass“ unterhalb einer marktgerechten Vergütung liegt, auch den im Rahmen des § 134 InsO zugestandenem Bewertungsspielraum der Vertragsparteien verlassen. Da solche Fälle häufig in Konzernkonstellationen vorkommen dürften, kann für die Feststellung einer Unangemessenheit auch auf die Feststellungen der Finanzbehörden zur (Un-)Angemessenheit konzerninterner Verrechnungspreise zurückgegriffen werden. Ferner kommt das Instrument der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO in Betracht, wobei zu beachten ist, dass die Rechtsprechung die Anforderungen an den Benachteiligungsvorsatz im Laufe der Zeit immer weiter herabgesetzt hat.

Schließlich können sowohl die allgemeinen zivilrechtlichen Instrumente (z.B. § 138 BGB oder § 313 BGB), als auch deren spezialgesetzliche Ausprägungen (z.B. § 32 UrhG) einschlägig sein. In Konzernkonstellationen kommen die durch Anwendbarkeit von § 138 InsO begründeten Nachweiserleichterungen in allen Fällen hinzu.

dd) Schließlich gewährt **§ 108a Satz 3 Halbs. 2 InsO** dem Lizenznehmer ein **außerordentliches Kündigungsrecht** in dem Fall, dass die Voraussetzungen des *Halbs. 1* vorliegen. Selbst wenn man an der – nach hier vertretener Auffassung entbehrlichen – Ausgleichsfunktion des § 108a Satz 3 *Halbs. 1* InsO-E festhalten will, ist jedenfalls die Regelung des § 108a Satz 3 *Halbs. 2* InsO verfehlt und mithin zu streichen. Mit anderen Worten schlägt der Regierungsentwurf hier nämlich nichts anderes vor, als einen Lizenznehmer, der für das ihm eingeräumte Recht in der Vergangenheit nur eine „auffällig“ oder „krass“ unterhalb einer marktgerechten Vergütung liegende Gegenleistung erbracht hat, wenigstens für die Zukunft von der Zahlung einer marktgerechten Vergütung frei zu halten.

Im Ergebnis sollte der vorgeschlagene § 108a InsO-E daher auf seinen *wesentlichen Kern* zurückgenommen werden. Der Satz 3 (beide Halbsätze) des § 108a InsO-E sind ersatzlos zu streichen.

ee) Im Hinblick auf die **Lizenzkette** sollte man allerdings überlegen, den Gesetzesentwurf zu überarbeiten. Das hatte bereits der BR in seiner Stellungnahme angemerkt. Der vorliegende Entwurf behandelt nur die Konstellation eines Vertrages zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer. In der Praxis ist es aber regelmäßig so, dass der Lizenznehmer seinerseits Sublicenzen vergibt. In einem solchen Fall ist er Lizenznehmer und Lizenzgeber in einer Person. In der Insolvenz gelte dann gegenüber dem (Sub-)Lizenznehmer § 108a InsO-E und gegenüber dem Lizenzgeber § 103 InsO, mit dem wenig überzeugenden Ergebnis, dass der ursprüngliche Lizenzgeber nur eine Insolvenzforderungen hätte, die (Sub-)Lizenznehmer jedoch weiter dessen Werk etc. nutzen könnten. Unter geltendem Recht wird vertreten, dass die Nutzungsrechte und Sublicenzen an den Lizenzgeber zurückfallen, soweit der Insolvenzverwalter die Erfüllung gemäß § 103 Abs. 2 InsO ablehnt (*Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 103, § 105, § 108 InsO Rdn. 13 m.w.N.). Der damit verbundene Zusammenbruch der Lizenzkette ist für die Sublicenznehmer bisher sehr risikoreich, soweit sie einen automatischen Rechterückfall mit dem Hauptlizenzgeber nicht ausdrücklich ausgeschlossen haben. Aus Sicht eines Sublicenznehmers ist die

Regelung des § 108a InsO-E also begrüßenswert, da das Erfordernis einer vertraglichen Regelung wegfällt. Fraglich ist nur, wie das Interesse des Hauptlizenzgebers gewahrt werden kann. Insofern könnte man zumindest eine gesetzliche Übertragung der Unterlizenz auf den Lizenzgeber des insolventen Lizenznehmers (Lizenzgeber der Unterlizenz) in Erwägung ziehen.

§ 108a InsO-E wird wie folgt geändert:

a) Nach Satz 2 wird folgender Satz 4 eingefügt:

„Lehnt der Insolvenzverwalter in der Insolvenz eines Lizenznehmers, der gleichzeitig Lizenzgeber ist (Lizenzkette), die Erfüllung des Vertrages gegenüber dem Lizenzgeber gemäß § 103 Abs. 2 InsO ab, tritt dieser in den Unterlizenzvertrag ein. Etwaige Forderungen oder Schadensersatzansprüche aus der Nichterfüllung des Vertrages vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens des Lizenznehmers bleiben davon unberührt.“

Die Regelung würde die Insolvenzfestigkeit von Lizenzen nicht gefährden und zudem die Interessen des Lizenzgebers bei der Insolvenz innerhalb einer Lizenzkette wahren.

ff) Der **Begriff „geistiges Eigentum“** sollte in der Gesetzesbegründung näher erläutert werden. Eine Aufzählung dessen, was unter dem Begriff „geistiges Eigentum“ zu verstehen ist, könnte an die Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums angelehnt sein. Danach sind unter dem Begriff geistiges Eigentum die Schutzrechte zu verstehen, die durch das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte sowie den gewerblichen Rechtsschutz geschützt werden.

gg) Die Bedenken, die „Insolvenzfestigkeit“ der Lizenzen führe wegen der Einbeziehung des Neuerwerbs des Schuldners in die Insolvenzmasse zu einer **Perpetuierung des Insolvenzverfahrens**, sind ernst zu nehmen, wenn etwa das Lizenzrecht nur mit unangemessenen Abschlägen am Markt veräußert werden könnte. Diese Bedenken sind jedoch wenigstens insoweit unbegründet, als die Verwertung von Massegegenständen (hier: zukünftige Forderungen aus den Lizenzverträgen), die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen erst in ferner Zukunft möglich ist, im Schlusstermin einer späteren Nachtragsverteilung vorbehalten bleiben kann (vgl. § 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 InsO).

Vor allem aber handelt es sich bei dem Problem einer endlosen Perpetuierung von Insolvenzverfahren nicht um ein spezifisch Lizenzrechte betreffendes Problem. Es taucht etwa auch bei der Insolvenz verschiedener konzernzugehöriger Unternehmen auf (dazu und zu

Lösungsvorschlägen *Hirte*, ZIP 2008, 444, 449). Eine Lösung sollte daher allgemein ansetzen, so dass aber auch – umgekehrt – das Risiko einer Verfahrensverpetuierung in Einzelfällen nach dem derzeitigen Erkenntnisstand kein Argument gegen eine Reform ist.

3. Eingriffe in Aus- und Absonderungsrechte (z.B. der Leasinggeber)

a) Ausgangslage: § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO

Das nächste anzusprechende Problem hat zwar mit den Zielen des vorgelegten Gesetzes zu tun, ist in ihm aber bislang nicht zum Ausdruck gekommen. Vielmehr handelt es sich um ein Folgeproblem einer kürzlich erfolgten anderen Gesetzesänderung.

Durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13. April 2007 wurde der Katalog der Sicherungsmaßnahmen in § 21 Abs. 2 Satz 1 InsO, die das Insolvenzgericht bis zur Entscheidung über einen Antrag anordnen kann, um nachteilige Veränderungen in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten, um folgende Nummer 5 erweitert:

[Das Gericht kann insbesondere]

„5. anordnen, dass Gegenstände, die im Falle der Eröffnung des Verfahrens von § 166 erfasst würden oder deren Aussonderung verlangt werden könnte, vom Gläubiger nicht verwertet oder eingezogen werden dürfen und dass solche Gegenstände zur Fortführung des Unternehmens des Schuldners eingesetzt werden können, soweit sie hierfür von erheblicher Bedeutung sind; § 169 Satz 2 und 3 gilt entsprechend; ein durch die Nutzung eingetretener Wertverlust ist durch laufende Zahlungen an den Gläubiger auszugleichen. Zieht der vorläufige Insolvenzverwalter eine zur Sicherung eines Anspruchs abgetretene Forderung anstelle des Gläubigers ein, so gelten §§ 170 und 171 entsprechend.“

Diese bereits in Kraft getretene Ergänzung des § 21 Abs. 2 Satz 1 InsO hilft, den schuldnerischen Vermögensverbund als Einheit zu wahren und leistet so *im Einzelfall* einen wertvollen Beitrag zur Fortführung eines schuldnerischen Unternehmens durch den Insolvenzverwalter. Auf der anderen Seite wird den Interessen der absonderungsberechtigten Gläubiger sowie der Aussonderungsberechtigten, wie etwa der Leasinggeber, Rechnung getragen. Diese können nämlich auch im Eröffnungsverfahren für ihre Rechte weiterhin die ursprünglich vertraglich vereinbarte bzw.

gesetzlich vorgesehene Gegenleistung für die Nutzung des in dem Vermögensverbund des Schuldners durch § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO verstrickten Gegenstandes beanspruchen. Soweit § 169 Sätze 2 und 3 InsO für den Fall einer längeren Vorenthaltung im Eröffnungsverfahren eine Zinszahlungspflicht für den Zugriffsverlust des Absonderungsberechtigten vorsehen, gilt diese Regelung nunmehr auch für den durch ein Verwertungsverbot betroffenen Aussonderungsberechtigten. Daneben tritt die Ausgleichspflicht für einen Wertverlust, der durch die Benutzung des Gegenstandes eintritt.

b) Stellungnahme

Diese bereits in Kraft getretene Ergänzung des § 21 Abs. 2 Satz 1 InsO ist theoretisch ausgewogen und deshalb im Grundsatz auch zu begrüßen. Ein Blick herüber in die Praxis zeigt jedoch ein anderes Bild:

Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass die gesamte Regelung nur dann alle tangierten Interessen hinreichend berücksichtigt und ausgleicht, wenn ihre Grundvoraussetzung im konkreten Einzelfall tatsächlich gegeben ist: So ist die „Zwangüberlassung“ im Eröffnungsverfahren nur dann gerechtfertigt, wenn die betreffenden Gegenstände zur Fortführung des Unternehmens des Schuldners von *erheblicher* Bedeutung sind. Nur dann (und wenn die Kompensationen im Übrigen gewährt werden), ist der Eingriff gerechtfertigt. Insofern werden die Voraussetzungen des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO in der Praxis bisweilen zu pauschal bejaht. Richtig ist zwar, dass § 166 InsO, auf den § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO rekurriert, ebenfalls eine gewisse typisierte Sicht auf die Sachverhalte erlaubt, soweit für das Verwertungsrecht des Verwalters die Besitzverhältnissen maßgeblich sein sollen. Unabhängig davon, ob diese Typisierung in § 166 InsO bei Fehlen der Voraussetzungen im Einzelfall durch Auslegung oder teleologische Reduktion zu beheben ist, verbietet sich im Stadium des vorläufigen Insolvenzverfahrens jede Form der typisierten Sicht auf die tatsächlichen Verhältnisse, und zwar schon nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes: So kann das Gericht *nur dann* anordnen, „dass Gegenstände, die im Falle der Eröffnung des Verfahrens von § 166 erfasst würden oder deren Aussonderung verlangt werden könnte, vom Gläubiger nicht verwertet oder eingezogen werden dürfen und dass solche Gegenstände zur Fortführung des Unternehmens des Schuldners eingesetzt werden können, *soweit sie hierfür von erheblicher Bedeutung sind [Hervorhebung durch Verf.]*“.

c) Eigener Lösungsvorschlag

Da die Regel insgesamt erforderlich ist, um mit der Unternehmenssanierung im Insolvenzfall Ernst zu machen, ist an ihr festzuhalten. Allerdings sollte erwogen werden, das Recht zur sofortigen Beschwerde gem. § 21 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht nur dem Schuldner, sondern gegen die Anordnung der Maßnahme nach § 21 InsO auch dem Gläubiger einzuräumen. Dies könnte wie folgt umgesetzt werden:

§ 21 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 2 Satz 3 werden in Ziffer 5 folgende Sätze Satz 4 und 5 eingefügt:

„Das Gericht kann die Anordnung jederzeit aufheben oder abändern. Gegen die Anordnung steht dem Gläubiger die sofortige Beschwerde zu.“

b) Der bisherige Satz 4 wird Satz 6.

Das Gericht kann Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO grundsätzlich nach pflichtgemäßen Ermessen jederzeit abändern oder aufheben, wenn die Voraussetzungen für ihre Anordnung entfallen sind (BGH, Beschl. v. 7.12.2006 – IX ZB 257/05, Tz. 15). Der vorgeschlagene Satz 4 hat insoweit lediglich klarstellende Funktion, als er dieselbe Möglichkeit auch für den Fall ausdrücklich vorsieht, dass die Voraussetzungen für ihre Anordnung von Beginn an nicht vorlagen. Überdies weist er darauf hin, dass die Sicherungsmaßnahme nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO jederzeit abgeändert oder aufgehoben werden kann, und zwar auch noch nach Ablauf der Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde, wenn sich z.B. schon im Laufe des Eröffnungsverfahrens zeigt, dass eine Einstellung des schuldnerischen Unternehmens unumgänglich sein wird.

4. Steigerung der Effizienz des Insolvenzverfahrens

a) Organisatorische Maßnahmen

Unter dem Schlagwort der Steigerung der Effizienz des Insolvenzverfahrens wird sowohl über eine

Reduzierung der Anzahl der Insolvenzverwalter, als auch über eine Reduzierung der Anzahl der Insolvenzgerichte diskutiert. Beide Ansätze sind im Grundsatz richtig und verdienen es, weiter verfolgt zu werden. Zur Steigerung der Effizienz des Insolvenzverfahrens ist vor allem an eine Konzentration der gerichtlichen Zuständigkeit für die Verfahrenseröffnung an wenigen Ort zu denken (so ist z.B. daran zu denken, ein Amtsgericht für die Bezirke mehrerer Landgerichte zu bestimmen). Die hier angeregte Konzentration gewinnt an Überzeugungskraft, wenn man sie überdies in einem größeren Zusammenhang sieht: Sie steht (möglicherweise) in Reihe mit einer Verbesserung der normativen Grundlagen für die Insolvenz gruppengebundener Unternehmen (vgl. die konkreten Vorschläge des *Verf.* in: ZIP 2008, 444 ff.) sowie mit einer Verbesserung der normativen Grundlagen für die grenzüberschreitenden Insolvenzsachverhalte. Insofern könnte darüber hinaus auch an besondere Gerichtszuständigkeiten etwa für „Großverfahren“ gedacht werden, denen in aller Regel die Insolvenz gruppenzugehöriger Unternehmen zugrunde liegt, die häufig auch noch grenzüberschreitende Bezüge aufweist.

Hier gibt es im Übrigen Parallelentwicklungen im Aktienrecht hinsichtlich der Schaffung von Sonderzuständigkeiten für aktienrechtliche Anfechtungsklagen (u.U. beschränkt auf börsennotierte Aktiengesellschaften). Auch hinter diesen steht das Ziel einer Verfahrensbeschleunigung bei gleichzeitiger Erhöhung der gerichtlichen Kompetenz. Es wird nachträglich angeregt, diese für die deutsche Wirtschaft immens wichtigen Entwicklungen aufeinander abzustimmen.

b) Verfahrensrechtliche Maßnahmen

In verfahrensrechtlicher Hinsicht sei ein Vorschlag erneut aufgegriffen, den schon der Gesetzgeber der InsO erwogen, aber letztlich verworfen hatte: Die „kollektive“ Feststellung des Eintritts von Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung (des „moment of truth“), wie sie in § 157 RegE InsO ursprünglich vorgesehen war (hierzu *Hirte*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 12. Aufl. 2003, § 92 InsO Rdn. 13 mit § 139 Rdn. 7; *ders.*, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, 2006, Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse (2006), S. P 11, P 35).

Das müsste dadurch abgestützt werden, dass der vorläufige Verwalter hierzu in seinem Gutachten entsprechende Feststellungen trifft (insoweit in Übereinstimmung mit den Überlegungen von *Haarmeyer*).

5. Entwurf des Bundesrates eines Gesetzes zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht in Insolvenzverfahren (GAVI)

Vorab ist festzuhalten, dass der *Verf.* die Richtung, die der Entwurf im Dienste der Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht im Insolvenzverfahren einschlägt, für die grundsätzlich richtige Richtung hält. Besonders herausgehoben werden soll hier nur die folgende vorgeschlagene Neuerung des Entwurfs, nämlich die Einrichtung eines „vor-vorläufigen“ Gläubigerausschusses nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO-E: Im europäischen Rechtsvergleich zeigt sich, dass die fehlende Einflussmöglichkeit und mangelnde Transparenz bereits im Eröffnungsverfahren einen nicht zu unterschätzenden Nachteil für den Insolvenzstandort Deutschland darstellt. Jedes gesetzgeberische Handeln, das insoweit Abhilfe zu schaffen versucht, ist begrüßenswert. Ansätze dafür hat der *Verf.* vor wenigen Wochen, bezogen auf den speziellen Fall der Konzerninsolvenz, vorgetragen (Hirte, ZIP 2008, 444, 446 f.). Allerdings darf die grundsätzliche Zustimmung nicht darüber hinwegtäuschen, dass der *Verf.* auch weiterhin große Zweifel an der „Wettbewerbsfähigkeit“ des deutschen Insolvenzrechts hat, bis – neben anderen Punkten – die weitgehend freie Wahl des Insolvenzverwalters im deutschen Recht eine normative Grundlage gefunden hat (ggf. mit der Möglichkeit der Ablehnung des Kandidaten durch das Gericht, d.h. einer Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses mit entsprechender Umkehr der Begründungslast; so jetzt ausdrücklich für die Konzerninsolvenz Hirte, ZIP 2008, 444, 446).

Mit Blick auf den vorgeschlagenen (ersten) richtigen Schritt erscheint dem *Verf.* die Änderung der Insolvenzordnung gem. Art. 1 Nr. 11 des Entwurfs unverzichtbar, wenn die Regelung nicht bloße Theorie bleiben soll: Der vorgeschlagene § 73 Abs. 3 InsO-E sieht vor, dass die Gläubigerversammlung eine **Vergütung des Gläubigerausschusses** beschließen kann, die von der Festsetzung in der nach § 65 InsO erlassenen Rechtsverordnung abweicht. Der *Verf.* kann insoweit die in der Entwurfsbegründung angedeutete Befürchtung nicht entkräften, die derzeitige Vergütung sei unzureichend, um bestimmte für die Aufgabe der Geschäfts- und Rechnungsprüfung als geeignet erachtete Personen gewinnen zu können. Ohne die vorgeschlagene flexible Vergütung kann es im Ergebnis zu Fehlsteuerungen des an sich richtigen Instruments des Gläubigerausschusses kommen, z.B. dadurch, dass nur diejenigen „freiwillig“ Mitglied im Gläubigerausschuss werden, die sich neben

der unmittelbaren Vergütung zusätzlich einen mittelbaren „Mehrwert“ versprechen.

Schließlich sollte aber der **Standort der Regelung** noch einmal überdacht werden. Erst der (systematisch auch nahe liegende) Zusammenhang mit den §§ 67 ff. InsO erfüllt die vorgeschlagene Regelung aus Sicht des Verf. mit dem nötigen Inhalt (Zusammensetzung, Kompetenz, Haftung etc.).