

Stellungnahme für den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages (Anhörung am 2.4.2014) zum Regierungsentwurf (BT-Drs. 18/407) „Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen“

I. Regelungsnotwendigkeit ?

Der Regierungsentwurf stellt die sog. dritte Stufe der in der 17. Legislaturperiode im Koalitionsvertrag in Aussicht genommenen dreistufigen Reform der Insolvenzordnung dar. Aus Sicht der insolvenzgerichtlichen Praxis bearbeiteten die Stufen Nr.1 mit dem „ESUG“ (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen²) zum 1.3.2012 und Stufe Nr.2 „Reform der Privatinsolvenz“ (Gesetz zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Erleichterung der Restschuldbefreiung)³ zum 1.7.2014 zumindest in den Kernbereichen tatsächliche insolvenzpraktische Problemstellungen, die einer (Neu-)Regelung bedurften.

Bei dem vorliegenden Entwurf ist die Erfüllung dieser Anforderung sehr zweifelhaft.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die insolvenzgerichtliche Praxis derzeit vollständig mit der Umsetzung und Bewältigung der Probleme befasst ist, die die bisherigen kürzlichen Neuregelungen der InsO gebracht haben. Diese Problembewältigung wird mit dem Inkrafttreten der „2.Stufe“ am 1.7.2014 in ihrer Intensität erneut ansteigen. Die insolvenzgerichtlichen Rechtsanwender, wie auch Insolvenzverwalter, Gläubiger und Schuldnerunternehmen sind bereits durch die ständigen Änderungen der InsO stark verunsichert, wenn nicht gar teilweise in der Rezeptionsumsetzung überfordert. Denn die insolvenzrechtliche Praxis muss aufgrund ihrer „Schnittstellen-Stellung“ auch Änderungen im Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht und in der Zwangsvollstreckung „verdauen“.

Anzuraten ist daher zumindest ein „Änderungsmoratorium“ im Kernbereich der InsO. Eine weitere insolvenzrechtliche Änderung müsste daher zumindest mit einem sehr großen zeitlichen Abstand von mindestens 2 Jahren in Kraft treten. Jedoch muss sich jede insolvenzrechtliche Änderung daran messen lassen, ob sie, wenn sie schon den bisherigen Regelungslevel erhöht, zumindest praxisrelevante Verbesserungen bietet. Der vorliegende Entwurf lässt dies nicht erkennen.

→ Der Sachverständige empfiehlt für den Fall der Verabschiedung des Entwurfes zumindest die Belastungssituation der Insolvenzgerichte, Insolvenzverwalter und

¹ Insolvenz- bzw. Konkursrichter seit über 17 Jahren beim Insolvenzgericht Hamburg; u.a. Vorstandsmitglied des Bundesarbeitskreises Insolvenzgerichte (BAKinso e.V.) – Zusammenschluss von Insolvenzrichterinnen und -richtern, -rechtspflegerinnen und -rechtspflegern; Mitherausgeber der Fachzeitschrift „ZInsO“

² BT-Drs. 17/5712; BT-Drs. 17/7511; BGBI.I 2011, S. 2582 ff

³ BGBI. I 2013, 2379

institutionalisierten Gläubiger mit der derzeitigen Umsetzung und Verarbeitung der bisherigen insolvenzgesetzlichen Änderungen in Rechnung zu stellen und ein Inkrafttreten frühestens in 2 Jahren vorzusehen.

1. Keine praktischen Regelungsbedarfsanlässe bekannt

Der Regierungsentwurf behauptet einen Bedarf für die Schaffung von besonderen konzerninsolvenzrechtlichen Regelungen. Dieser Bedarf ist aus Sicht der Praxis unbekannt. Es existieren keine Beispielfälle in denen sich

- das (behauptete) Fehlen eines einheitlichen insolvenzgerichtlichen Gerichtsstandes
- mit der (behaupteten) Folge der Bestellung mehrerer verschiedener Insolvenzverwalter durch verschiedene Insolvenzgerichte

für die Generierung der bestmöglichen Insolvenzmasse, der Sanierung des Gesamtunternehmens oder die bestmögliche Gläubigerbefriedigung negativ ausgewirkt oder in der realisiert hätten.

Die in der Begründung des Regierungsentwurfes genannten Fälle von Konzerninsolvenzen⁴ (Kirch Media, Babcock-Borsig; BenQ oder Arcandor/Quelle) sind, soweit möglich, erfolgreich abgewickelt und mit einem einheitlichen Insolvenzverwalter bewältigt worden.

→ Die Praxis hat bisher über § 3 Abs.1 Satz 2 InsO (prioritärer Gerichtsstand beim Insolvenzgericht des wirtschaftlichen Mittelpunktes) in der europarechtskonformen Auslegung, nämlich der Anforderung, dass der „wirtschaftliche Mittelpunkt“ als nach außen gerichtete –gfs. dirigistische- Aktivität der Unternehmensmutter für die jeweiligen Gläubiger vorher erkennbar sein muss, bei allen relevanten Konzerninsolvenzen Lösungen für eine Konzentration des Insolvenzgerichtsstandortes gefunden.

So wurde z.B. das große Möbelunternehmen „Schieder“ beim AG Detmold abgewickelt und „Quelle“ nicht in Nürnberg, sondern beim AG Essen⁵. Der Regierungsentwurf bleibt folgerichtig jedes Beispiel zu den in der Begründung behaupteten „Unsicherheiten“ bei der Konzerninsolvenz-Zuständigkeit schuldig und beurteilt nach hiesiger Ansicht die praktische Verwendung des „wirtschaftlichen Mittelpunktes“ als „Improvisation“ (so wörtlich in der Begründung) falsch.⁶

Vielmehr folgt die insolvenzgerichtliche Praxis und Auslegung den nicht zuletzt durch den EUGH konkretisierten Vorgaben der EuInsVO, den diese mit der Regelung der Zuständigkeit an dem „center of main interest“ (COMI) des insolventen Unternehmens beschrieben und geregelt hat (s. II.4).

→ Da der Regierungsentwurf von dem Konzept einer „Konsolidierung der Massen“ (besser: Vermischung der Massen) zu Recht absieht, gibt es nach hiesigem Dafürhalten keinen wirklichen Regelungsbedarf, da dieser Punkt der einzige Regelungsgegenstand zum Thema „Konzerninsolvenz“ gewesen wäre, der, wäre er in der Umsetzung gewollt, einer definitiven (und grundlegenden) Regelung bedürfte.

⁴ RegE S. 15

⁵ Vgl. hierzu das Gutachten M.Pluta zur Zuständigkeit ZInsO 2009, 2188 und AG Essen v. 1.9.2009, ZIP 2009, 1826 ff.=ZInsO 2008, 2207

⁶ Vgl. RegE S.16, 1.Absatz

Einen weitergehenden Regelungsansatz, der von der insolvenzrechtlichen Praxis und auch aus dem Kreise der Unternehmensberatungen befürwortet würde, nämlich die „Verhinderung eines Dominoeffektes“ innerhalb von Konzernen bei Insolvenzen von Unternehmensteilen oder nur der Muttergesellschaft durch die Ermöglichung der Einbeziehung von nicht insolventen Konzernunternehmen in ein „Sachwalterverfahren“⁷ verfolgt der Regierungsentwurf ebenfalls nicht und sieht dafür keinerlei Maßnahmen, z.B. in Form einer Möglichkeit der Antragstellung nicht insolventer Tochtergesellschaften in einem gesonderten Schutzschirmverfahren ohne Notwendigkeit der drohenden Zahlungsunfähigkeit, vor. Er bearbeitet daher gerade dasjenige Feld der Schnittstelle zwischen außergerichtlicher Sanierung und insolvenzrechtlicher Sanierung nicht, das insbesondere aus dem Bereich der Unternehmensberater zunehmend (und zu Recht) als „bearbeitungswürdig“ reklamiert wird.

2. Der „einheitliche“ Insolvenzverwalter als sinnvoller Regelfall ? Zu weit gefasster Regelungsbereich ?

Der RegE will entweder über die Erzeugung eines möglichst einheitlichen Insolvenzgerichtsstandes (§ 3a ReGE „in der Regel“ die Bestellung ein und desselben Insolvenzverwalters für alle gruppenangehörigen Unternehmen herbeiführen⁸ oder über eine Abstimmungsnotwendigkeit der Insolvenzgerichte untereinander (§ 56b Abs.1 RegE), es sei denn, das Gebot der Wahrung der Unabhängigkeit steht dem entgegen und die diebzgl. Problemstellungen können mittels eines Sonderinsolvenzverwalters nicht „gebannt“ werden.

2.1 Der „Einheitsverwalter“ im „Horizontal“-„Konzern“ ?

Obwohl die Begründung des RegE –am Rande- erkennt, dass das Modell des „einheitlichen Verwalters“ bei „lose verbundenen Unternehmen“ nicht notwendig ist⁹, wird im Entwurf den Regelungen ein zu weiter Anwendungsbereich gegeben: Der Regierungsentwurf regelt nicht nur große „Konzern“insolvenzen, sondern praktisch jede Form „verbundener Unternehmen“, z.B. erfasst der Regelungsbereich auch die GmbH & Co.KG oder mehrere untereinander mit Beherrschungsverträgen verbundene GmbHs oder einfache Holding-Strukturen¹⁰.

Das deutsche Recht kennt keine eindeutige Definition des „Konzerns“. In der Regel werden in der Literatur die §§ 15 ff. AktG zu Eingrenzung des Begriffes herangezogen¹¹ und letztlich wird auf den Regelungsgehalt von § 18 AktG rekurriert.

Die im RegE vorgesehene Zuständigkeitsvorschrift des § 3a Abs.1 i.V.m. § 3 e RegE benutzt den –bisher gesetzlich nicht definierten- Begriff der „Unternehmensgruppe“, wobei dafür sogar eine „mittelbare Verbindung“ ausreichen soll. Der vorliegende Entwurf definiert in § 3 e Abs.1 Nr.1 und Nr.2 RegE dafür den Regelungsgegenstand der neu zu schaffenden Zuständigkeitsnormen für „Unternehmensgruppen“ im Grunde entsprechend der Aufteilung in § 18 AktG nach den Kriterien „entweder Beherrschungssituation“ (§ 18 Abs.1 AktG) oder „einheitliche Leitung“ (§ 18 Abs.2

⁷ Dazu Siemon/Frind, NZI 2013, 1 ff.

⁸ So der maßgebliche Begründungsansatz für die Regelung eines „Konzerninsolvenzgerichtsstandes“

⁹ RegE S. 21, 1.Abs.

¹⁰ Dies folgt aus Begr. RegE S.29

¹¹ Z.B. Löffler in Haag/Löffler, HGB, 1.Aufl.2010, vor § 105 HGB Rn.18, 19

AktG).

Die Begründung des Entwurfes ist allerdings in diesem Punkt widersprüchlich. Sie verweist zunächst darauf, der Entwurf orientiere sich gerade nicht an § 18 AktG, sondern an § 290 HGB. Es gehe um eine „ausschließliche Anknüpfung an die Möglichkeit der Ausübung beherrschender Kontrolle“; es komme auf das Gebrauchmachen nicht an.¹² Wenig später konzidiert die Begründung allerdings, dass mit dem allein nach § 3e Abs.1 Nr.2 RegE (hinzuweisen ist darauf, dass im Entwurf ein Absatz 2 in § 3e fehlt!) genügendes Element der „einheitlichen Leitung“ („oder“) auch Gleichordnungskonzerne erfasst werden sollen¹³.

Der Entwurf lässt offen, ob die zumindest vorausgesetzte „gegenseitige Beteiligung“ (siehe den Begriff „Miteinander verbunden“) in § 3 e RegE) der Unternehmen den Grad des § 19 Abs.1 AktG (25%) erreichen muss. Lediglich der antragstellende Schuldner, der die Feststellung des „Gruppen-Gerichtsstandes“ gem. § 3a Abs.1 begehrt, darf gem. § 3a Abs.1 Satz 1 nicht von *untergeordneter Bedeutung* (weniger als 10 % der Bilanzsumme und Umsatzerlöse der „Gruppe“ und mehr als 10 % der Arbeitnehmer) sein. Die Merkmale des § 290 Abs.2 HGB, die das Gericht bei der Beurteilung der Frage, ob eine „Unternehmensgruppe“ vorliegt, benutzen soll¹⁴, zeigen hingegen Beherrschungsmerkmale über Direktionsrechte, aber nicht notwendig prozentuale Verhältnisgrößen auf, die in § 3a Abs.1 Satz 3 ReGE viel zu niedrig angesetzt sind (dazu unter II. bei der Frage der Ermöglichung des „Forum shopping“).

Nach der Entwurfsregelung würden jedoch auch aneinander lediglich beteiligte Unternehmen, die im Wege einer darüber gesetzten Holding eine einheitliche Leitung haben, ohne untereinander im Wege der „Beherrschung“ in Abhängigkeit zu stehen, den Regelungen unterfallen, z.B. könnten mehrere gleich geordnete GmbHs mit gegenseitiger Beteiligung den Regelungen unterfallen. Eine solche wirtschaftliche Konstellation wäre allerdings von einem „Konzern“ wohl recht weit entfernt. Weiterhin würden damit der Regelung auch Firmenkonglomerate unterfallen, deren einzelne Unternehmern völlig getrennten Geschäftsgegenständen nachgingen (z.B. Immobilienvermietung einerseits und wiederum Hausbau und Hausreinigung andererseits).

Der Verfasser hat bereits in seiner gerichtlichen Praxis mehrfach Fälle gehabt, in denen die Trennung verschiedenster Unternehmensgegenstände in verschiedene Firmen trotz wechselseitiger Beteiligungen es geradezu erforderte, unterschiedliche Insolvenzverwalter zu bestellen. Sofern der Entwurf nunmehr auch solche Konstellationen unter die Modalitäten des schwierigen Abstimmungsverfahrens nach § 56b ReGE bringt, insbesondere nahelegt, ein einheitlicher Insolvenzverwalter sei hier die „Regellösung“, wird dies der Vielgestaltigkeit der „Phänomene“ in Insolvenzverfahren „verbundener Unternehmen“ eben nicht gerecht.

Insolvenzrecht ist Wirtschaftsrecht. Insofern sollten sich die Regelungen entsprechend überschaubar darstellen und auch für Gläubiger in der Handhabung sicher prognostizierbar sein.

¹² ReGE S. 29

¹³ RegE S.29

¹⁴ RegE S.29

→ Die Regelung des § 56b RegE muss daher als schlicht unnötig angesehen werden, die Eingrenzung („insbesondere“) auf die Nichtbestellung eines einheitlichen Verwalters bei Unabhängigkeitszweifeln nicht als sachgerecht. Das „Unabhängigkeitsgebot“ für die Auswahl des Verwalters folgt bereits aus § 56 Abs.1 Satz 1 InsO¹⁵.

Es kann durchaus Fälle geben, die eine Aufteilung des Konzerns auf verschiedene Verwalter als sinnvoll erscheinen lassen¹⁶, wenn nämlich innerhalb eines „Horizontal- oder Sparten-Konzerns“ verschiedene Geschäftsbereiche betrieben werden, die u.U. wenig bis nichts miteinander operativ zu tun haben. Insofern ist der Entwurf bereits in der Literatur zu Recht kritisiert worden¹⁷. Der Verfasser hat z.B. im „Medivision/Wölbern Invest-Gruppenverfahren“ erfolgreich getrennte Verwalter für verschiedene Geschäftsbereiche bestellt.

2.2 Abstimmungsregelungen im „Eilfall des Betriebsfortführungsverfahrens“ ?

Diese Entscheidung über die Frage „ein oder mehrere Verwalter“ sollte dem Ermessen der jeweiligen Insolvenzrichter überantwortet bleiben¹⁸; der in § 56b Abs.1 vorgesehene „Abstimmungszwang“ unter verschiedenen Gerichten bei unterschiedlicher Antragsstellung „Verbundener Unternehmen“ ist nicht notwendig – und kaum umsetzbar, weil die genauen Verhältnisse sich nur aus der jeweiligen Antragsakte ergeben können, die der andere Richter nicht kennt.

Soweit unter den Eilbedingungen der Bestellungsnotwendigkeit von vorläufigen Insolvenzverwaltern (§ 56b RegE soll laut Nr.4 der vorgesehenen gesetzlichen Änderungen über § 21 Abs.2 S.1 Nr.1 auch im Eröffnungsverfahren gelten) bei laufenden Geschäftsbetrieben (und um diese Fälle geht es in der Regel bei den gemeinten „verbundenen Unternehmen“) möglich, haben sich, soweit überhaupt unterschiedliche Insolvenzgerichte tätig werden mussten (dazu unter I.1) die betroffenen Richter, soweit bekannt, immer abgestimmt.

Allerdings ist die zeitliche Eilkomponente, die dem Eröffnungsverfahren bei laufenden Geschäftsbetrieben immanent ist, zu bedenken. Die Regelung berücksichtigt den entstehenden Zeitdruck in Betriebsfortführungs- und Massesicherungsfällen nicht. Bereits bisher haben Insolvenzgerichte sogar bei Zweifeln zu ihrer Zuständigkeit im Sinne der Massesicherung zunächst einen vorläufigen Verwalter häufig bestellt. Die Formulierung des § 56b Abs.,1 Satz 1 RegE („haben sich abzustimmen“), könnte sogar nahelegen, dass eine ohne solche Abstimmung erfolgende Verwalterbestellung unwirksam ist. Mithin müsste mindestens, wie in § 56a Abs.1 InsO, eine „Abweichungsklausel bei der Gefahr nachteiliger Veränderungen“ eingebaut werden.

Aufgrund der vorgenannten Verweis in § 21 Abs.2 S.1 InsO bleibt es auch bei der Notwendigkeit nach der vorgenommenen gerichtsübergreifenden Abstimmung die vorläufigen Gläubigerausschüsse der involvierten Verfahren zur Person des

¹⁵ Adam/Poertzgen, ZInsO 2008, 21, 286, 287 kritisch zum »Einheitsverwalter« in bestimmten Inhabilitätskonstellationen

¹⁶ Fölsing, ZInsO 2013, 413, 414; Frind, ZInsO 2013, 429, 432; Vallender/Deyda, NZI 2009, 825

¹⁷ Verhoeven, ZInsO 2014, 217; Fölsing, ZInsO 2013, 414; Brünkmans, ZIP 2013, 193, 202

¹⁸ Entschließung BAKInso e.V. v. 01.12.2009, ZInsO 2009, 2391

(vorläufigen) Verwalters anzuhören. Sofern diese sich bereits vor der Abstimmung zwischen den Gerichten mit Vorschlägen gem. § 56a Abs.2 geäußert haben und unterschiedliche Personen vorgeschlagen haben, muss das Gericht jeweils –nach vorheriger Abstimmung mit dem oder den anderen Gerichten- von diesem Vorschlag abweichen wollende Gericht –gfs. erneut- den Gläubigerausschuss anhören, dessen Vorschlag nicht berücksichtigt werden soll (§ 56b Abs.2 S.2 RegE). Unklar bleibt nach dem Regelungsentwurf, ob die Gerichte nach einer ersten gerichtsübergreifenden, internen Abstimmung untereinander bei nachfolgenden Vorschlägen der verfahrenseigenen vorläufigen Gläubigerausschüsse sich nochmals untereinander abstimmen müssen.

Dies scheint nahezuliegen, weil Gegenstand der gerichtsübergreifenden Abstimmung u.a. die Frage sein soll, ob der in Aussicht genommene Verwalterkandidat „unabhängig genug“ ist, um die Gesamtverwaltung aller gruppenzugehöriger Verfahren zu erhalten und, ob mittels Sonderinsolvenzverwaltern Unabhängigkeitsprobleme „entschärft“ werden können.¹⁹ Unklar ist, ob die zwingende „Ist-Regelung“ in § 56b Abs.2 Satz 2 RegE die Regelung des § 56a Abs.1 2.Hs. InsO, wonach bei massegefährdenden Verzögerungen von Anhörungen Abstand genommen werden kann, „aushebelt“.

→ Die in § 56b Abs.2 RegE vorgesehene –zusätzliche- Anhörung der verschiedenen unterschiedlich besetzten (!) vorläufigen Gläubigerausschüsse vor Anordnung der Sicherungsmaßnahme einer vorläufigen Insolvenzverwalterbestellung ist unter den Eilbedingungen des Eröffnungsverfahren nicht umsetzbar. Die zeitliche Verzögerung einer solchen „Mehrfachanhörung“ ist vor einer notwendigen (und dringenden) Eilentscheidung nicht zu verantworten.

3. Komplizierte Regelungs“mechanik“

Der vorliegende Regierungsentwurf zeigt vom Grundverständnis her, wie teilweise bereits in den Jahren 2010 -2012 veröffentlichte Regelungsentwürfe des BMJ zu anderen Themen des Insolvenzrechtes, nämlich dem „ESUG“ und dem Privatinsolvenzrecht, einen im Verhältnis zu den zu bearbeitenden Problemstellungen zu deterministischen und „kleinteiligen“ Regelungsansatz. Dieser Ansatz will von der Regelungsmechanik her möglichst viele Varianten insolvenzrechtlicher Fallgestaltungen gesetzlich erfassen und teilweise nach dem „Wenn- dann“ –Prinzip ein insolvenzgerichtliches Ermessen weitgehend ausschließen²⁰. Weiterhin ist es diesem Ansatz immanant, im Wege eines „Fahrplanes“ möglichst die Einbindung aller möglichen Akteure des Insolvenzverfahrens ebenfalls „en detail“ zu regeln.

Dies erfordert vermeintlich ein „generalistisches Regelungskonzept“, d.h. der Gesetzgeber erlaubt sich die Annahme, allen der Regelung unterfallenden Verfahren würde eine kleinteilige Regelung gerecht. Ein Ermessensspielraum für eine Zusammenarbeit Insolvenzgericht- Gläubigergremien- Insolvenzverwalter wird folgerichtig kaum eröffnet, vielmehr wird mit §§ 269a , 269b InsO eine Zusammenarbeit angeordnet, die in der Praxis –wo notwendig (!)- längst stattfindet..

→ Das Ergebnis sind komplizierte, für die Praxis kaum zu bewältigende und für

¹⁹ DiskE S. 35 mitte

²⁰ Zur Kritik an diesem Ansatz bereits Frind, ZInsO 2011, 373, 376; ders. INDAT-Report 2/2012, 30

Gläubiger kaum überschaubare oder gar in ihren Umsetzungsergebnissen kalkulierbare „Lösungsvorschläge“. Dieses Regelungskonzept muss umso mehr scheitern, als es wirtschaftsdynamische Sachverhalte einengend und bürokratisch zu regeln versucht, denn diese erfordern häufig flexible Einzelfalllösungen. Obwohl in der Begründung des Entwurfes durchaus anerkannt wird, dass das „Konzern“insolvenzrecht sich mit „vielgestaltigen Phänomenen“ befasst und differenzierte, flexible Lösungen benötigt werden²¹, entspricht der Regelungsvorschlag dieser Erkenntnis genau nicht.

Die vom Entwurf vorgesehenen Abläufe zeigen –zumindest für Betriebsfortführungsverfahren- Vorgehensweisen auf, die nicht praxisgerecht sind, z.B. werden mehrfach verschiedene (vorläufige) Gläubigerausschüsse anzuhören sein, gfs. ist ein „Ober-Gläubigerausschuss“ zu bilden (§ 269c RegE), der im Übrigen kostenmäßig alle Massen anteilig (und unterschiedlich, da je nach Zeitaufwand des jeweiligen Mitgliedes) belastet (§ 269 c Abs.2 Satz 2 RegE). Allein die Findung der untereinander abstimmungsnotwendigen Personen und die notwendigen Anhörungen und gegenseitigen Ergebnismitteilungen würden Zeiträume in Anspruch nehmen, deren Ausschöpfung ohne Sicherungsmaßnahmen und Beststellungsakte die Geschäftsbetriebe massiv gefährden und Kunden, wie Arbeitnehmer stark verunsichern würden.

Davon zu unterscheiden wären die –nachlaufenden- Mitteilungspflichten gem. § 269b RegE. Hier regelt der Entwurf sinnvolle gegenseitige Mitteilungen, die aber bei Nutzung der Insolvenzveröffentlichungsbekanntmachungen über § 9 InsO ohnehin bei aktiver Nachforschung der Insolvenzgerichte weitgehend auch erlangbar wären.

II. Die Zuständigkeitsregelung für den insolvenzrechtlichen „Konzerninsolvenzgerichtsstand“

1. Regelungsmechanik der §§ 3a ff. RegE: „Forum shopping“ und „Richter-Hopping“

Der Entwurf schafft einen „Gruppengerichtsstand“ im Wege des Prioritätsprinzips, d.h. der erste Antrag eines „nicht untergeordneten Unternehmens“ der Unternehmensgruppe bestimmt den Insolvenzgerichtsstand für alle Unternehmen der „Gruppe“. Das zuerst angerufene Insolvenzgericht muss sich dann für insgesamt zuständig erklären. Dabei soll es laut Begründung nicht darauf ankommen, ob der Antrag des ersten Gruppenunternehmens sich später überhaupt als „eröffnungsfähig“ herausstellt.²² Über § b RegE bleibt der Gruppengerichtsstand „auf Dauer“ für alle Folgeanträge erhalten.

→ Das heißt: Eine „Unternehmensgruppe“ im Sinne von § 3 e RegE mit mehreren im Sinne von § 3a Abs.1 Satz 2 „nicht untergeordneten“ Tochtergesellschaften (dies wird aufgrund der niedrigen Grenzen für die Definition häufig gegeben sein) kann es sich aussuchen, an welchem Insolvenzgericht sämtliche Verfahren abgewickelt werden sollen. Im Ergebnis kann über § 3 c Abs.1 RegE sogar der jeweilige Richter „ausgesucht“ werden, sofern die in Betracht kommenden Insolvenzgerichte die Verfahren nach Buchstabenzuständigkeit an die Dezernate vergeben und nicht nach

²¹ RegE S. 2, 16, 18 unten

²² ReGE S. 26 vorl.Absatz

„Turnus“.

So könnte z.B. ein verbundenes Unternehmen mit dem wirtschaftlichen Mittelpunkt in München, aber mit „nicht untergeordneten“ Tochterunternehmen in Hamburg, Neustadt an der Weinstraße, Detmold und Holzminden sich ein Insolvenzgericht zwischen Lage (Norden oder Süden) und großem oder kleinen Insolvenzgericht (Hamburg /Detmold) aussuchen.

Hinweis: Die Konzentrationsmöglichkeit in dem vorgesehenen § 2 Abs.3 RegE, nämlich dass die Länder jeweils über Rechtsverordnungen im Sinne von § 2 Abs.2 InsO „Konzerninsolvenzgerichtsstände“ schaffen, wird höchstwahrscheinlich von den Ländern nicht umgesetzt werden. Denn bereits die im Zuge der Gesetzgebung des „ESUG“ noch im damaligen Referentenentwurf²³ vorgesehene Konzentration der Insolvenzgerichte wurde von den Ländern schließlich abgelehnt. Die Rechtsverordnungen nach § 2 Abs.2 InsO wurden bisher nur von wenigen Bundesländern umgesetzt; eine Änderung dieser Haltung steht nicht zu erwarten²⁴. Daher ist damit zu rechnen, dass bei Umsetzung des Entwurfes auch „kleine“ Insolvenzgerichte „Gruppengerichtsstand“ werden sollen. Dies kann Kalkül des Antragstellers sein.

Der Beschluss über den „Gruppengerichtsstand“ wirkt damit nicht so harmlos, wie die Begründung es Entwurfes es glauben machen will.²⁵

Selbst ein Gläubigerantrag könnte das „Forum shopping“, also das Aussuchen des Insolvenzgerichtsstandes jenseits des „wirtschaftlichen Mittelpunktes“ des Unternehmens, nicht abwenden: Ging an einem anderen Gericht ein Gläubigerantrag gegenüber einem gruppenangehörigen Unternehmen voraus, muss das dortige Insolvenzgericht gem. § 3d Abs.1 S.2 RegE („hat“) dieses Verfahren an den „ausgesuchten“ Gruppeninsolvenzgerichtsstand verweisen, wenn das dortige insolvenzbefangene Schuldnerunternehmen nun an diesem einen Eigenantrag stellt. In diesem Fall besteht als ein determinierter Verweisungszwang qua „Gruppengerichtsstandsfeststellung“.

2. Der Entwurf macht „Forum shopping“ erstmals gesetzlich möglich

Der Entwurf räumt ein, dass die Prioritätslösung des § 3a RegE insgesamt das nationale Forum Shopping ermöglicht.²⁶ Auch wenn betont wird, dass eine Verweisung bereits anhängiger anderweitiger Verfahren im Falle dortiger Eigenanträge im Ermessen der jeweiligen Insolvenzgerichte liege²⁷, so darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass es darum (Möglichkeit der Verweisung bereits anhängiger, anderweitiger Verfahren) im Kern in der Praxis kaum gehen wird, denn es geht um „gesteuerte“ Insolvenzverfahren, häufig von Beraterseite getrieben. D.h., die Unternehmen der Gruppe werden in der Regel an dem v. ihnen –gfs. nach sachfremden Kriterien- „ausgesuchten“ Insolvenzgericht Eigenanträge stellen. Zur Prüfung einer „Verweisung“ nach § 3 d Abs.1 Satz 1 RegE durch ein anderes angerufenes Insolvenzgericht wird es daher kaum kommen.

²³ RefE „ESUG“ v. 25.1.2011 (ZInsO 2011, 269)

²⁴ Heyer, INDAT-Report 3/2011, 34; Frind, ZInsO 2009, 952 m.w.N.

²⁵ RegE S.19

²⁶ ReGE S. 19

²⁷ ReGE S. 20, 27

Eröffnet wird mit der Möglichkeit, mit einem „Pilotantrag“ den „Gruppengerichtsstand“ festlegen zu lassen, dort nachfolgend eine Flut von Folgeeigenanträgen weiterer Schuldnerunternehmen anzubringen, für die dieses Gericht eigentlich nicht zuständig wäre, die „Wegverlagerung“ eines Insolvenzverfahrens vom eigentlichen wirtschaftlichen Mittelpunkt einer Unternehmensgruppe .

Wenn der Entwurf in der Begründung also betont, der „Gruppengerichtsstand“ verdränge den eigentlichen Zuständigkeitsgerichtsstand nicht (so auch § 3a Abs.2 RegE) im Sinne einer Sperrwirkung²⁸, wird verkannt (oder ausdrücklich nicht gesagt), dass damit eben „geplante“ Schuldneranträge beim –ursprünglich- unzuständigen Gericht erst ermöglicht werden. Zusammengefasst mit dem sehr weiten Anwendungsbereich der Vorschrift für alle Arten „verbundener Unternehmen“ (s.I.2.1), eröffnen sich hier durchaus Mißbrauchsmöglichkeiten, die der Entwurf in Abrede stellt oder nicht für relevant hält²⁹.

3. Die Ermöglichung von „Forum shopping“ ist gläubigerfeindlich

Die bisherigen Änderungen der InsO in der 17. Legislaturperiode folgten in der Zielrichtung dem Gebot der erweiterten Gläubigerbeteiligung am Insolvenzverfahren und der Stärkung der Gläubigerrechte („ESUG“ (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen³⁰) zum 1.3.2012 „Reform der Privatinsolvenz“ (Gesetz zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Erleichterung der Restschuldbefreiung)³¹). Der vorliegende Entwurf bewirkt nunmehr gegenteilige Effekte:

Die vom Schuldner-„Konzern“ gesteuerte Auswahl des Insolvenzgerichtsstandes kann dazu führen, dass ein

a.) vom eigentlich seitens der Gläubigerschaft „erwarteten“ Insolvenzgerichtsstand weit weg gelegenes Insolvenzgericht zuständig wird, mit der Folge, dass Gläubiger sich nur unter erschwerten Bedingungen (weite Anreise zu Versammlungen, keine Möglichkeit der Beteiligung an Ausschüssen; keine Möglichkeit der Akteneinsicht beim Insolvenzgericht; Beauftragung „entfernter“ Anwälte, etc.) oder gar nicht beteiligen können werden,

b.) ein kleines „unerfahrenes“ Insolvenzgericht ausgewählt wird an dem die Berater des Unternehmens „leichtes Spiel“ haben, ihre Vorschläge für Verwalterbestellungen, Verfahrensweisen und Insolvenzpläne „durchzubringen“³² oder gar

c.) über § 3c Abs.1 RegE (eine Vorschrift die auch der Bundesrat kritisiert hat, vgl. Anlage 3 zum ReGE) ein unerfahrener Insolvenzrichter (um andere Möglichkeiten nicht zu erwähnen) „ausgesucht“ wird.

²⁸ ReGE S.19, 28

²⁹ ReGE S.19

³⁰ BT.Drs. 17/5712; BT-Drs. 17/7511; BGBI.I 2011, S. 2582 ff

³¹ BGBI. I 2013, 2379

³² Vgl. hierzu den Bericht der Zeitschrift „Capital“ in Ausgabe 4/2014, S. 62 ff. zur „Verlagerung“ der Insolvenzen von 38 Schiffs-Fond-Verfahren seit 2013 an das AG Niebüll oder den Bericht in juve 4/2014, 70, 74 über Verfahrensverlagerungen vom AG Frankfurt-Bereich in den Bereich des AG Düsseldorf

Mit der Eröffnung des nationalen Forum shoppings bei Insolvenzgerichtsständen begibt sich der Entwurf auf dasjenige Terrain, welches bisher Gegenstand von „Firmenbestattungen“ war. „Firmenbestatter“ suchten sich nach bisheriger Praxis, die die Insolvenzgerichte bisher gerade durch genaue Zuständigkeitsprüfung „einzudämmen“ suchen³³, weit vom ehemaligen Tätigkeitsort der zu bestattenden Unternehmen belegene Insolvenzgerichte heraus, in der Hoffnung, die Gläubiger würden sich dann am Verfahren noch weniger als ohnehin schon beteiligen. Zusätzlich war zu beobachten, dass „Firmenbestatter“ auch Insolvenzgerichte mit einer geringeren Eröffnungs- und hoher Abweisung-mangels-Masse-Quote bevorzugten³⁴. Der Entwurf regelt an keiner Stelle, obwohl er in der Begründung für einen einheitlichen „Gruppengerichtsstand“ von Sanierungserleichterungen bei Betriebsfortführungen ausgeht, dass die Möglichkeit des nationalen „Forum shoppings“ die § 3a RegE eröffnet, nur bei laufenden Geschäftsbetrieben gelten soll.

4. Die gesetzliche Ermöglichung von „Forum shopping“ ist u.U. europarechtswidrig

Die Erkennbarkeit des zukünftigen –möglichen- Insolvenzgerichtsstandes zugunsten der Unternehmensgläubiger ist nach derzeitiger Rechtsprechung eines der maßgeblichsten Prüfungs- und Amtsermittlungsfragen für das Insolvenzgericht³⁵. Daher ist immer wieder für eine Zuständigkeitsverlegungssperre in § 3 Abs.1 InsO ab dem Eintritt der materiellen Krise plädiert worden³⁶, der RegE geht nun den genau gegenteiligen Weg.

Das internationale „Forum shopping“, also die Verlagerung des Insolvenzeröffnungsgerichtsstandes in den Bereich eines anderen Rechtsgebietes ist im Wege einer restriktiven Auslegung des Art. 3 EuInsVO in den letzten Jahren vom EUGH zunehmend und mit deutlichen Worten durch Eingrenzung der Auslegung des Begriffes „Center of main interest“ (COMI) beschnitten worden.

Die vorgesehene Neufassung der EuInsVO³⁷ sieht nunmehr in Art.3 EuInsVO ausdrücklich die Aufnahme des Erwägungsgrundes Nr.13 vor, *nach welchem der Insolvenzsgerichtsstand vorher „für Dritte feststellbar“ sein muss*³⁸. Zusätzlich wird ein Erwägungsgrund Nr.13 a eingeführt, der dies ausdrücklich nochmals betont. Damit ist insbesondere gemeint, dass Gläubiger vorher wissen können müssen, wo später ein Insolvenzverfahren über ihren Vertragspartner stattfinden werde. Dies ist in der Literatur ausdrücklich begrüßt worden, weil damit willkürliche

³³ LG Bonn v. 13.1.2012, ZInsO 2012, 938, 939; OLG Celle, ZInsO 2005, 100; OLG Stuttgart v. 8.1.2009, ZInsO 2009, 350

³⁴ Vgl. dazu Haarmeyer, ZInsO 2006, 449; Untersuchung nach Feldforschung RheinAhrCampus Remagen: Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, 1065

³⁵ OLG Brandenburg, ZIP 2002, 1590, 1591; Braun-Kießner, 5.Aufl. InsO, § 3 Rz.7; HK-Kirchhof, 6.Aufl. InsO, § 3 Rz.9; HmbKomm-Rüther, 4.Aufl. InsO, § 3 Rz.13, es komme auf die „Umsetzung“ an; MünchKommInsO-Ganter, 2.Aufl.InsO, § 3 Rz.10 mw.N.; Frind, ZInsO 2008, 261; ders. ZInsO 2008, 614; Schwemmer NZI 2009, 355

³⁶ Frind, ZInsO 2008, 363 ff. m.w.N

³⁷ Vorschlag zur Änderung der EuInsVO der Europäischen Kommission v. 12.12.2012 (COM 2012, 744 (final)) – beschlossen vom EU-Parlament am 5.2.2014

³⁸ *Als Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen gilt der Ort, an dem der Schuldner gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht und der für Dritte feststellbar ist. Bei Gesellschaften und juristischen Personen wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen der Ort ihres satzungsmäßigen Sitzes ist.*

„Gruppengerichtsstände“ verhindert werden.³⁹

Die Europäische Kommission nimmt damit die Rechtsprechung des EUGH auf: Die Anforderung nach einem für die jeweilige (!) Gläubigerschaft eines Unternehmens kalkulierbaren, vorn vornherein erkennbaren Insolvenzgerichtsstand ist im Bereich der EuInsVO mittlerweile vom EuGH durchgesetzt worden in den Entscheidungen „Eurofood“ und „Interedil“, denen der BGH sich im nationalen Bereich angeschlossen hat.⁴⁰ Erst jüngst hat der EuGH erneut die Feststellbarkeit des künftigen Insolvenzgerichtsstandes für „Dritte“ betont.⁴¹

Die reine „Head-office-functions-Theorie“⁴² nach welcher –egal, ob erkennbar oder nicht- der „Center of main interest“ und damit der Insolvenzgerichtsstandort dort liegen sollte, wo die „Befehle“ in der Unternehmensgruppe gegeben werden, ist damit ad acta gelegt.

Denn der EUGH ist dem nun mehrfach entgegengetreten, indem er statuiert: bei Tätigkeit im Sitz-Land reicht die Kontrolle oder Kontrollierbarkeit wirtschaftlicher Entscheidungen durch die im Ausland ansässige Muttergesellschaft nicht für die Annahme einer dortigen Zuständigkeit aus.⁴³ *Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen einer Schuldnergesellschaft ist grundsätzlich der **Ort ihrer Hauptverwaltung, wie er anhand von objektiven und durch Dritte feststellbaren Faktoren ermittelt werden kann.*** So entschied der EuGH am 20. Oktober 2011 in der Rechtssache C-396/09 (s. EiÜ 44/09).⁴⁴

Der BGH hat sich mit Entscheidung v. 1.12.2011⁴⁵, dieser Linie angeschlossen: Stellt ein Gläubiger Antrag nicht am satzungsgemäßen Sitz einer Firma mit ausländischem Sitz muss er dem Gericht substantiiert zur internationalen Zuständigkeit und zum Interessenmittelpunkt der Schuldnerin vortragen, um seinen Antrag zulässig zu machen.

Mit Entscheidung v. 15.12.2011 (Mediascure/Rastelli)⁴⁶ hat der EUGH diese Linie fortgesetzt und die Erweiterung eines bereits eröffneten Insolvenzverfahrens (nach franz.Recht) auf eine zweite Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedsland abgelehnt, da nicht nachgewiesen wurde, dass der COMI der zweiten Gesellschaft im erstgenannten Mitgliedsstaat war.

Auch hier hat der EUGH die Feststellbarkeit der relevanten Merkmale für Dritte betont: *Zur Widerlegung der Vermutung, dass sich dieser Mittelpunkt am Ort des satzungsmäßigen Sitzes befindet, ist erforderlich, dass mit einer Gesamtbeurteilung aller relevanten Anhaltspunkte der Nachweis gelingt, dass sich das tatsächliche Verwaltungs- und Kontrollzentrum der von der Klage auf Erweiterung betroffenen*

³⁹ Hierzu Brünkman, ZInsO 2013, 797; Thole/Swierczok, ZIP 2013, 551; Albrecht, ZInsO 2013, 1876

⁴⁰ EuGH ZInsO 2006, 484=ZIP 2006, 907=NJW 2006, 2682 und EuGH ZIP 2011, 2153=NZI 2012. Der BGH hat sich mit Entscheidung v. 1.12.2011, ZInsO 2012, 143=ZIP 2012, 139, dieser Linie angeschlossen; s.a. BGH v. 21.6.2012, ZInsO 2012, 1491

⁴¹ Entscheidung v. 15.12.2011 (Mediascure/Rastelli), ZInsO 2012, 93

⁴² Für diese noch im Verfahren „PIN-Group“ AG Köln Beschluss v. 19.2.2008 (ZIP 2008, 423=NZI 2008, 257=ZInsO 2008, 388

⁴³ ZInsO 2006, 484=ZIP 2006, 907=NJW 2006, 2682, dazu: Mankowski, BB 2006, 1753; zur Rezeption in Europa und den USA: J.Schmidt, ZIP 2007, 405; zusammenfassend: Duursma-Kepplinger, ZIP 2007, 896

⁴⁴ EUGH v. 20.10.2011 („Interedil“, ZIP 2011, 2153=NZI 2012, 990

⁴⁵ ZInsO 2012, 143=ZIP 2012, 139

⁴⁶ ZInsO 2012, 93

Gesellschaft für Dritte feststellbar in dem Mitgliedstaat befindet, in dem das ursprüngliche Insolvenzverfahren eröffnet wurde.

Mit dem vorliegenden RegE wird in die gegensätzliche Richtung gegangen, da die in § 3a Abs.1 Satz 2 RegE genannten Merkmale für eine „nicht untergeordnete“ Bedeutung des antragstellenden Tochterunternehmens, welches den „Gruppengerichtsstand“ festlegt, für Dritte, d.h. Gläubiger, eben nicht erkennbar sind; ja häufig wird ein Gläubiger des Hauptunternehmens gar nicht wissen, dass ein „nicht untergeordnetes Tochterunternehmen“ existiert. Gfs. wird der „normale“ Gläubiger erwarten, dass ein Insolvenzverfahren am Sitz des Mutterunternehmens für alle Tochterunternehmen durchgeführt wird.

5. „Forum shopping“ und „Richter-Hopping“ können sanierungsfeindlich wirken, aber auch die Massegenerierung negativ beeinflussen (s. USA)

Die §§ 3a, 3c Abs.1 ReGE ermöglichen der Unternehmensgruppe die Wahl eines „genehmen“ Insolvenzgerichtes und gfs. auch die Auswahl des dann zuständigen Richters (sofern der Geschäftsverteilungsplan Buchstabenzuständigkeit vorsieht). Die Wahl eines „kleinen Insolvenzgerichtes (es bestehen 188 Insolvenzgerichte für Regelinsolvenzverfahren in Deutschland, davon haben ca. 80 nur 50 Regelinsolvenzverfahren im Jahr !), kann in den Überlegungen eines Schuldnerunternehmens attraktiv erscheinen.

Es geht hier um das Kalkül bzgl. der insolvenzgerichtliche Praxis, z.B. die dort herrschenden Anforderungen oder die dieszgl. Kontrolle betreffend die Prüfung von Absonderungsrechten oder Anfechtungsansprüchen, um Anforderungen an die Kontrolle des Verwalters bei der Verwaltung treuhänderischen Vermögens, bei der Transparenz und Kontrolle der Schlussrechnung, etc.. All dies mag künftig „Überlegungsgegenstand“ beim nationalen Forum shopping werden⁴⁷. Erste Fälle der „Verlagerung“ gibt es bereits⁴⁸. Angesichts dieser „Möglichkeiten“ eine Missbrauchsgefahr für vernachlässigbar zu erklären, wie dies der Entwurf vornimmt⁴⁹, ist fragwürdig.

Die Ermöglichung der Auswahl eines Insolvenzgerichtes wird nicht zuweilen im Ergebnis nur die Gläubigerschaft überraschen, sondern das „Richter-Hopping“ ist auch geeignet, Druck auf die Insolvenzgerichte auszuüben, eventuell Anträge auf Eigenverwaltung oder „Schutzschirmverfahren“ weniger gut oder gar nicht geprüft „durchzuwinken“. Diese Regelungen sind in der bisherigen Diskussion massiv kritisiert worden, da eine Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen und mögliche Druckausübung auf Gerichte und Richter drohe⁵⁰. So veröffentlichte jüngst die Zeitschrift „Juve“ einen „Beauty Contest“ der „TOP 10-Insolvenzrichter“ aufgrund einer Befragung von Schuldner- und Sanierungsberatern.

⁴⁷ Vgl. bereits die diesbzgl. Bedenken bei Mankowski NZI 2008, 355

⁴⁸ juve 4/2014, 70, 74 über Verfahrensverlagerungen vom AG Frankfurt-Bereich in den Bereich des AG Düsseldorf

⁴⁹ ReGE S.19

⁵⁰ Pape, NWB 2013, 1094; Brünkmans, ZIP 2013, 193 Frind, ZInsO 2013, 429; LoPucki, ZInsO 2013, 420; Stellungnahme Deutsch. Steuerberaterverband, NZI 7/2013, VII; Stellungnahme BAKInso e.V. v. 15.2.2013 unter www.bak-inso.de; Stellungnahme VID e.V. v. 15.2.2013 unter www.vid.de; Westphal/Janjuah, Beil. ZIP 3/08, 7

Eine Entwicklung zum „willfährigen Insolvenzgericht“ ist in den USA derzeit Gegenstand einer parlamentarischen Untersuchungskommission, der „ABI-Kommission“⁵¹, die negative Auswirkungen des im Chapter 11-Verfahren (an dem sich u.a. das „ESUG“ orientiert hat) implementieren „Forum shoppings“ untersuchen soll.

Ausgangspunkt der Untersuchungen sind die Forschungen des amerikanischen Professors LoPucki von der Universität Los Angeles⁵². Die vom amerikanischen Professor LoPucki zum Chapter 11-Verfahren in den USA unternommenen Untersuchungen eines solchen „Forum/Richter-Shoppings“ erbrachten unerwünschte Ergebnisse: Die Schuldnerberater wurden zu „Case placern“ und erzeugten damit willfährige Gerichte, die darum buhlten, „große“ Verfahren zu erhalten (da anschliessend die Richter auf Tagungen und Seminare eingeladen wurden). In der Folge wurden Standards zur Vermeidung von Interessenkonflikten und Haftungsfreistellungen gelockert, Insolvenzverschlepper kaum noch verfolgt und die Anzahl nachhaltiger Sanierungen nahm deutlich messbar ab, da schlechte Insolvenzpläne und Sanierungslösungen durchgewunken wurden. Der letztgenannte Effekt deutet sich auch für den deutschen Bereich mit den ersten Zweitinsolvenzverfahren „nach „ESUG““ an⁵³. Das „Office for fair trading“ in England berichtete ebenfalls von negativen Ergebnissen einer zu großen Macht von Schuldnerberatern, wenn diese zu „case placern“ werden können.⁵⁴

6. Die vorgesehene Zuständigkeitsregelung behindert zulässige Schuldnerantragstellung und erfordert unnötige gerichtliche Prüfungen

Nach Prüfung der Frage, ob das antragstellende Unternehmen (Insolvenzantrag und Antrag auf Festlegung als Gruppengerichtsstand) einer Unternehmensgruppe i.S.v. § 3e ReGE überhaupt angehört, hat das Insolvenzgericht zunächst zu prüfen, ob sein Antrag zulässig ist (§ 3a Abs.1 RegE). Dazu gehört auch, dass das Gericht zunächst einmal für das antragstellende (Tochter-)Unternehmen i.S.v. § 3 Abs.1 InsO zuständig ist.

Danach sind die Voraussetzungen des § 3a Abs.1 S. 2 Nr. 1,2 und 3 RegE zu prüfen, nämlich, ob das antragstellende Unternehmen nicht untergeordnet ist, sofern es einen Antrag auf „Gruppeninsolvenzgerichtsstandsfeststellung“ stellt. Hierzu sieht der Entwurf erweiterte Angaben im Insolvenzantrag des Unternehmens nach § 13 a InsO vor.

→ Diese Erfordernisse machen die zulässige Antragstellung in Erweiterung des mit dem „ESUG“ geschaffenen § 13 Abs.1 Satz 1 bis 7 InsO noch komplizierter, obwohl die Praxis bereits massiv gerügt hat, dass § 13 Abs.1 InsO gem. „ESUG“ zulässige Insolvenzanträge erschwert⁵⁵.

⁵¹ Hierzu Siemon, ZInsO 2013, 1861, 1866; s. auch den kritischen Hinweis bei Thole, ZIP 2013, 1937, 1944

⁵² S. bereits in LoPucki, courting failure, 2006; zusammenfassend: **LoPucki**, ZInsO 2013, 420 in Analyse der Verhältnisse in den USA (Insolvenzgerichte Delaware./New York)

⁵³ s. dazu Frind/Köchling, ZInsO 2013, 1666

⁵⁴ Office for fair trading, Juni 2010, ZInsO 2010, 1791

⁵⁵ Horstkotte ZInsO 34/2012, III

Die „nicht untergeordnete Bedeutung“ mag dann im Wege der durch den Entwurf beabsichtigten noch weiter spezifizierten Antragsangaben nach § 13a InsO zu Umsatz, Bilanz, Funktion und weiteren „Mitschuldnerunternehmen“ bei größeren Konzerngesellschaften noch zu prüfen sein. Allerdings konzidiert der Entwurf bereits an dieser Prüfungsstelle, dass das Gericht bei Unternehmen ohne Verpflichtung zu Konzernabschlüssen wenig genaue Erkenntnisbasis hat. Es solle dann „untechnische Zusammenfassungen“⁵⁶ prüfen. Insofern wird das Insolvenzgericht bei einem Feststellungsantrag auf Gruppeninsolvenzgerichtsstand entsprechende Ermittlungen zur Stellung des antragstellenden Unternehmens in der „Unternehmensgruppe“ zu veranlassen haben.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Feststellung des „Gruppengerichtsstandes“ nach der Intention des Entwurfes für weitere Folgeanträge anderer verbundener Unternehmen Sicherheit schaffen soll und damit , vorausgesetzt der Geschäftsbetrieb läuft „insgesamt“ noch, ein gewisser Zeitdruck besteht. Das Insolvenzgericht kann zwar nach ständiger Rechtsprechung während seiner Zuständigkeitsprüfungen bereits einen vorläufigen Verwalter bestellen, sofern Sicherungsnotwendigkeiten bestehen⁵⁷. Die spätere Entlassung eines bereits bestellten vorläufigen Insolvenzverwalters/Sachwalters (§ 3d Abs.3 RegE) nach etwaigen Weiterverweisungen wird aber kaum optimal für Massegenerierung und/oder Sanierungsansätze sein. Insofern wird ein „Feststellungsantrag“ gem. § 3a InsO in Erwartung von Folgeanträgen und diesbzgl. Abstimmungsbedarfen eventuell „Wartepflichten“ des Insolvenzgerichtes mit Sicherungsmaßnahmen (Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters/Sachwalters) auslösen, die nicht immer sanierungskonform sind.

→ Noch weniger prüfbar für das Insolvenzgericht wird die Voraussetzung gem. § 3a Abs.2 sein, wonach die Verfahrenskonzentration im gemeinsamen Interesse aller Gläubiger liegen muss. Die Begründung verweist darauf, dass das Insolvenzgericht hier die Interessen aller Gläubiger aller „gruppenangehöriger Schuldner“ zu berücksichtigen habe.⁵⁸ Dies ist nicht umzusetzen.

Selbst wenn das antragstellende Unternehmen diese übrigen „Schuldner“ (unklar ist, warum der gesetzliche Wortlaut des § 13a Nr.5 ReGE nur die bereits ein Insolvenzverfahren beantragenden „weiteren Gruppenschuldner“ erforschen will, die insolvenznahen oder –gefährdeten Gruppenunternehmen wären ebenso für das Insolvenzgericht wichtig) nach § 13a ReGE sämtlichst benennt, werden in überschaubarer Zeit die Interessen von deren Gläubigern kaum zu eruieren sein. Im Übrigen ist für das Insolvenzgericht kaum fassbar, welche der „multipolaren Interessen“ der Gläubigerschaft es beachten soll und welche einem Gruppeninsolvenzgerichtsstand entgegenstehen und welche nicht. Es wurde bereits aufgezeigt, dass im Grunde der Gruppeninsolvenzgerichtsstand, sofern nicht vorher erkennbar, negativ für die Gläubigerschaft in seinen Auswirkungen ist.

Sofern die Angaben nach § 13 a Abs.1 ReGE fehlen wird das Gericht dann entweder eine Nachfrist setzen müssen oder den Antrag gleich zurückweisen, da

⁵⁶ RegE S.27

⁵⁷ LG Göttingen v. 31.1.2008, NZI 2008, 191; BGH v. 13.12.2007 NZI 2007, 344=ZInsO 2007, 440; dazu: Webel, EWiR 2008, 181; Thiemann, DZWIR 2007, 347; so auch BGH v. 22.4.2010, IX ZB 217/09, LNR 2010, 15642=NZI 2010, 680; BGH v. 15.12.2011, Jurion 2011, 31568

⁵⁸ RegE S. 27

diese Angaben gem. des Wortlautes in § 13 a RegE Pflichtangaben sind.

Soweit bereits Insolvenzanträge von „verbundenen Unternehmen“ an anderen Gerichten vorliegen, werden zudem die dort gfs. bestellten vorläufigen Gläubigerausschüsse anzuhören sein; dies verzögert das Zuständigkeitsfeststellungsverfahren weiter.

7. Lösungsvorschlag

→ Zu empfehlen ist eine Abkehr von der Ermöglichung des „Forum shoppings“ und „Richter-Hoppings“ (im Wege der bisher vorgesehenen Einführung des Prioritätsprinzips in § 3a ff. RegE).

→ Stattdessen sollte eine Gesamt-Zuständigkeit für alle „verbundenen Unternehmen“, wobei hierfür die Definition des § 290 Abs.2 HGB übernommen werden sollte, am Insolvenzgerichtsstand der Muttergesellschaft geregelt werden, der nach § 3 Abs.1 InsO zu bestimmen ist⁵⁹, d.h. in der Regel bei laufenden Geschäftsbetrieben am Ort des wirtschaftlichen Mittelpunktes der Muttergesellschaft. Deren „wirtschaftlicher Mittelpunkt“ ist nach ständiger Rechtsprechung der Insolvenzgerichte anhand von außen erkennbarer Merkmale (z.B. dirigistische Maßnahmen, Bestellungen bei Kunden und Dienstleistern, Arbeitnehmereinstellungen, Ernennung von Geschäftsführern) zu bestimmen. Der Begriff bedarf daher keiner Regelung. Befindet sich das Mutterunternehmen im Ausland gilt innerhalb des Geltungsbereiches der EuInsVO Art.102 § 2 Abs.1 EGIInsO: Für den Gesamtkonzern ist der Mittelpunkt des hauptsächlichen Interesses in Deutschland zu ermitteln, dort ist der Insolvenzgerichtsstand. Dies ist europarechtskonform.

Sitzt das Mutterunternehmen im außereuropäischen Ausland, haben es in die Länder in der Hand, ein (oder mehrere) gemeinsame(s), länderübergreifende(s) Insolvenzgericht(e) für diesen Fall für zuständig zu erklären, dies folgt aus § 348 Abs.4 InsO (siehe als derzeitigen Beispielfall bereits Schiffahrtsrechtliche Verteilungsverfahren : Hamburg ist insofern zuständig für das gesamte Bundesgebiet).

→ Mindestens sollten die in § 3a Abs.1 Satz 2 RegE genannten Grenzen für die Definition „nicht untergeordnet“ angehoben werden.

→ Die Bestellung eines personenidentischen Verwalters kann in vielen Konzerninsolvenzverfahren sanierungsfördernd und geradezu notwendig sein. Dies ist weitgehend unbestritten⁶⁰. Die Frage, wann dies bei Wahrung der Unabhängigkeit des Verwalters der Fall ist⁶¹ und welche „internen“ Konstellationen dafür gewählt werden sollten (z.B. auch Bestellung mehrerer Verwalter aus dem gleichen Büro; nach Eröffnung mit Sonderinsolvenzverwalter, etc.) ist so vielgestaltig⁶² wie das

⁵⁹ befürwortend für einen einheitlichen Gerichtsstand de lege ferenda am Sitz der Muttergesellschaft, aber gegen einen internationalen Konzerninsolvenzgerichtsstand auch Vallender/Deyda, NZI 2009, 825; Jaffe/Friedrich, ZIP 2008, 1849; ähnlich Rennert-Bergenthal, ZInsO 2008, 1316 in Abgrenzung zu Hirte, ZIP 2008, 444

⁶⁰ Vallender, wpg-Sonderheft 2011, 31, 33: bei gesichertem Mehrwert; Rennert-Bergenthal, ZInsO 2008, 1316; Jaffe/Friedrich, ZIP 2008, 1849; Uhlenbruck, NZI 2008, 201, 203, 206; Hirte, ZIP 2008, 444; ders. FS K. Schmidt, 641 f.; HmbKomm-Frind, 4.Aufl.InsO, § 56 Rn.41c m.w.N.

⁶¹ Adam/Poertzgen, ZInsO 2008, 21, 286, 287 kritisch zum »Einheitsverwalter«

⁶² Vgl. INDAT-Report 3/08, 14,16; Kögel/Loose, ZInsO 2006, 17

Wirtschaftsleben und daher der Einzelfallentscheidung zu überlassen - § 56b RegE ist unnötig.

Zuweilen kann eine Aufteilung nach Geschäftsfeldern und darin wiederum eine Bestellung mehrerer Verwalter aus verschiedenen Büros sinnvoll sein. Eine gesetzliche Regelung kann dieses „Wirtschaftsleben“ nur regeln, wenn sie ermessensorientiert und wenig bürokratisch ist⁶³.

Letzteres trifft auch auf die im Grunde der Bestellungsfrage nachgelagerte Frage zu, ob die vorgenannte Bestellungsentscheidung –und die „Verfahrenssteuerung“ durch das Insolvenzgericht- nicht bei einem für alle betroffenen Konzernunternehmen zuständigen Gericht zentralisiert werden sollte, um eben diese Beurteilungsfrage nach der Bestellungsmodalität und Verfahrenssteuerung zu „zentralisieren“.

Die dem gemäße Regelung muss europarechtskonform die Erkennbarkeit des Insolvenzgerichtsstandes für Insolvenzgläubiger „in spe“ weitgehend erlauben und Mißbräuche verhindern.⁶⁴

Der im ReGE mühevoll dargelegt Regelungskontext könnte sich bei reduzierter Regelungsdichte, wenn der Gesetzgeber sich „zurücknehmen wollte“, auch darin erschöpfen, in Ergänzung des § 3 InsO in einem Absatz für Konzerne im Sinne des § 18 Abs.1 AktG (da die „Beherrschung“ nach außen erkennbar und bekannt sein wird, die „einheitliche Leitung“ als isolierte Merkmal nicht) es dem Ermessen des Insolvenzgerichtes zu unterstellen sich im Falle der Zuständigkeit für das Mutterunternehmen im Sinne v. § 290 Abs.2 HGB, auch wenn dieses nicht insolvent ist oder zu werden droht, für alle von diesem Unternehmen beherrschte Unternehmen für zuständig zu erklären⁶⁵.

→ Dabei sollte jedenfalls eine Sitzverlegung im letzten Jahr vor der Antragstellung gesetzlich definiert unbeachtlich sein, um Manipulationsmöglichkeiten zu begrenzen⁶⁶. Mit einer solchen kurzen Regelung wäre das Notwendige getan. Die Frage der Verwalterbestellung kann dann –wie bisher⁶⁷- den Regelungsabfolgen der §§ 56, 56a InsO überlassen werden, eine Ausweitung auf Sonderinsolvenzverwalter ist unnötig.

III. Vorgesehene Regelungsmodalitäten bzgl. der Sonderinsolvenzverwalterbestellung

Sollten sich die Gerichte nun entschließen, ur Vermeidung von Unabhängigkeitskonflikten Sonderinsolvenzverwalter einzusetzen, bezieht der Entwurf die Regelung des § 56a ausdrücklich auch auf deren Bestellung (§ 56b

⁶³ Gegen eine statische Lösung bereits K. Schmidt, KTS 2010, 22 für Wahl- und Verweisungsgerichtsstand; siehe auch Entschließung BAKInso e.V. v. 01.12.2009, ZInsO 2009, 2391

⁶⁴ Frind, ZInsO 2008, 614; für ein »taugliches« Sanierungskonzept mit gerichtlicher Prüfung: Jaffe/Friedrich, ZIP 2008, 1849, 1853; zu einem negativen Beispiel des »forum shopping« AG Köln, ZInsO 2008, 215

⁶⁵ Dafür bereits Vallender/Deyda, NZI 2009, 825; Jaffe/Friedrich, ZIP 2008, 1849; ähnlich Rennert-Bergenthal, ZInsO 2008, 1316

⁶⁶ Vallender/Deyda, NZI 2009, 825, 828 für zeitliche Grenze; Frind, ZInsO 2008, 363; Jaffe/Friedrich, ZIP 2008, 1849, 1852; Eidenmüller, ZHR 169 [2005], 528, 539

⁶⁷ Grobe „Fehlleistungen“ im Konzerninsolvenzbereich sind gar nicht bekannt geworden, selbst die im Diske beispielhaft auf S. 11 genannten Fällen sind zufriedenstellend diesbzgl. erledigt worden- auch ohne gesetzliche Regelung.

Abs.2 S.3 ReGE). Dies hat zur Folge, dass vor Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters jeweils der vorläufige Gläubigerausschuss, gfs. der nach § 269c Abs.1 RegE zu bildende „Gruppen-Gläubigerausschuss“ zusätzlich, anzuhören wäre.

→ Dieses Verfahren ist nicht systemkonform, da der Sonderinsolvenzverwalter gem. § 92 S.2 InsO i.v.m. § 5 Abs.1 InsO gerichtliches Amtsermittlungsmittel ist und auch im Interesse der gerichtlichen Haftungsabwehr tätig wird.

Da die Sonderinsolvenzverwalter je nach Verfahren verschiedene Personen sein könnten, muss vor ihrer Bestellung somit jedes Gericht „seinen“ vorläufigen Ausschuss diesbzgl. anhören. Das Gesetz will damit erstmals die Vorschrift des § 56a InsO auf den Sonderinsolvenzverwalter beziehen⁶⁸ und –mehr noch – den Sonderinsolvenzverwalter auch für das Eröffnungsverfahren einführen, da § 21 Abs.2 S.1 vollumfänglich auf § 56b ReGE Bezug nehmen soll. Die Notwendigkeit zu diesen Erweiterungen ist nicht ersichtlich und im Entwurf nicht begründet. Sofern bei Betriebsfortführungen ein Sonderinsolvenzverwalter⁶⁹ erforderlich sein sollte, handelt es sich um Fallgestaltungen, die zumindest höchst eiligen Charakter aufweisen würden. Ob in diesen Fällen wiederum eine Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses bei der Bestellung eines (vorläufigen) Sonderinsolvenzverwalters, der ja nur ausschnitthafte Kompetenzen haben kann, notwendig, oder auch nur sinnvoll, ist, mag mit Fug und Recht zu bezweifeln sein.

IV. Der Koordinationsverwalter

Nach den Regelungen der §§ 269 d - 270d RegE kann ein Koordinationsverwalter auf Antrag des Schuldners, eines Verwalters oder Gläubigerausschusses aus dem Kreis der bisher bestellten Verwalter bestellt werden. Der Entwurf zeigt nicht auf, nach welchen Kriterien das Gericht diesen Antrag entscheiden oder den Verwalter auswählen soll. Die Begründung sieht ihn als denjenigen an, der „verfahrensrechtliches Initiativrecht“⁷⁰ für eine koordinierte Insolvenzabwicklung ergreifen „kann“ und einen Koordinationsplan gem. § 269 f RegE vorlegen „kann“. Erneut wäre vor der Bestellung des Koordinationsverwalters eine Anhörung notwendig, allerdings ist gem. § 269e Abs.2 RegE nunmehr ein „Gruppen-Gläubigerausschuss anzuhören“, der gem. § 269c Abs.1 DiskE vorher zu bestellen ist. Auch dieses Procedere ist vom Aufwand her fragwürdig.

Der Inhalt (§ 269h Abs.2 ReGE) eines möglichen Koordinationsplanes, den der Koordinationsverwalter „allein“ ausarbeiten kann⁷¹, bleibt in der Entwurfregelung, wie auch der Begründung, verschwommen. Es handele sich um einen „kupierten Insolvenzplan“ ohne gestaltenden Teil.⁷² Der Plan ist ohne Beschluss der Gläubigerversammlungen der Einzelunternehmen gem. § 269 i Abs.2 RegE nicht bindend, soll aber bei Nichtbeachtung Schadenersatzpflichten auslösen. Der Plan ist

⁶⁸ Die Begründung des Entwurfes erkennt dies, indem es offen gelassen wird, ob dies auch außerhalb der Konzerninsolvenz gilt, vgl. S. 31

⁶⁹ Zu Recht ablehnend gegen eine extensive Nutzung von Sonderinsolvenzverwaltern: Adam/Poertzgen, ZInsO 2008, 281, 286

⁷⁰ RegE S. 22

⁷¹ RegE S. 47

⁷² RegE S. 39

vom Gruppen-Gläubigerausschuss abzustimmen (§ 269h Abs.1 S.2 RegE) und vom Insolvenzgericht in einer zusammengefassten Prüfung nach §§ 231, 250 einem Bestätigungsverfahren zu unterziehen, welches beschwerdebewehrt ist (§ 269h Abs.3 RegE).

→ Maßgeblich aus Sicht der Praxis ist, dass die Entwurfsbegründung konzediert, dass alle in einem solchen Plan möglichen Verfahrensweisen und Analysen, Vorschläge, etc., von den beteiligten Insolvenzverwaltern auch, wie bisher, mit Hilfe von Vereinbarungen („protocols“) verabredet werden könnten.⁷³ Die Regelung in § 269h Abs.2 Ziff.3 ReGE greift dies nochmals auf.

Die im Grunde nicht bindende Wirkung des „Koordinationsplanes“ zeigt zugleich die bürokratische Ziellosigkeit des gesamten Koordinationskonzeptes.

Zudem ist der „Koordinationsverwalter“ eine zusätzliche kostenmäßige Belastung der Massen, wie aus § 269g RegE folgt, die Berechnungsgrundlage für die Vergütung (alle Massen ?) bleibt unklar. Die gerichtlichen Kosten sollen in § 23 Abs.3 GKG–RegE zulasten des Schuldnerantragstellers geregelt werden, der eventuell auf den Antrag auf Einleitung des Koordinationsverfahren gar keinen Einfluß hat.

Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern die von dem Entwurf vorgeschlagenen Regelungen, diese bisherige Praxis erleichtern oder gar verbessern könnten, vielmehr droht „Bürokratisierung ohne Not“.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

→ Der Entwurf bearbeitet im Grunde keine auftretenden insolvenzpraktischen Probleme. Die Praxis hat bisher über § 3 Abs.1 Satz 2 InsO (prioritärer Gerichtsstand beim Insolvenzgericht des wirtschaftlichen Mittelpunktes) in der europarechtskonformen Auslegung, nämlich der Anforderung, dass der „wirtschaftliche Mittelpunkt“ als nach außen gerichtete –gfs. dirigistische- Aktivität der Unternehmensmutter für die jeweiligen Gläubiger vorher erkennbar sein muss, bei allen relevanten Konzerninsolvenzen Lösungen für eine Konzentration des Insolvenzgerichtsstandortes gefunden.

→ Da der Regierungsentwurf von dem Konzept einer „Konsolidierung der Massen“ (besser: Vermischung der Massen) zu Recht absieht, gibt es nach hiesigem Dafürhalten keinen wirklichen Regelungsbedarf, da dieser Punkt der einzige Regelungsgegenstand zum Thema „Konzerninsolvenz“ gewesen wäre, der, wäre er in der Umsetzung gewollt, einer definitiven (und grundlegenden) Regelung bedürfte.

→ Die Regelung des § 56b RegE muss als unnötig angesehen werden; die Prioritätensetzung („insbesondere“) auf die Nichtbestellung eines einheitlichen Verwalters bei Unabhängigkeitszweifeln nicht als sachgerecht. Das „Unabhängigkeitsgebot“ für die Auswahl des Verwalters folgt bereits aus § 56 Abs.1 Satz 1 InsO.

→ Die in § 56b Abs.2 RegE vorgesehene Anhörung der verschiedenen unterschiedlich besetzten (!) vorläufigen Gläubigerausschüsse vor Anordnung der Sicherungsmaßnahme einer vorläufigen Insolvenzverwalterbestellung ist unter den

⁷³ RegE S.18

Eilbedingungen des Eröffnungsverfahren nicht umsetzbar. Die zeitliche Verzögerung einer solchen „Mehrfachanhörung“ ist vor einer notwendigen (und dringenden) Eilentscheidung nicht zu verantworten.

→ Die Anhörungsnotwendigkeit zur Einsetzung eines Sonderinsolvenzverwalters ist unnötig und nicht systemkonform.

→ Die Entwurf eröffneten Möglichkeiten des „Forum Shopping“ und „Richter-Hopping“ entsprechen nicht dem Gläubigerinteresse und sind u.U. europarechtswidrig, jedenfalls genügen sie nicht den Rechtsprechungsanforderungen des EUGH:

→ Zu empfehlen ist eine Abkehr von der Ermöglichung des „Forum shoppings“ und „Richter-Hoppings“ (im Wege der bisher vorgesehenen Einführung des Prioritätsprinzips in § 3a ff. RegE).

→ Stattdessen sollte eine Gesamt-Zuständigkeit für alle „verbundenen Unternehmen“, wobei hierfür die Definition des § 290 Abs.2 HGB übernommen werden sollte, am Insolvenzgerichtsstand der Muttergesellschaft geregelt werden, der nach § 3 Abs.1 InsO zu bestimmen ist⁷⁴, d.h. in der Regel bei laufenden Geschäftsbetrieben am Ort des wirtschaftlichen Mittelpunktes der Muttergesellschaft.

Deren „wirtschaftlicher Mittelpunkt“ ist nach ständiger Rechtsprechung der Insolvenzgerichte anhand von außen erkennbarer Merkmale (z.B. dirigistische Maßnahmen, Bestellungen bei Kunden und Dienstleistern, Arbeitnehmereinstellungen, Ernennung von Geschäftsführern) zu bestimmen. Der Begriff bedarf daher keiner Regelung.

Befindet sich das Mutterunternehmen im Ausland gilt innerhalb des Geltungsbereiches der EuInsVO Art.102 § 2 Abs.1 EGIInsO: Für den Gesamtkonzern ist der Mittelpunkt des hauptsächlichen Interesses in Deutschland zu ermitteln, dort ist der Insolvenzgerichtsstand. Dies ist europarechtskonform.

Sitzt das Mutterunternehmen im außereuropäischen Ausland, haben es in die Länder in der Hand, ein (oder mehrere) gemeinsame(s), länderübergreifende(s) Insolvenzgericht(e) für diesen Fall für zuständig zu erklären, dies folgt aus § 348 Abs.4 InsO (siehe als derzeitigen Beispielfall bereits Schiffahrtsrechtliche Verteilungsverfahren : Hamburg ist insofern zuständig für das gesamte Bundesgebiet).

→ Der Sachverständige empfiehlt für den Fall der Verabschiedung des Entwurfes zumindest die Belastungssituation der Insolvenzgerichte, Insolvenzverwalter und institutionalisierten Gläubiger mit der derzeitigen Umsetzung und Verarbeitung der bisherigen insolvenzgesetzlichen Änderungen in Rechnung zu stellen und ein Inkrafttreten frühestens in 2 Jahren vorzusehen.

V. Exkurs zur Frage „Einschränkung des § 133 InsO“

Im Jahre 2013 kam es erneut zu Forderungen, die Norm des § 133 InsO zu „entschärfen“ (Reuter, INDAT-Report 7/2013, 8; Länderumfang des Landes Brandenburg v. 24.6.2013), die Länder sahen allerdings keinen Bedarf zu

⁷⁴ befürwortend für einen einheitlichen Gerichtsstand de lege ferenda am Sitz der Muttergesellschaft, aber gegen einen internationalen Konzerninsolvenzgerichtsstand auch Vallender/Deyda, NZI 2009, 825; Jaffe/Friedrich, ZIP 2008, 1849; ähnlich Rennert-Bergenthal, ZInsO 2008, 1316 in Abgrenzung zu Hirte, ZIP 2008, 444

Änderungen.

Die Stimmen aus der Industrie verstummen jedoch nicht (Positionspapier BDI/ZV des deutsch.Handwerkes v. 14.10.2013, ZInsO 2013, 2312 und weitere Positionspapiere des Mittelstandsverbundes und des Bundesverbandes Großhandel ... v. 1.11.2013 (Nachweise bei Thole, ZIP 2013, 2081 Fn. 6; Marotzke, ZInsO 2014, 417, 419 Fn. 15) mit Verlangen nach gesetzlicher Änderung in Richtung der Einschränkung des § 133 InsO auf eine Absicht des Schuldners Gläubiger zu benachteiligen⁷⁵.

Der Koalitionsvertrag sieht nunmehr auf S.25 eine „Prüfung“ des Anfechtungsrechtes vor; der Umfang ist unklar. In der Folgezeit kam es zu mehreren „Erklärungsaufsätzen“ v. (Ex-)BGH-Richtern bzgl. der Anwendung der Anfechtungsregeln⁷⁶. Kayser (NJW 2014, 422) zeigt die Reaktion der BGH-Rechtsprechung mit vielen Beispielen auf den Vorwurf der „Ausuferung“ der Anfechtungsrechtsprechung auf und verweist zu Recht insbesondere auf die notwendige „Gesamtbetrachtung“ die auch „gegenläufige Indizien“, z.B. saisonale Besonderheiten oder die Einbettung der Zahlungen in Sanierungsbemühungen, berücksichtigen müsse. Marotzke (ZInsO 2014, 417) schlägt eine neue Konzeption der §§ 142, 133 InsO mit Herausnahme der „drohenden Zahlungsunfähigkeit“ in § 133 I InsO vor.

Aus insolvenzpraktischer Sicht ist darauf hinzuweisen, dass insbesondere die „Ordnungsverfahren“, d.h. diejenigen Insolvenzverfahren, die mit knapper Deckung der Verfahrenskosten (§ 54 InsO) eröffnet werden (§ 26 Abs.1 InsO), um Insolvenzverschleppungs- oder Insolvenzkorrekturansprüche zu regressieren und zugleich das schuldnerische Unternehmen bzw. seine „Reste“ zu ordnen (Arbeitspapiere, Rückgabe von Räumen und Ware, Steuererklärungen, Buchhaltungsaufarbeitung, etc.) zu ca. 33 % nur mittels Anfechtungsansprüchen eröffnet werden können und, dass wiederum im Durchschnitt aller Insolvenzverfahren ca. 33 % der Massen aus erfolgreich erlangten insolvenzspezifischen Ansprüchen bestehen⁷⁷.

→ D.h., dass jede Einschränkung der Anfechtungsregeln die Wahrscheinlichkeit der Eröffnung von „Ordnungsverfahren“ mindert, zumal Ansprüche gegen die Geschäftsführung wegen Insolvenzverschleppung erst erfolgreich im eröffneten Verfahren untersucht, aufgefunden und verfolgt werden können, indem die Eröffnung via Verfahrenskostendeckung häufig in erster Linie im Gutachten mit Anfechtungsansprüchen innerhalb der kurzen Zeit, die das Eröffnungsverfahren erlaubt, begründet werden kann. Insofern bietet das Anfechtungsrecht auch die Gewähr späterer Verfolgung von Insolvenzverschleppungen.

Der § 133 InsO wird vom BGH zunehmend differenziert ausgelegt⁷⁸. Es ist nicht ersichtlich dass,

- Anfechtungen von Lohnzahlungen
- Anfechtungen von Sanierungszahlungen

⁷⁵ dagegen Fischer INDAT Report 7/2013, 8 ff.; Ganter WM 2014, 49

⁷⁶ Ganter WM 2014, 49; Kayser, WM 2013, 293

⁷⁷ Frind, ZInsO 2011, 1913; ders. ZInsO 2011, 169; ders. ZInsO 2009, 1683; ders. ZInsO 2008, 1068; ders., ZInsO 2008, 126 zu Erhebungen des Insolvenzgerichtes Hamburg

⁷⁸ Kayser, NJW 2014, 422

- Anfechtungen von Ratenzahlungen

„per se“ und einfach möglich sind, vielmehr hat die Rechtsprechung des BGH bzw. bzgl. der Lohnzahlungen nunmehr diejenige des BAG⁷⁹ hohe Hürden vor einer erfolgreichen Anfechtung errichtet. Allerdings müssen die möglichen Anfechtungsgegner insbesondere im Bereich der Dienstleister und Energieversorger, wie auch der Steuerbehörden, jeweils ihren Erkenntnisstand über „den Schuldner“ bzw. sein Unternehmen zum Zeitpunkt von Bewilligungen weiterer Kredite oder Raten dokumentieren, um sich später erfolgreich „verteidigen“ zu können. Dies wird häufig unterlassen, ist aber kein Argument, den § 133 InsO „zu entschärfen“. Vielmehr ist aus vielen Verfahrensergebnissen bekannt, dass Anfechtungen auch scheitern können, wenn die Gegner sich qualifiziert verteidigen. Allzu häufig sollen diese aber sich, insbesondere im Bereich der Dienstleister, „schlecht vergleichen“. Diese schlechten Ergebnisse kann aber eine gesetzliche Reduzierung der Anfechtungsmöglichkeiten nicht „auffangen“:

Allerdings könnte der in § 133 InsO vorgesehene Zeitraum von 10 Jahren halbiert werden, da Anfechtungen auf Zahlungen, die länger als 5 Jahre zurückliegen, nach Kenntnis des Sachverständigen in Gutachten und Berichten von Verwaltern so gut wie nie aufgezeigt werden, so dass die Regelung insofern „überschießt“.

gez. Frind

25.3.2014

⁷⁹ BAG-Urteil vom 6.10.2011 - 6 AZR 262/10 (ZIP 2011, 2366=ZInsO 2012, 37=NZI 2012, 981; zust. Abele, FA 2012, 38)