

# Wege zu einem Konzerninsolvenzrecht

Prof. Dr. CHRISTOPH G. PAULUS, Humboldt-Universität zu Berlin

## Inhaltsübersicht

ZGR 2010, 270–294

I. Das Woher . . . . .	270
II. Die Wege . . . . .	272
1. UNCITRAL . . . . .	272
2. Deutschland . . . . .	280
III. Das Wohin . . . . .	289
1. Substantive consolidation . . . . .	291
2. Netzwerke . . . . .	292
IV. Zusammenfassung . . . . .	293

*Das Konzerninsolvenzrecht hat es aus dem Schattendasein in das Rampenlicht geschafft. Dank der insbesondere mit der Einführung der EuInsVO verbundenen Entwicklung des grenzüberschreitenden Insolvenzrechts ist dieses lange Zeit vernachlässigte Thema ins Zentrum des Interesses gerückt – so sehr, dass vielfach bereits legislative Überlegungen zur Bewältigung dieser Problematik angestellt werden. Soweit es sich dabei um die entsprechenden Bemühungen der UN-Kommission für Handelsrecht (UNCITRAL) und um die innerhalb Deutschlands geführte Debatte handelt, geben die nachfolgenden Ausführungen einen Überblick, der am Ende schließlich in einen Ausblick in denkbare Weiterungen mündet.*

*The insolvency law of commercial groups has made it from a shadowy existence right into the limelight. Due primarily to the entering into force of the European Insolvency Regulation and the subsequent development of its interpretation this topic has gained enormous prominence – so much so that numerous legislative efforts started for coping with the problems related with the group insolvency phenomenon. The present article describes these efforts insofar as they are undertaken by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and by the German legislator: Additionally, at the end of this article some deliberations will be presented as to further potential developments in the future.*

## I. Das Woher

Es versteht sich von selbst, dass es den „Königsweg“ hin zum Konzerninsolvenzrecht nicht gibt. Deswegen ist der Singular ausgeschlossen, der Plural muss bemüht werden – zumindest dann, wenn sich die Darstellung primär auf die Wiedergabe von Entwicklungen konzentriert. Und wie das bei Wegen so ist: Sie kommen von woher, und sie führen wohin. Auch wenn hier primär das Zwischendrin, nämlich die gegenwärtigen Schritte UNCITRALs und Deutschlands als solche zu beschreiben sind, ist es doch zur besseren Orien-

tierung hilfreich, das Woher und das Wohin nicht völlig unberücksichtigt zu lassen.

Was das Woher anbelangt, so sind die Ausgangspunkte der Wege nicht recht deutlich erkennbar. Einzelne Länder wie etwa Argentinien<sup>1</sup> oder die USA hatten schon seit längerem mehr oder minder ausgetretene Trampelpfade, auf denen man sich einigermaßen gesichert bewegen konnte. Andere Länder – und zwar bei weitem die Überzahl – kannten zwar das Phänomen, dass verbundene Unternehmen gerne sukzessiv, aber gleichwohl kollektiv in Insolvenzverfahren geraten, wenn sie miteinander verbunden sind, und dass damit besondere insolvenzrechtliche Herausforderungen verbunden sein können,<sup>2</sup> doch führte das regelmäßig zu nicht viel mehr als zu der Feststellung, dass man sich Gedanken zur Ausarbeitung eines entsprechenden Weges einmal machen müsste.<sup>3</sup> Bis das aber geschehe, würde man sich erst einmal weiterhin auf einem anderen, längst schon ausgebauten Weg fortbewegen, der allerdings so gut wie keine Rücksicht auf die Konzernverbundenheit nimmt, dafür aber dem überkommenen konkursrechtlichen Liquidationsschema<sup>4</sup> Rechnung trägt. Ausdruck dessen ist die zwischenzeitlich hinlänglich bekannte Gleichung: „Eine Gesellschaft, eine Insolvenz, ein Verfahren“.<sup>5</sup> Auf diesem Weg wenn nicht in die falsche, so doch in eine andere Richtung gingen etwa Deutschland, aber auch UNCITRAL bei der Fertigstellung seines Legislative Guide on Insolvency Law,<sup>6</sup> der im Dezember 2004 von der UN-Vollversammlung angenommen wurde.

Mit dieser Lethargie war es in Europa bekanntlich vorbei, als die EuInsVO am 31. Mai 2002 in Kraft trat und die Engländer dem Rest des staunenden Kontinents das Interpretationspotential des Art. 3 I vor Augen führten und den als unverfänglich gedachten Terminus „centre of main interests“ kurzerhand zu einem Einfallstor für ein effizientes Konzerninsolvenzrecht umfunktionier-

- 1 Siehe nur MIGUENS, *Extensión de la Quiebra y la Responsabilidad en los Grupos de Sociedades*, 1998; DERS., *Liability of a Parent Corporation for the Obligations of an Insolvent Subsidiary under American Case Law and Argentine Law*, *Am. Bankruptcy Inst. L.R.* 10, 2002, 217, mit umfangreichen Nachweisen vornehmlich zur US-amerikanischen Literatur.
- 2 Siehe etwa den Ersten Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985, S. 290 ff; KÜBLER, *ZGR* 1984, 561 ff; LUTTER, *ZfB* 1984, 781, 784 ff; K. SCHMIDT, *ZGR* 1983, 513.
- 3 Zu den rein praktischen Schwierigkeiten der Bewältigung einer Konzerninsolvenz etwa TAYLOR, *Practical Difficulties in Handling Group Insolvencies*, in: Peter/Jeandin/Kilborn, *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, 2006, 247; siehe ferner GÖRG, FS Uhlenbruck, 2000, S. 17.
- 4 Als bewusster Kontrast dazu siehe jetzt etwa FREUDENBERG, *ZIP* 2009, 2037, 2038 f.
- 5 Statt vieler HAAS, in: Gottwald (Hg.), *Insolvenzrechts-Handbuch*, 3. Aufl., 2006, § 95 Rdn. 2 ff, S. 1514 f; DEPÉ/BÜTERÖWE, in: Beck/Depré, *Praxis der Insolvenz*, 2003, § 25 Rdn. 109. Siehe auch K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., 2002, S. 957 f.
- 6 Siehe immerhin dort S. 276 ff (Two V 82 ff), wo einige der relevanten Probleme angesprochen werden.

ten.<sup>7</sup> Diese Lektion wurde in Europa zunächst empört zur Kenntnis genommen,<sup>8</sup> dann dem eigenen Instrumentenkoffer einverleibt und in Deutschland etwa erst kürzlich in Gestalt des PIN-Verfahrens sowohl auf nationaler<sup>9</sup> wie auch grenzüberschreitender<sup>10</sup> Weise erfolgreich ausprobiert und im Fall Arcandor/Quelle<sup>11</sup> gleich noch einmal angewendet. Die europäische Entwicklung wurde vom Ausland aufmerksam verfolgt und war ein wesentlicher Auslöser dafür, dass sich auch die für das Insolvenzrecht zuständige Working Group V von UNCITRAL Ende 2006 dazu entschloss, sich dieser Thematik zuzuwenden. Etwa zur gleichen Zeit entschied das Bundesministerium der Justiz, sich gleichfalls diesem Problemkreis auf der Ebene des nationalen Rechts zuzuwenden. Damit sind die bislang zurückgelegten Wege markiert, deren Ausbau nunmehr vorzustellen ist.

## II. Die Wege

### 1. UNCITRAL

#### a) Technisches

In ihrem oben schon angesprochenen Legislative Guide on Insolvency Law unterbreitet die UN-Kommission für internationales Handelsrecht Empfehlungen für (jeden weltweit daran interessierten) Gesetzgeber, welche Punkte er bei der Abfassung eines Insolvenzgesetzes berücksichtigen sollte und welche Optionen ihm dabei zur Verfügung stehen. Den einzelnen Recommendations<sup>12</sup> sind mehr oder minder umfangreiche Erläuterungen vorangestellt, die die in Frage stehende Problematik in ihrem Kontext darstellen sowie denkbare und existierende Alternativen aufzeigen. Damit unterscheidet sich dieser Leitfaden von dem schon früher entworfenen, zwischenzeitlich zunehmend Akzeptanz gewinnenden Model Law on Cross-Border Insolvency von 1997,<sup>13</sup> indem er sich gerade eines in Paragraphen gegossenen, konkreten Formulierungsvorschlags enthält und sich stattdessen darauf beschränkt, die

7 Siehe dazu nur PAULUS, NZI 2008, 1 f.

8 Siehe nur statt vieler WELLER, ZHR 169 (2005), 570, 581.

9 AG Köln Beschl. vom 1. Februar 2008, 73 IN 682/07, ZInsO 2008, 215 = NZI 2008, 254 = ZIP 2008, 982; dazu EWiR 2008, 595 (Müller); KNOF/MOCK, ZInsO 2008, 253; DIES., ZInsO 2008, 499; FRIND, ZInsO 2008, 261; DERS., ZInsO 2008, 363; DERS., ZInsO 2008, 614; ROTSTEGGE, ZIP 2008, 955. Siehe auch MANKOWSKI, NZI 2008, 355.

10 AG Köln Beschl. vom 19. Februar 2008, 73 IE 1/08, ZIP 2008, 423; dazu EWiR 2008, 531 (PAULUS); ROTSTEGGE, ZIP 2008, 955.

11 AG Essen Beschl. vom 1. September 2009 – 166 IN 119/09, ZIP 2009, 1826. Siehe auch VALLENDER/DEYDA, NZI 2009, 825, 826 ff.

12 Insgesamt sind es 198 Empfehlungen.

13 Dazu etwa WESSELS, Insolvency Law 2006, 101 ff; WIMMER, ZIP 1997, 2220.

möglichen Gestaltungsoptionen aufzuzeigen. Das Ergebnis der gegenwärtigen Bemühungen zum Konzerninsolvenzrecht wird als Teil Drei des bereits bestehenden Legislative Guide fungieren.

Die übliche Arbeitsweise UNCITRALs besteht darin, dass ein vom (höchst sachkundigen Sekretariat) vorbereiteter Text den Delegierten übermittelt und sodann auf den sog. Sessions Satz für Satz, Wort für Wort diskutiert wird. Da die Delegierten Rechtsordnungen in weltumspannendem Ausmaß repräsentieren – an dem gegenwärtigen Vorhaben beteiligen sich ca. 50 Länder –, ist den unterschiedlichen legislatorischen Entwicklungsebenen bis zu einem gewissen Grade Rechnung zu tragen. Es werden mithin auch Fragestellungen erörtert, die in einigen Rechten keinerlei Probleme aufwerfen. Auf der Grundlage der jeweiligen Diskussionen überarbeitet das Sekretariat den ursprünglichen Text, der dann seinerseits bei der nachfolgenden Sitzung erneut diskutiert wird. Auf diese (gewiss nicht unmühsame) Weise kristallisiert sich schließlich ein allseits akzeptabler Text heraus, der der UN-Vollversammlung schließlich zur Annahme vorgelegt wird. Es hat zum gegenwärtigen Zeitpunkt den Anschein, als könnte diese Vorlage noch in diesem Jahr (2010) stattfinden.

### *b) Inhaltliches*

Es sei gleich vorab klargestellt, dass die nachfolgende Beschreibung keine Vollständigkeit für sich reklamiert. Die in den Working Papers behandelten und in den Sitzungen diskutierten Fragenkomplexe reichen sehr viel weiter als hier wiedergegeben. Insofern lohnt sich allemal ein eigener Blick in diese vielfach hervorragend recherchierten Papiere;<sup>14</sup> eine umfassendere Darstellung der jeweiligen Problematik auf rechtsvergleichender Basis (etwa zum automatic stay, zum Nachrang einzelner Forderungskategorien, zur Haftungserstreckung auf Dritte, etc.) wird sich schwerlich finden lassen.

#### *aa) Konkretisierung des Themas*

Die anfänglich noch stark vertretene, grundsätzliche Skepsis gegenüber der Beschäftigung mit einem Konzerninsolvenzrecht hat sich im Laufe der Diskussionen verflüchtigt. Während man sich zu Beginn noch darauf verständigte, dass die ganz zentrale Frage, was denn unter einer group zu verstehen ist, erst ganz am Ende aufgenommen und beantwortet werden sollte, einigte man sich doch schon früher auf eine Definition. Danach ist unter einem Konzern (Enterprise Group) die Verbindung zweier oder mehrerer Unternehmen zu verstehen, die entweder auf Kontrolle oder auf erheblichem Anteil (significant

14 Sie sind abrufbar unter: [www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups/5Insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html).

ownership) beruht.<sup>15</sup> Zum besseren Verständnis des Hintergrundes für diese Definition empfiehlt sich nachhaltig die Lektüre des höchst informativen und glänzend recherchierten Berichts über die verschiedenen weltweit beobachtbaren Gestaltungen von corporate groups. Er enthält einen einzigartigen Überblick über die Kategorisierung, die möglichen Motive für eine Konzernbildung, die maßgebenden Definitionselemente von ownership und control sowie deren rechtlichen Behandlungen.<sup>16</sup>

### *bb) Keine Einbeziehung solventer Gruppenmitglieder*

Im Laufe dieser Diskussion wurde recht schnell schon Einigkeit darüber erzielt, dass die Einbeziehung nicht insolventer Gruppenmitglieder in eine Konzerninsolvenz ausgeschlossen sein müsse. Das Hauptargument dagegen ist, dass anderenfalls Manipulationen Tür und Tor geöffnet würden, die das Insolvenzrecht unmittelbar in einen Zielkonflikt mit dem Wettbewerbsrecht<sup>17</sup> stellen würden. Könnte sich doch unter diesen Umständen ein ganzer Konzern dadurch eine wettbewerbswidrige Schonung vor dem Zugriff seiner Gläubiger verschaffen, dass er eines seiner Mitglieder in ein Insolvenzverfahren schickte und dadurch insgesamt in den Genuss des mit einer Verfahrenseröffnung üblicherweise verbundenen automatic stay käme. Infolgedessen betreffen alle nachfolgenden Erörterungen nur solche Gruppenmitglieder, die die nationalen Eröffnungskriterien für ein Insolvenzverfahren erfüllen.

### *cc) Antragstellung*

Die im Rahmen der Antragstellung vordringlich diskutierte und im Ergebnis positiv beantwortete Frage betrifft die Möglichkeit eines kumulativen Antrags („joint application“), und zwar sowohl in Gestalt eines Eigen- als auch eines Fremdantrags (Empfehlungen 199 bis 201). Demnach sollen zwei oder mehr Gruppenmitglieder einen verbundenen Insolvenzantrag stellen können wie auch ein Gläubiger, der Forderungen gegen mehr als ein Gruppenmitglied hat, um auf diese Weise ein Konzerninsolvenzverfahren einzuleiten. Der Vorteil dessen liegt auf der Hand, weil das Gericht in derartigen Fällen gleich von vornherein über die Gruppenstruktur informiert und dadurch einer u. U. mühsamen Aufklärungsarbeit enthoben ist. Freilich ist zur Vervollständigung des mit diesem Vorschlag einhergehenden Effizienzgewinns noch eine kor-

15 Kritisch gegenüber dieser Definition wegen ihrer Unbestimmtheit und Uferlosigkeit K. SCHMIDT, KTS 2010, 1 (sub III 1).

16 Siehe Working Paper A/CN.9/WG.V/WP.90, S. 4 ff. Aufschlussreich darüber hinaus THEISEN, Der Konzern, 2. Aufl., 2000, S. 2 ff; WINDBICHLER, Corporate Governance internationaler Konzerne unter dem Einfluss kapitalmarktrechtlicher Anforderungen, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hgg.), Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., 2009, S. 825, 826 f; LUTTER, FS K. Schmidt, 2009, 1065 f.

17 Siehe dazu bereits PAULUS, ZGR 2005, 309, 320 f.

respondierende Zuständigkeitsregelung für das Gericht vorzusehen. Die kann entweder so aussehen, dass ein ex ante bestimmtes Gericht festgelegt wird (etwa am Sitz der Muttergesellschaft), oder dass der Prioritätsgrundsatz gelten solle – wobei auch hier alternativ auf Antragstellung oder Eröffnung abgestellt werden kann.

#### *dd) Prozedurale Zusammenlegung*

Die konkrete Ausgestaltung der prozeduralen Zusammenlegung soll der Entscheidung des Gerichts überlassen bleiben (Empfehlungen 202 bis 210). Als mögliche Varianten werden folgende Optionen aufgelistet: die bloße Bekanntmachung, der Austausch von Informationen, die Koordinierung von Gläubigerversammlungen (bis hin zur Bestellung nur eines Gläubigerausschusses<sup>18</sup>) oder sonstigen Anhörungen, Verhandlungen, gemeinsame Anmeldeverfahren, Kooperation der Verwalter sowie die Bestellung einer Person zum Verwalter über mehrere oder sämtliche insolventen Konzernmitglieder<sup>19</sup>. Aber nicht nur das „Wie“, sondern auch das „Ob“ einer solchen Zusammenlegung soll der Entscheidung des Gerichts überantwortet sein. Es entscheidet darüber entweder aus eigenen Stücken oder auf Antrag eines Berechtigten hin. Als solch ein Berechtigter sind im Gespräch: ein Schuldnerunternehmen, ein Insolvenzverwalter aus dem insolventen Konzernverbund oder ein Gläubiger, wenn (und soweit) er Gläubiger mehrerer Gruppenmitglieder ist. Eine einmal getroffene Entscheidung zu Gunsten einer Zusammenlegung soll vom Gericht jederzeit modifiziert oder widerrufen werden können, ohne dass dem allerdings eine Rückwirkung zukommen dürfte.

#### *ee) Finanzierung von Verfahren (post-commencement financing)*

Die Frage danach, wie ein schuldnerisches Unternehmen in einem bereits eingeleiteten Verfahren an neue Finanzierungsquellen herankommt, ist gewisslich eines der Schlüsselprobleme zumindest für jeden insolvenzrechtlichen Sanierungsversuch. So kann es beispielsweise für den Fortbestand der Funktionseinheit einer Unternehmensgruppe unerlässlich sein, dass die insolvente Muttergesellschaft oder Finanzholding der nicht insolventen Mitgesellschaft (die ihrerseits natürlich in einem anderen Land belegen sein kann) Gelder zur Verfügung stellt, damit diese die Produktion weiterführt bzw. weiterführen kann. Entsprechendes kann natürlich auch in entgegengesetzter Konstellation erforderlich werden, wie überhaupt die Insolvenzbetroffenheit in einer Gruppenstruktur u. U. eine gewisse Willkürlichkeit aufweisen kann. Gerade wenn der Gesamtwert der Gruppe erhalten bzw. im Wege einer

18 Freilich ist hierbei zu beachten, dass mit einer derartigen Vereinheitlichung ein Verlust an Kontrolle einhergehen dürfte.

19 Siehe dazu noch unten sub hh).

Veräußerung realisiert werden soll, wird eine Querfinanzierung oftmals unerlässlich sein. Das schlägt sich zum Vorteil der Gläubiger aus bei geglückter Sanierung, kann aber selbstverständlich auch zu deren Nachteil gereichen, wenn den Bemühungen der Erfolg versagt bleibt. Ex ante kann kein Verwalter je wissen, ob die von der produzierenden Tochtergesellschaft in Indien oder Mexiko zur Fortführung als unerlässlich deklarierten und eingeforderten 5 Mio € der insolventen Gesellschaft hier in Deutschland zum Nutzen oder Nachteil gereichen wird.

In Anbetracht eines derartigen Dilemmas sind gesetzgeberische Verlautbarungen darüber, was zulässig ist und was nicht, durchaus hilfreich, auch wenn sie die Zukunftsungewissheit zwangsläufig nicht beseitigen können. Die Empfehlungen für diesen Problemkreis (Nrn. 211 bis 216) lauten: Den insolventen Schuldnerunternehmen sollte explizit die Befugnis eingeräumt werden, derartige Finanzierungsmöglichkeiten auch für andere Gruppenmitglieder zu unterstützen, etwa durch Verpfändung eigener Vermögenswerte oder durch sonstige Sicherheitsleistungen, wenn dies nach Ansicht des Insolvenzverwalters für den Fortbestand „seines“ Unternehmens notwendig ist. Das Gericht soll in einem derartigen Fall die Möglichkeit haben, diese Unterstützung des anderen Unternehmens entweder selbst billigen zu können oder aber sie von der Zustimmung der Gläubiger abhängig zu machen. Desgleichen soll das Gericht die Priorität einer solcherart gegebenen Sicherheit bestimmen können, falls das nicht schon von Gesetzes wegen feststeht.

#### *ff) Insolvenzanfechtung*

Unbeschadet der erklärten Zweckbestimmung einer gerade hier für Dritte kalkulierbaren Vorhersehbarkeit sehen die Empfehlungen 217 und 218 eine für hiesiges Verständnis bemerkenswerte Unbestimmtheit vor. Zum einen wird angeregt, dass die verbundenen Gesellschaften als – in deutscher Diktion – nahe stehende Personen behandelt werden können; zum anderen aber soll dem Richter überlassen sein, diese Qualifikation von den Umständen der in Frage stehenden Rechtshandlung bzw. Transaktion abhängig zu machen. Als derartige bestimmende Umstände werden genannt etwa der Zweck der Transaktion und die Frage nach dem mit ihr einhergehenden Vorteil, der ggf. nicht oder auch beliebigen Dritten gewährt würde. Das ist für kontinentaleuropäisches Verständnis eine zwar ungewohnte Freiheit, die dem Richter da eingeräumt wird; doch ist mit dieser Flexibilität möglicherweise eine größere Einzelfallgerechtigkeit verbunden als mit der bei uns gebräuchlichen pauschalen Regelung. Gleichwohl ist auch für kontinentaleuropäische Bedürfnisse gesorgt, indem dem Gesetzgeber nahe gelegt wird, die ihm geläufigen Flexibilisierungselemente wie etwa Vermutungen, Beweislastverteilung und sonstige Verteidigungsmittel konzernadäquat einzusetzen.

*gg) Substantielle Zusammenlegung*

In dem Maß, in dem eine Ausnahme die Regel zu beweisen vermag, soll die nur unter engen Voraussetzungen zuzulassende substantiv consolidation dem Grundsatz Respekt zollen, dass die juristische Eigenständigkeit eines jeden Gruppenmitglieds zu respektieren ist (Empfehlungen 219 bis 232). Danach soll die Bildung einer einheitlichen Masse zweier oder mehrerer Gesellschaften nur dann möglich sein, wenn das Gericht vom Vorliegen einer der beiden folgenden Konstellationen überzeugt ist: Entweder sind die Vermögensgüter oder die Verbindlichkeiten dieser Gesellschaften in einer Weise vermengt, dass ein Auseinanderdividieren der Massen nur mit unverhältnismäßigem finanziellen oder zeitlichen Aufwand möglich ist; oder diese Gesellschaften haben in betrügerischer Weise und ohne einen legitimen Unternehmenszweck zusammengewirkt und der Richter ist davon überzeugt, dass die materielle Zusammenlegung zur Korrektur der betrügerisch erzielten Ergebnisse unabdingbar ist.

Die Entscheidung über eine derartige Zusammenlegung ist also dem Richter übertragen; sie soll aber nicht von Amts wegen erfolgen, sondern von einem Antrag abhängig sein. Die Antragsberechtigung soll gesetzlich vorgegeben werden, und dieser Antrag soll schon gleich mit dem Eröffnungsantrag verbunden werden können. Die mit einer solchen richterlichen Entscheidung einhergehenden Wirkungen sind außer dem Erlöschen der zwischen-gesellschaftlichen Forderungen und Verbindlichkeiten die Vereinheitlichung aller Gesellschaften zu einem Schuldner und die damit einhergehende Möglichkeit einer einzigen Gläubigerversammlung. Allerdings sollen vorerworbene Privilegien bestehen bleiben wie auch, zumindest dem Grundsatz nach, Sicherungsrechte. Ausnahmen von letzterem soll es nur in Fällen der Konfusion von gesicherten zwischen-gesellschaftlichen Forderungen und der Anfechtbarkeit geben.

Eine interessante Ergänzung erhält die Richtermacht dadurch, dass das Gericht auch die Möglichkeit erhalten soll, bestimmte Massegegenstände bzw. Forderungen von der Konsolidation auszunehmen. Ganz in diesem Sinne soll auch die einmal erfolgte substantielle Zusammenlegung jederzeit wieder modifiziert werden können, ohne dabei allerdings Rückwirkungen zu entfalten. Darüber hinaus soll dem Gericht die Aufgabe obliegen, den Beginn der Suspektperiode festzulegen, ohne dabei für jede Gesellschaft ein und denselben Termin bestimmen zu müssen. Diese Empfehlung (229) trägt ihre französische Herkunft gewissermaßen auf der Stirn.

*hh) Verwalterbestellung*

Natürlich wird im Rahmen der prozeduralen Zusammenlegung auch die Möglichkeit avisiert, für mehrere gruppenverbundene Verfahren einen ein-



zigen Verwalter zu bestellen (Empfehlungen 233 bis 237). Das ist in das Ermessen des Gerichts gestellt, wobei Maßstab das „beste Interesse der Verwaltung“ (best interests of the administration) sein soll. Der deutsche Leser würde hier eher das vorrangige Interesse der Gläubiger erwarten; dient doch das Insolvenzrecht ausweislich § 1 InsO primär der bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger. Diese Zielsetzung ist aber bei weitem nicht die einzig denkbare und praktizierte. Andernorts geht es primär um die Rettung von Unternehmen und Arbeitsplätzen, um die Ermöglichung eines Neustarts für den Schuldner oder gar, ganz allgemein, um die Förderung von Unternehmertum.<sup>20</sup> Infolgedessen ist die oben wiedergegebene neutrale Formulierung für UNCITRAL verständlich und vorzugswürdig.

Sofern es Interessenkonflikte für den einen Insolvenzverwalter mehrerer Verfahren gibt, soll das Gesetz Abhilfemaßnahmen vorsehen; genannt ist die Bestellung eines oder mehrerer Sonderinsolvenzverwalter. Sollte das Gericht – etwa aus diesem Grund – bereits von vornherein auf die Bestellung eines einzigen Verwalters verzichtet haben oder sollte sich eine derartige Verwaltervermehrung im Laufe der Verfahren ergeben, regen Empfehlungen 235 und 237 an, dass diesen Verwaltern von Gesetzes wegen aufgetragen wird, im größtmöglichen Umfang zu kooperieren.<sup>21</sup> Darunter ist beispielsweise das Anerbieten und der Austausch von Informationen zu verstehen, aber auch der Abschluss einer Vereinbarung über die wechselseitigen Aufgabenbereiche bis hin zur Festlegung einer Hierarchie zwischen den Verwaltern. Das entspricht dem inzwischen im internationalen Insolvenzrecht fest eingebürgerten Phänomen der „protocols“,<sup>22</sup> deren Nomenklatur hierzulande noch nicht so ganz klar ist, sich aber bei „Insolvenzverwaltungsvertrag“<sup>23</sup> einpendeln dürfte. Ferner sind als Kooperationsvarianten die Koordination beim Vorschlag, Ausgestaltung und Abschluss eines Insolvenzplans sowie die Koordinierung des Tagesgeschäfts der Verwaltungen gerade bei Unternehmensfortführungen, aber auch bei Massesicherungen, Anfechtungen und Forderungsfeststellungen angeführt.

20 Vgl. PAULUS, Komm. z. EuInsVO, 3. Aufl., 2010, Art. 1 Rdn. 3, auch zu den aus diesen unterschiedlichen Zielsetzungen bzw. Vorverständnissen möglicherweise resultierenden Irritationen.

21 Eine vergleichbare Regelung findet sich etwa in den Principles 23 und 24 des von den NAFTA-Staaten initiierten American Law Institute's Transnational Insolvency Project; dazu etwa WESTBROOK/BOOTH/PAULUS/RAJAK, A Global View of Business Insolvency Systems, World Bank 2010, S. 259 ff, 261.

22 Dazu GÖPFERT, ZZPint 1, 1996, 296; PAULUS, ZIP 1998, 977.

23 Vgl. EIDENMÜLLER, ZZP 114, 2001, 3; EHRIKKE, Verfahrenskoordination bei grenzüberschreitenden Unternehmensinsolvenzen, in: Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, 2001, S. 337, 356 ff. Umfassend WITTINGHOFFER, Der nationale und internationale Insolvenzverwaltungsvertrag, 2004. Ferner VALLENDER, KTS 2008, 59, 64 ff.

*ii) Reorganisation*

Die Empfehlungen 238 und 239 äußern sich zu der Möglichkeit, mehrere Gruppenmitglieder in einem einheitlichen Reorganisationsplan zu erfassen und dabei unter Umständen auch solche verbundenen Unternehmen mit einzubeziehen, die ihrerseits nicht insolvent sind. Um der wohl regelmäßig gegebenen Interessenvielfalt der Gruppenmitglieder Rechnung zu tragen, ist nicht an einen einzigen Plan gedacht, sondern es wird jedem Gruppenmitglied ein eigener, mit den anderen Plänen identischer oder entsprechender Plan zur Abstimmung vorgelegt, so dass es sich der Sache nach um eine Mehrheit von Plänen handelt, die aber inhaltlich aufeinander abgestimmt sind.<sup>24</sup>

*jj) Problemkreise in grenzüberschreitenden Fällen*

In diesen, in der Praxis des internationalen Insolvenzrechts überwiegend vorkommenden<sup>25</sup> Fällen multiplizieren sich zwangsläufig die Probleme,<sup>26</sup> so dass die Arbeitsgruppe sich darauf beschränkt hat, Empfehlungen (240 bis 254) für eine Kooperation zwischen den beteiligten Verwaltern, aber auch zwischen den Richtern (Empfehlungen 243 und 244) zu formulieren – einschließlich des Abschlusses von „protocols“.<sup>27</sup> Zu den klärungsbedürftigen Fragen zählen etwa die Bestimmung des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen (COMI) sowohl jedes einzelnen Gruppenmitglieds als auch der Gruppe als solcher. In letzterem Kontext wird u. a. auf die NAFTA principles<sup>28</sup> verwiesen, auf deren Basis grenzüberschreitende Insolvenzfälle der Nordamerikanischen Freihandelszone behandelt werden; danach ist jedes Tochterunternehmen berechtigt, einen Insolvenzantrag auch an dem für die Muttergesellschaft zuständigen Gericht zu stellen – wohlgermerkt: Das kann in einer anderen Rechtsordnung (und damit einer anderen Rechtsfamilie!) sein.

Ein weiteres Problemfeld ergibt sich aus dem post-commencement financing: So stellt sich etwa die Frage, ob die in einer Rechtsordnung erlangte Finanzierungshilfe für das Verfahren in einer anderen Rechtsordnung verwendet

24 Zum deutschen Recht siehe diesbezüglich etwa EIDENMÜLLER, Münchener Komm. z. InsO, 2. Aufl., 2008, Vorbem vor §§ 217 bis 269 Rdn. 34 ff; ROTSTEGGE, Konzerninsolvenz, 2007, 327 ff; UHLENBRUCK, NZI 1999, 41.

25 Siehe nur WESTBROOK/BOOTH/PAULUS/RAJAK, aaO (Fn. 21), S. 228.

26 Siehe nur zu den IPR-Problemen etwa KRONKE/MAZZA, in: Kronke/Melis/Schnyder (Hg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, 2005, S. 1183 ff (K Rdn. 179 ff).

27 Siehe dazu insbesondere den umfangreichen Bericht und Problemerkatalog in Working Paper 90 Add. 1. Eine Auflistung derartiger ‚protocols‘ findet sich unter [www.iiiglobal.org/component/jdownloads/?task=viewcategory&catid=395](http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/?task=viewcategory&catid=395).

28 Siehe dazu insbesondere WESTBROOK, Managing Defaulting Multinationals Within NAFTA in Foundation and Perspectives of International Law, 465–79 (2001); ferner WESSELS, aaO (Fn. 13), S. 42 f.

werden kann,<sup>29</sup> und wie in einem derartigen Fall die Verantwortlichkeiten und Zustimmungserfordernisse aussehen müssten; in welchem Verfahren würde es dann eventuellen Vorrang geben und wer könnte oder müsste Sicherheiten bestellen? Antworten auf diese Fragen wird es in dem Endprodukt der Verhandlungen vermutlich nicht geben.

## 2. Deutschland

### a) Ein Umdenken

In Deutschland hat die Frage nach der Notwendigkeit eines Konzerninsolvenzrechts in den letzten fünf Jahren derjenigen nach der konkreten Ausgestaltung Platz gemacht.<sup>30</sup> Es geht also nicht mehr um das „ob überhaupt“,<sup>31</sup> sondern vornehmlich um das „wie“. Zwischenzeitlich liegen die Vorteile sowohl für die übertragende wie für die eigentliche Sanierung des Schuldners auf der Hand. Freilich sagt sich das leichter, als es in die gesetzgeberische Praxis umzusetzen ist. Für diese stellt es sich nämlich als eine große Herausforderung dar, gerade diejenigen Maßnahmen zu realisieren, die für die Erzielung eines Vorteils von Bedeutung sind.<sup>32</sup> Gemäß den allgemeinen insolvenzrechtlichen Vorgaben handelt es sich bei diesem Vorteil um die Maximierung der Masse<sup>33</sup> und damit um eine Vergrößerung der Befriedigungschance der Gläubiger.

Ob die dahinter letzten Endes steckende Bereitschaft, einen Unternehmensverband auch in der Insolvenz zu erhalten, dereinst zu der neuen Zweckvor-

29 Eine durchaus aktuelle Frage, wenn man sich vergegenwärtigt, dass eine staatliche Hilfe für inländische Tochterunternehmen u. U. der angeschlagenen Muttergesellschaft in den USA zugute kommt.

30 Aus der Unmenge an Veröffentlichungen siehe außer den weiteren Angaben in den folgenden Fußnoten vorerst etwa ROTSTEGGE, aaO (Fn. 24); PAULUS, ZIP 2005, 1948; DERS., Group Insolvencies – Old and New Approaches, 42 Texas International Law Journal 2007, 819 ff; SESTER, ZIP 2005, 2099; EIDENMÜLLER, ZHR 169 (2005), 528; GRAEBER, NZI 2007, 265; HIRTE, ECFR 2008, 213; UHLENBRUCK, NZI 2008, 201, 205 f; K. SCHMIDT, KTS 2010, 1; EHRIKKE, Münchener Komm. z. InsO, 2. Aufl., 2008, Internationales Konzerninsolvenzrecht, Anhang an EGIInsO Art. 102.

Hinter dieser Entwicklung steckt vermutlich die Einsicht, dass die Einzelgesellschaft in der wirtschaftlichen Realität eher selten, die Gruppenzugehörigkeit dagegen die Regel darstellt; vgl. dazu etwa WINDBICHLER, FS 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität (erscheint 2010), sub II 3.

31 So aber jüngst wieder EHRIKKE, Konzerninsolvenzrecht, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., 2009, Kap. 32 Rdn. 61.

32 Hier offenbart sich übrigens bei dem durchaus zu Recht viel gepriesenen Einheitsverfahren der InsO ein Manko: Es lässt sich nicht von vornherein bestimmen, in welche Richtung die „Reise“ gehen wird; vgl. bereits PAULUS, DB 2008, 2523, 2525.

33 Dazu zuletzt WESELS/MARKELL/KILBORN, International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters, 2009, S. 25 ff.

gabe der Erhaltung von Unternehmen im deutschen Insolvenzrecht (vergleichbar etwa dem französischen Insolvenzrecht) führen wird, mag derzeit noch dahinstehen.<sup>34</sup> Jedenfalls zeigt sich die gewandelte Einstellung zum Konzerninsolvenzrecht gleich an mehreren: im Bereich der Legislative daran, dass das BMJ eine Arbeitsgruppe zu dieser Thematik eingerichtet hat; im Bereich der Praxis an keinem Fall so deutlich wie an den schon erwähnten PIN- und Arcandor-Verfahren; und schließlich im Bereich der Literatur die sprunghaft angewachsene Fülle von Beiträgen, die immer wieder neue Optionen aufzeigen. Aus diesem Gesamtreservoir schöpfen die nachfolgenden Ausführungen, dabei allerdings dem Gebot Rechnung zollend, nur solche Vorschläge vorzustellen, die sich realistischerweise in die Praxis umsetzen lassen.

Das schließt insbesondere denjenigen Bereich aus, dem man überwiegend noch mit reflexartiger Abwehrhaltung begegnet, nämlich allein schon den Gedanken an eine Zusammenlegung der Insolvenzmassen zu einer einzigen (substantive consolidation) im Gegensatz zur bloß verfahrensmäßigen Verknüpfung von separaten Verfahren (procedural consolidation).<sup>35</sup> Darauf, dass diese Attitüde eine Überreaktion darstellt, und dass auch hier ruhiges und nüchternes Nachdenken interessante Einsichten verschaffen kann, wird am Ende der Ausführungen<sup>36</sup> noch einmal zurückzukommen sein, wenn es um das Wohin der hier beschriebenen Wege geht.

## *b) Einzelne Diskussionspunkte*

### *aa) Schuldner*

Wenn man sich also (zunächst einmal) auf eine prozedurale Zusammenlegung<sup>37</sup> beschränkt, folgt daraus zwingend, dass die Frage zu verneinen ist, ob Schuldner einer entsprechenden Insolvenz ‚der Konzern‘ sein kann.<sup>38</sup> Was immer darunter zu verstehen ist, dieser Zusammenschluss ist als solcher nicht insolvenzfähig. Die Insolvenzfähigkeit verbleibt vielmehr einzig und allein bei den einzelnen Konzernmitgliedern, so dass man sich als nächstes darüber verständigen muss, was genau man unter einer prozeduralen Zusammenle-

34 Immerhin: Das BAG greift in seinem Urt. vom 10. Februar 2009–3 AZR 727/07, ZIP 2009, 2213, 2215 Tz. 20, im Kontext einer Krisensituation das Wort von einer „Schicksalsgemeinschaft“ der verbundenen Gesellschaften auf.

35 Statt vieler siehe nur SESTER, ZIP 2005, 2099; STAEHELIN, No Substantive Consolidation in the Insolvency of Groups of Companies, in: Peter/Jeandin/Kilborn, The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century, 2006, 213; jüngst auch K. SCHMIDT, KTS 2010, 1 (sub III. 2. a)).

36 Sub III. 1.

37 Siehe dazu auch HOLZER, NZI 2007, 432.

38 Siehe aber immerhin die Nachweise bei K. SCHMIDT, KTS 2010, 1 (sub II 5).

gung verstehen will. Denn auch hierbei gibt es unterschiedliche Lösungsansätze.

### *bb) Koordination light*

So kann man sich zur Begriffsbestimmung etwa darauf beschränken wollen, lediglich eine Koordination nach dem Vorbild der Artt. 31 ff EuInsVO anzustreben.<sup>39</sup> Das setzt voraus, dass man eine Hierarchie der Verfahren festlegt – etwa das Verfahren der Muttergesellschaft als Hauptverfahren, das der Töchtergesellschaften als subordinierte Verfahren –, um auf diese Weise eine Struktur in die Kooperations-, Informations- und Koordinationspflichten bringen zu können. Ein handfester Vorteil dieser Herangehensweise liegt in seiner Parallelität und dadurch wechselseitigen Übertragbarkeit von nationaler und internationaler Regelung; ist doch die Kooperationspflicht zunehmend konstitutives Element im internationalen Insolvenzrecht.<sup>40</sup> Freilich hört sich ein derartiges konsensuales, kommunikatives Modell vielversprechender an, als es in der Praxis realisierbar ist. Aufoktroyierte, oder auch nur anempfohlene Zusammenarbeit setzt Teamfähigkeit und damit die Bereitschaft zur Hintanstellung eigener Vorstellungen voraus. Das mag bisweilen funktionieren, als einzige Form prozeduraler Zusammenlegung ist das jedoch der wenigst ambitionierte Schritt in eine richtige Richtung.

### *cc) Koordination strong*

Will man sich damit nicht begnügen, empfiehlt sich ein gehaltvolleres Verständnis von Koordination, etwa die Vereinheitlichung des Gerichtsstandes, die Bestellung eines einzigen Verwalters für alle (oder doch zumindest die zusammengehörenden) insolventen Konzernmitglieder sowie weitere, mit dieser Zuständigkeitskonzentration verbundene Maßnahmen.<sup>41</sup> Sie sind geeignet, zumindest bei avisierten Sanierungsverfahren die Effizienzverluste zu mindern, die mit der traditionellen Separierung der wirtschaftlichen Einheit in ihre juristischen Einzelteile im Insolvenzverfahren üblicherweise einhergehen. Führen doch die über 180 Insolvenzgerichte in Deutschland (mit durchaus signifikanten Unterschieden hinsichtlich ihrer Vertrautheit mit den rechtlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten dieser Materie) sowie die mit

39 In diese Richtung (wohl) PIEPENBURG, NZI 2004, 231, 236. Siehe dazu auch die Aussage von DAMMANN/MENJUCQ, Regulation No 1346/2000 on Insolvency Proceedings: Facing the Companies Group Phenomenon, Business Law International 2008, 145, 156: „Cooperation has replaced confrontation.“

40 Siehe nur WESTBROOK/BOOTH/PAULUS/RAJAK, aaO (Fn. 21), S. 243 ff.

41 Eine Auflistung dieser Punkte findet sich bei HIRTE, ZIP 2008, 444. An diesem Aufsatz orientieren sich die nachfolgenden Ausführungen weitestgehend. Aus praktischer Perspektive ebenso RENNERT-BERGENTHAL, ZInsO 2009, 1316.

dieser Aufsplitterung regelmäßig einhergehende Bestellung verschiedener Insolvenzverwalter zu Problemen allein schon bei der wechselseitigen Kenntnis von den Eröffnungen und der Kontaktaufnahme.

### *aaa) Gerichtliche Zuständigkeit*

Bei dem Versuch der Bestimmung eines einzigen zuständigen Gerichts für sämtliche Konzernmitglieder<sup>42</sup> müssen wenigstens zwei Problemkomplexe geklärt werden: Was nämlich soll in diesem Kontext als Konzern gelten und nach welchen Kriterien soll sich die Zuständigkeit bemessen? Bezüglich Letzterem kommen die Priorität der Antragstellung oder der Sitz einer der Gesellschaften in Betracht.<sup>43</sup> Bei einer Anknüpfung an den Sitz läge es an sich nahe, die Zuständigkeit nach einem so fixierten Datum wie dem des Sitzes der Muttergesellschaft zu bestimmen;<sup>44</sup> ist damit doch dem für Europa insgesamt, besonders aber für Deutschland zentralen Anliegen des prozessualen Zuständigkeitsrechts Rechnung getragen, hierbei größtmögliche Transparenz und Berechenbarkeit anzustreben. Diesen Weg hat etwa Spanien in seinem neuen Ley Concursal<sup>45</sup> von 2003 in Art. 10 Abs. 4 beschritten. Gleichwohl bringt dieser Weg einen nicht unerheblichen Nachteil mit sich: Befindet sich nämlich die Muttergesellschaft im Ausland, so verwiese das deutsche Recht direkt ins Ausland, was möglicherweise zu einer Unterwerfung sämtlicher deutschen Töchter unter dieses ausländische Insolvenzrecht führen würde.

Infolgedessen sprechen gute Gründe für den alternativen Vorschlag, die Zuständigkeit für sämtliche Konzernmitglieder bei dem Gericht zu verorten, bei dem der erste gruppenbezogene Antrag eingereicht worden ist. Freilich ist auch dies keine goldene Lösung, weil das Prioritätsprinzip Kenntnis einmal des erst angegangenen Gerichts vom Vorliegen einer Konzerngebundenheit voraussetzt und zum anderen Kenntnis der anderen Gerichte, bei denen später weitere Anträge eingehen mögen. Dem ließe sich allerdings dadurch begegnen, dass man die Zuständigkeitskonzentration davon abhängig macht, dass gerade ein Eigenantrag gestellt wird. Er müsste den Hinweis auf die Konzernstruktur enthalten, um dadurch den Vorzug dieses besonderen Verfahrenstypus erlangen zu können.

Aber auch dann – oder vielleicht gerade dann – lässt sich das Prioritätsprinzip leicht wie eine Einladung zur gezielten Zuständigkeitssteuerung – pejorativ

42 Siehe dazu auch – mit umfangreichen Nachweisen – ROTSTEGGE, aaO (Fn. 24), 394 ff.

43 Kritisch gegenüber den nachfolgenden Erwägungen K. SCHMIDT, KTS 2010, 1 (sub IV), der seinerseits eine Verweisungslösung favorisiert (sub V). Dazu müssten freilich bereits bestellte (vorläufige) Verwalter ihr Verfahren abzugeben bzw. mit dem anderen Gericht zu kooperieren bereit sein – ein wohl nicht sehr realitätsnahes Szenario.

44 In diesem Sinne etwa JAFFÉ/FRIEDRICH, ZIP 2008, 1849, 1851 ff; ebenso, für europäische Konzerninsolvenzen, LEITHAUS/RIEWE, NZI 2008, 598.

45 Ley 22/2003, de 9 de Julio Concursal.

ausgedrückt: zum forum shopping – verstehen. Wenn man das für misslich hält (nicht wenige haben das etwa im PIN-Verfahren getan), könnte man etwa<sup>46</sup> auf die Idee kommen, französischem und italienischem Vorbild zu folgen und als den für die Zuständigkeitsbestimmung maßgeblichen Sitz denjenigen anzusehen, den die betreffende Gesellschaft ein Jahr vor der Stellung des Antrags hatte. Allerdings besteht bei einer solchen Regelung die Gefahr, dass auch sie im grenzüberschreitenden Kontext keinerlei Wirkung entfaltet; nachdem Art. 3 Abs. 1 EuInsVO die Zuständigkeit direkt regelt, ist es nämlich mehr als zweifelhaft, ob das dort vorgeschriebene Kriterium des „Centre of Main Interests“ (COMI) durch nationale Regelungen wirksam abgeändert werden kann.<sup>47</sup>

### *bbb) Konzernbegriff*

Vergleichbare Unsicherheiten begegnen bei dem oben angesprochenen weiteren Problemkomplex, was nämlich unter „Konzern“ i.S.d. Konzerninsolvenzrechts zu verstehen sein soll. Wie zuvor schon erwähnt, ist das die große Frage, die auf der internationalen Plattform UNCITRALS lange bewusst ausgeklammert worden war. Gemessen daran hat es eine nationale Regelung einfacher. Denn sie kann auf einer vorgegebenen Zielvorgabe des betreffenden Insolvenzrechts aufbauen – in Deutschland also die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger, vgl. § 1 InsO. Dank dieser Vorgabe ist man einer engen konzernrechtlichen Betrachtungsweise enthoben und kann den Blick auf alle gesellschaftsrechtlichen Verbindungen lenken, deren kumulativ-parallele Insolvenzen die Besonderheit aufweisen, dass ihre koordinierte Abwicklung für die Gläubiger einen besseren Ertrag verspricht, als wenn dies separat geschähe. Die Bestimmung dessen, was man in diesem Kontext unter dem Wörtchen „besser“ verstehen sollte, lässt sich mit Verweis auf die Pareto-Superiorität vornehmen: Wenn also die Position auch nur eines Betroffenen verbessert wird, ohne dass die jedes einzelnen der anderen verschlechtert wird, so ist damit ein „besserer Ertrag“ erzielt. Unter Konzernen können daher im Ausgangspunkt all diejenigen Unternehmensverbindungen verstanden werden, die die Kontrollkriterien der (auf europäischen Vorgaben beruhenden) Vorschrift des § 290 HGB erfüllen, aber auch die, die in wirtschaftlicher Hinsicht sonstwie diesem Modell entsprechen.

Hinsichtlich einer solchen Weiterung auch auf die wirtschaftlich vergleichbaren Konstellationen könnte allerdings zu bedenken sein, dass zum jetzigen Zeitpunkt, in dem man sich noch in einer Phase erster tastender Schritte in das Neuland „Konzerninsolvenzrecht“ befindet, Zurückhaltung geboten erscheint. Mit der Bewältigung einer Konzerninsolvenz sind doch erhebliche

46 Es könnte alternative Möglichkeiten geben wie etwa die Einführung des „forum non conveniens“-Einwands.

47 Siehe bereits PAULUS, aaO (Fn. 20), Art. 3 EuInsVO Rdn. 16a.

Anforderungen auch an die Verwalterschaft verbunden, die vielleicht besser erst einmal in einem abgesteckteren Rahmen ausgetestet werden sollten.

### *ccc) Resultat*

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass die schon bestehende Zuständigkeitsnorm des § 3 InsO recht problemlos um eine Konzernvariante angereichert werden könnte. Erforderlich wäre lediglich die Festlegung dessen, was unter dem Terminus „Konzern“ zu verstehen und wonach die Zuständigkeit zu bestimmen sein soll.

### *dd) Bestellung EINES Insolvenzverwalters*

Neben der gerichtlichen Zuständigkeitskonzentration stellt die Zulassung eines einzigen Verwalters für alle oder mehrere der insolventen Gruppenmitglieder das andere zentrale Mittel zur prozeduralen Koordination einer Konzerninsolvenz dar.<sup>48</sup> Hierbei ist der legislative Ausgangspunkt allerdings insofern einfacher, als dem Vernehmen nach diverse Insolvenzgerichte<sup>49</sup> schon unter der Ägide des geltenden § 56 InsO entweder ein und dieselbe Person zum Verwalter eines jeden konzerngebundenen Unternehmens machen oder aber mehrere Personen aus einer Kanzlei bestellen. Um eventuell bestehende Zweifel an der Zulässigkeit dieser Praxis auszuräumen, empfiehlt sich eine entsprechende Ergänzung des Gesetzestextes.

### *aaa) Sonderinsolvenzverwalter*

Die genannten Zweifel könnten sich daraus nähren, dass man die Neutralität und Unabhängigkeit des Verwalters gefährdet sieht, wenn und soweit er sich mit den Innenbeziehungen des Konzerns beschäftigt.<sup>50</sup> Wenn er also etwa eine bestimmte Transaktion zwischen Mutter und Tochter auf ihre Anfechtbarkeit hin überprüfen muss, repräsentiert er beide Seiten als Anfechtungsberechtigter und Anfechtungsgegner. Hierin mag man einen klassischen Anwendungsfall eines In-sich-Geschäfts<sup>51</sup> und damit eines Interessenkonflikts sehen, den es tunlichst zu unterbinden gilt.

48 Dazu – mit umfangreichen Nachweisen – ROTSTEGGE, aaO (Fn. 24), 171 ff; siehe auch K. SCHMIDT, KTS 2010, 1 (sub VII 4). Tschechien hat beispielsweise in seinem neuen Insolvenzgesetz von 2008 eine entsprechende Regelung eingeführt.

49 Siehe etwa LG Potsdam, Beschl. vom 6. Juli 2005, 5 T 250/05, ZInsO 2005, 893.

50 Siehe hierzu etwa GRAEBER, NZI 2007, 765.

51 Vgl. hierzu KÖGEL/LOOSE, ZInsO 2006, 17.



Für Abhilfe könnte dabei die zwischenzeitlich etablierte Figur des Sonderinsolvenzverwalters<sup>52</sup> sorgen. Allerdings müsste ein solcher bei konsequent durchgehaltener Skepsis gleich von vornherein und für alle konzerninternen Transaktionen bestellt werden, so dass die mit der einheitlichen Bestellung angestrebte Effizienzsteigerung sofort wieder obsolet würde. Konsequenter ist es da, wenn man schon einen einzigen Verwalter für alle verbundenen Unternehmen zulassen will, dann auch diese Neuerung nicht durch solch ein pauschales Gebot wieder rückgängig zu machen. Vielmehr erscheint es vorzugswürdig, zu dem in den alleinigen Verwalter gesetzte Vertrauen zu stehen und allenfalls für Evidenzfälle<sup>53</sup> die sofortige Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters vorzuschreiben – möglicherweise könnten auch die dann je unterschiedlich zu besetzenden Gläubigerausschüsse die notwendige Kontrolle ausüben oder eventuell eine neu zu schaffende Kontrollinstanz nach dem angenäherten Vorbild des Abschlussprüfers in § 313 AktG. Dass der Insolvenzverwalter jederzeit von sich aus – gegebenenfalls auch die Mehrheit der Gläubiger oder auch eine Minderheit – einen entsprechenden Antrag stellen kann, versteht sich von selbst und bedürfte, wenn überhaupt, der gebotsmäßigen Verankerung nicht im Gesetz, sondern allenfalls in den Verhaltensrichtlinien der Verwalter.

#### *bbb) Mehrere Insolvenzverwalter*

Sofern die Evidenz freilich darauf hindeutet, dass es mit der bloßen Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters nicht getan ist, sollten selbstverständlich mehrere Personen als Verwalter eingesetzt werden können. Für diesen Fall wäre es dann wohl der Überlegung wert, das oben schon beschriebene Kooperationsmodell nach dem Vorbild der Artt. 31 ff EuInsVO auf die Verwalter der konzerngebundenen Unternehmen zu übertragen. Das würde die Pflicht zur wechselseitigen Kooperation und Information sowie das Bestreben nach Koordination der Verfahren bedeuten. Um diesen Pflichten Nachdruck zu verleihen, bedürfte es allerdings einer Hierarchisierung der Verfahren, d. h. es müsste wenigstens ein Verfahren geben, dessen Verwalter insbesondere Verwertungsvorschläge für die weiteren Verfahren unterbreiten kann. Für diese Führungsposition drängt sich naturgemäß das Insolvenzverfahren der Muttergesellschaft auf. Auch wenn damit nicht alle denkbaren Konzernkonstellationen adäquat erfasst sein sollten, dürfte eine derartige Regelung doch für die weitaus überwiegende Anzahl der Fälle angemessen sein. Die Anlehnung an das Regelungsvorbild der EuInsVO verleitet übrigens dazu, dem

52 Dazu umfassend SCHÄFER, Der Sonderinsolvenzverwalter, 2009; FREGÉ, Der Sonderinsolvenzverwalter, 2008; ferner LÜKE, ZIP 2004, 1693; DAHL, ZInsO 2004, 1014. Siehe auch BGH, Beschl. vom 5. Februar 2009 – IX ZB 187/08, ZIP 2009, 529; dazu FÖLSING, NZI 2009, 297.

53 A.A. offenbar AG Duisburg, Beschl. vom 1. September 2002 – 62 IN 167/02, ZIP 2002, 1636 = NZI 2002, 556.

Verwalter des Verfahrens über die Muttergesellschaft ein Planinitiativrecht nach § 218 InsO einzuräumen. In diesem Kontext ist auch die weitere Frage interessant, ob es so etwas wie einen konzernweiten Rahmenplan<sup>54</sup> geben kann, dessen Einzelausgestaltung den einzelnen Verfahren überlassen bleibt; dogmatische Hürden dürften dem nicht entgegenstehen.

### *ccc) Forderungsanmeldung*

Es ist das Verdienst von *Hirte*,<sup>55</sup> darauf aufmerksam gemacht zu haben, dass im Falle der Bestellung nur eines einzigen Verwalters für alle (oder Teile der) konzerngebundenen Unternehmen eine besonders kritische Situation bei der Anmeldung von Forderungen in den jeweiligen Verfahren besteht. Denn der oben im Kontext eines möglichen Interessenkonflikts schon angesprochene Fall einer zu prüfenden, eventuell bestehenden Anfechtungsforderung aus § 143 InsO des einen Unternehmens gegen ein anderes kann natürlich auch in der Weise sang- und klanglos übergangen werden, dass der Verwalter diese Forderung im Anmeldeverfahren verschweigt. Hintergrund dieser Gefahr ist die bei einer bloß prozeduralen Zusammenlegung von Verfahren weiterhin bestehende Prämisse, dass die den einzelnen insolventen Gesellschaften zugewiesenen Vermögensmassen ausschließlich deren Gläubigern zur Verfügung stehen und stehen dürfen; bei einer substantive consolidation ist man dieser Sorge natürlich wenn nicht vollständig, so doch weitestgehend enthoben, weil hier ohnedies eine Gesamtmasse gebildet wird<sup>56</sup>.

Man könnte auf diese (an der Schnittstelle zwischen prozeduraler und substantieller Zusammenlegung der Insolvenzmassen angesiedelten) Konfliktsituation dergestalt reagieren wollen, dass man die Forderungsanmeldung pauschal als einen der zuvor angesprochenen Evidenzfälle deklariert, der das Insolvenzgericht in jedem Fall zur Bestellung eines Sonderverwalters nötigt. Freilich zeigt gerade das Beispiel einer aus welchen Gründen auch immer gar nicht erst thematisierten, weil vom Insolvenzverwalter als problematisch erachteten Forderung, dass der Sonderverwalter um der effizienten Überprüfung Willen entweder mit umfassenden Kontroll- und Nachforschungsrechten ausgestattet sein müsste und damit der oben bereits abgelehnten automatischen Doppelbestellung sehr nahe käme. Oder er hat nur ein Kontrollrecht hinsichtlich der tatsächlich angemeldeten Forderungen; dann aber ist sein Wert nur eingeschränkt, und es bedarf zumindest keiner ipso iure-Bestellung. Die besseren Argumente dürften daher für die letztere Option sprechen.

54 Vgl. dazu EIDENMÜLLER, aaO (Fn. 24), Vorbem vor §§ 217 bis 269 Rdn. 34 ff; siehe zusätzlich RATTUNDE, ZIP 2003, 596.

55 HIRTE, ZIP 2008, 444, 447 ff.

56 Siehe aber noch unten sub III. 1.

*ddd) Resultat*

Die Bestellung nur einer Person zum Verwalter zusammengehörender, weil als wirtschaftliche Einheit agierender Gesellschaften wird vielfach schon unter dem geltenden Recht als zulässig erachtet, so dass eine gesetzgeberische Bestätigung nur dazu nötig ist, die Zweifler unter den Insolvenzrichtern zu beruhigen. Was demgegenüber als wirklich hilfreich erschiene, wäre die Erwähnung des bislang gesetzlich noch nicht angesprochenen Sonderinsolvenzverwalters, der in bestimmten Fällen von drohenden Interessenkonflikten ernannt werden sollte. Dabei sollte klar gestellt werden, dass diese Kontrollinstanz keinesfalls als Dauererscheinung für das gesamte Verfahren – gewissermaßen der „vierte Mann an der Seitenlinie“ –, sondern nur punktuell für spezielle Konfliktsituationen gedacht ist. Ob die Forderungsanmeldung per se ein solcher Fall ist, darf allerdings bezweifelt werden.

*eee) Insolvenzanfechtung*

Im Kontext der Diskussion um die Ausgestaltung eines Konzerninsolvenzrechts wird immer wieder diskutiert, ob es nicht eines eigenen Anfechtungstatbestandes für die innerhalb des Konzerns vorgenommenen Rechtshandlungen bedürfte. Die Forderung danach basiert auf der offenkundigen Tatsache, dass innerhalb eines solventen Konzerns unbeschadet seiner rechtlichen Aufspaltung in Einzelgesellschaften die wirtschaftliche Betrachtungsweise als Einheit überwiegt und dementsprechend anfechtungsrelevante Rechtshandlungen praktisch tagtäglich und massenhaft<sup>57</sup> vorgenommen werden. Bei einer Forderung nach einem eigenen Anfechtungstatbestand geht es also letzten Endes um einen erleichterten Zugriff auf diese Transaktionen.

Bezogen auf Deutschland ist zu dieser Forderung zu sagen, dass die Weite der anfechtungsrechtlichen Zugriffsmöglichkeiten bereits so eklatant ist, dass sie nach meiner Ansicht<sup>58</sup> keinesfalls um einen zusätzlichen Tatbestand noch weiter ausgedehnt werden sollte. Diese Selbstbeschränkung hinsichtlich der §§ 130 bis 136 InsO hindert allerdings nicht, die in § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO enthaltene Definition der nahe stehenden Personen dergestalt zu präzisieren, dass darunter nicht nur die Beziehung zwischen Mutter zur Tochter, sondern ganz allgemein die Beziehungen aller Gruppenmitglieder zueinander zu verstehen sind. Dadurch werden sie wechselseitig zu nahe stehenden Personen

57 Zur Anfechtbarkeit von konzerninternen Rechtshandlungen PAULUS, ZIP 1996, 2141, 2146; EHRICKE, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, 15 ff; HIRTE, FS Kreft, 2004, S. 307; neuerdings auch WENNER/SCHUSTER, ZIP 2008, 1512; WILLEMSEN/RECHEL, BB 2009, 2215; v. BÖMMEL, Insolvenzanfechtung von upstream guarantees im GmbH-Konzern, 2009.

58 Siehe nur PAULUS, FS G. Fischer, 2008, 445.

und ihre Rechtshandlungen sind nach den §§ 130 bis 133 InsO erleichtert anfechtbar.<sup>59</sup>

Wer diesen Vorschlag für begrüßenswert hält, sollte allerdings bedenken, dass damit zugleich wenigstens ein Schritt in Richtung substantive consolidation getan ist. Denn die Liste des § 138 InsO dokumentiert nichts Geringeres als ein im Laufe rechtsgeschichtlicher Entwicklungen immer wieder bestätigtes und deswegen institutionalisiertes Misstrauen gegenüber dem angesprochenen Adressatenkreis. Bei aller Unterschiedlichkeit etwa des Ex-Ehemannes gegenüber der Aufsichtsratsvorsitzenden oder der Großeltern gegenüber dem Groß-Komplementär: Sie haben gemeinsam, dass das Gesetz sie als bevorzugte Empfänger von Gläubiger benachteiligenden Leistungen eines Schuldners ansieht und sie deswegen gegenüber sonstigen Personen anfechtungsrechtlich benachteiligt.

Wenn man also ein derartig institutionalisiertes Misstrauen auch bei allen konzernverbundenen Gesellschaften für angebracht hält, bekennt man sich im Klartext zu dem Argwohn, dass die zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnungen bestehenden Vermögenszuteilungen auf die einzelnen insolventen Gesellschaften die wirkliche Vermögenslage nicht korrekt widerspiegeln. Die Lebenswirklichkeit kann mit einer Vielzahl von Beispielen dafür aufwarten, dass in der Tat im Alltagsgeschäft einer Unternehmensverbindung die Betrachtung als wirtschaftliche Einheit die der rechtlichen Besonderheit bei weitem überwiegt. Es liegt in der Konsequenz dieser Einsicht, zumindest die volle Überzeugungskraft des Arguments in Zweifel zu ziehen, demzufolge den Gläubigern einer Gesellschaft nur (aber immerhin gerade) das Vermögen eben dieser Gesellschaft als Haftungsmasse zur Verfügung stehen dürfe. Das passt nicht wirklich zu dem pauschalen Misstrauen in die internen Vermögensverschiebungen.

### III. Das Wohin

Die vorbeschriebenen Wege sind erhebliche Fortschritte gegenüber der Situation, die noch bis vor nicht einmal zehn Jahren hierzulande wie auch andernorts geherrscht hat. Sie geben die Richtung der Entwicklung an und reizen gerade deshalb zu der abschließend wenigstens noch knapp zu streifenden Frage, zu welchen weiteren Punkten man denn wohl auf diesem Wege gelangen wird – oder doch wenigstens gelangen könnte.

Dieser Blick in die Zukunft setzt allerdings stillschweigend voraus, dass das Insolvenzrecht seine derzeitige gewichtige Rolle als Hilfe in der Krise beibehält – wenn nicht ungeschmälert, so doch wenigstens weitgehend unange-

59 Ein hierbei möglicherweise auftretendes Problem ist die Bestimmung des Zeitpunktes, ab dem die Anfechtungsfristen für Transaktionen zwischen zwei (oder mehr) sukzessive in die Insolvenz fallende Gruppenmitglieder zurückzuberechnen sind.

fuchten. Dass die damit angesprochene Ordnungsfunktion des Insolvenzrechts innerhalb des Wirtschaftsrechts und -lebens bestehen bleibt, ist keineswegs eine Selbstverständlichkeit. Zeigen doch einige Entwicklungen vor sowie einige politische Reaktionen in der derzeitigen Krise, dass nichts Geringeres als die Fundamente des Insolvenzrechts zur bedrohten Zone werden könnten. So haben etwa die hoch komplexen Kreditinstrumente der letzten Jahre die für das Insolvenzrecht essentielle Trennlinie zwischen Schuldner hier, Gläubiger da erodieren lassen und haben eine Grauzone entstehen lassen, in der man ein bisschen Gläubiger und zugleich ein bisschen Schuldner war bzw. ist.<sup>60</sup> Ob die Nachrangigkeit des § 39 I Nr. 5 InsO auf Dauer die adäquate Antwort auf dieses Phänomen ist, wird man ab dem Erreichen einer kritischen Größe bezweifeln dürfen.

Gewichtiger als diese Bedrohung ist aber die Unterminderung der insolvenzrechtlichen Sanierungsoption: Da sind zum einen wiederum die vorerwähnten Finanzierungsinstrumente, die in Gestalt etwa des „credit default swap“ den Gläubiger so stellen, dass er u. U. aus ökonomischen Gründen ein größeres Interesse an der Liquidation des Schuldners als an seiner Sanierung hat.<sup>61</sup> Zum anderen aber, und gewichtiger noch, hat die politische Entlastungsfunktion des Sanierungsverfahrens<sup>62</sup> nicht – oder doch nur eingeschränkt – gegriffen: Die Schaffung der Sanierungsoption hat nämlich an und für sich auch den Effekt, dass sich die Politik heraushalten kann, wenn große Firmen („too big to fail“) in die Schieflage geraten. Müssen unter der Ägide einer ausschließlichen Liquidationsoption Arbeitsplätze und Unternehmenseinheiten auf politischem Wege gerettet werden, so ist man dieser Notwendigkeit enthoben, wenn man auf die gesetzlich geregelte Sanierungsoption verweisen kann. Darauf hat im Jahr 2009 *Obama* in Bezug auf General Motors verwiesen.<sup>63</sup> Ob das in Deutschland im Hinblick auf Opel auch so gemacht werden sollte, war seinerzeit vollkommen ungewiss;<sup>64</sup> das Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz von 2009 jedenfalls hat die Insolvenzooption vollkommen ausgeblendet.<sup>65</sup>

Es scheint, als sei die unter dem Eindruck eines rein auf Liquidation ausgerichteten Konkursrechts einstmals angeklungene Idee, man solle für unterschiedliche konjunkturelle Phasen unterschiedliche Insolvenzrechte bereit-

60 Vgl. HIRTE/PAULUS, ZInsO 2009, 565.

61 Siehe HIRTE / PAULUS, ZInsO 2009, 565.

62 Siehe hierzu PAULUS, ZGR 2005, 309, 320 f.

63 Siehe etwa Manager-Magazin vom 30. März 2009, S. 5.

64 Siehe dazu PAULUS, Bewährungsprobe für das neue Insolvenzrecht, F.A.Z. vom 27. Mai 2009, S. 12.

65 Zutreffende Kritik bei AMEND, ZIP 2009, 589; sehr beachtenswert auch MAROTZKE, JZ 2009, 763, sowie EIDENMÜLLER, Finanzkrise, Wirtschaftskrise und das deutsche Insolvenzrecht, 2009. Siehe auch PIEKENBROCK, ZVglRWiss 2009, 242. Zur Krisenbewältigung selbst und ihren dominierenden Instrumentarien siehe nur HOPT, NZG 2009, 1401.

halten,<sup>66</sup> nach wie vor aktuell. Wobei wohl zu konstatieren sein dürfte, dass das weniger mit den legislativen Rahmenbedingungen als vielmehr mit einem noch nicht vollzogenen Mentalitätswandel<sup>67</sup> zu tun hat.

### 1. Substantive consolidation

Wie schon angedeutet, ist die substantive consolidation hierzulande ein Anathema. Auch der Hinweis darauf, dass man bei den Überlegungen hierzu nicht in einem simplen Ja-Nein-Schema verharren sollte, weil es eine Vielzahl von Zwischenlösungen gebe,<sup>68</sup> verfängt so gut wie nicht; man will offenbar den Anfängen wehren.<sup>69</sup> Die Aussage, dass sich die Tragfähigkeit der juristischen Separierung gerade im Ernstfall der Insolvenz erweisen müsse,<sup>70</sup> ist unkritisch internalisiert, obgleich sich doch gerade hier die Frage aufdrängt, warum denn das vorinsolvenzliche Stadium implizit als Spielplatz angesehen wird, wo doch das Recht der Insolvenzanfechtung gerade dort die gläubigerschädigenden Transaktionen wieder rückgängig machen will.

*Hirte* hat den Versuch unternommen, von dem Ja-Nein-Schema abzuweichen und einige der Optionen aufzuzeigen, die sich aus einer materiellen Zusammenlegung der Massen ergeben könnten.<sup>71</sup> Das verdient, an dieser Stelle wenigstens kurz wiedergegeben zu werden. Zutreffend weist er darauf hin, dass eine derartige Zusammenlegung keineswegs automatisch mit einer Ignorierung der juristischen Selbstständigkeit einherzugehen braucht. Wenn nämlich in das Verfahren etwa der insolventen Muttergesellschaft auch das Verfahren über die insolvente Tochter einbezogen würde, könnten die Gläubiger dieser Tochter als bevorrechtigt hinsichtlich der Tochtermasse behandelt werden; eine *par condicio creditorum* ist also eben nicht zwingend an der Gesamtmasse auszurichten, sondern könnte genauso gut auch hinsichtlich der Teilmassen erfolgen. Die Gläubiger der einzelnen Gesellschaften hätten dann eine Stel-

66 Vgl. PAULUS, ZIP 1985, 1449, 1458.

67 Siehe dazu jüngst PAULUS, JZ 2009, 1148, 1149 f.

68 So PAULUS, ZIP 2005, 1949, 1953. Man denke überdies nur an die inländische oder grenzüberschreitende Verschmelzung, bei der keineswegs einem unbedingten Gläubigerschutz gefrönt wird, vgl. §§ 22, 122j UmwG.

69 Vorsichtig abwägend (gleichwohl noch zu verfangen im traditionellen Korsett) dagegen SKEEL, *Groups of Companies: Substantive Consolidation in the U.S.*, in: Peter/Jeandin/Kilborn, *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, 2006, 229; PETER, *Insolvency in a Group of Companies, substantive and Procedural Consolidation: When and How?*, ebenda, 199.

70 So etwa LUTTER, ZfB 1984, 781; dagegen etwa ALBACH, ZfB 1984, 773. Siehe auch die Empfehlungen 226 ff der oben dargestellten UNCITRAL-Arbeiten.

71 HIRTE, ECFR 2008, 213, 221 ff; DERS., FS K. Schmidt, 2009, 641, 644 ff.

lung, die derjenigen eines gesicherten Gläubigers in einem schlichten Insolvenzverfahren entspräche.<sup>72</sup>

Dieser Vergleich zeigt übrigens, dass der vielfach beschworene Interessenkonflikt eines einheitlichen Verwalters für die Insolvenzverfahren mehrerer Gesellschaften keineswegs naturgesetzlich perhorreszierend ist – muss der Verwalter doch auch im Alltagsgeschäft über die Berechtigung eines Sicherungsrechts und damit über antagonistische Interessen entscheiden. Sollte das konsolidierte Verfahren ein Planverfahren sein, könnten die Gläubiger der einzelnen Gesellschaften eine eigene Gruppe stellen, die ihrerseits u.U. in Untergruppen aufzuteilen wäre.

Man könnte diesen Überlegungen entgegenhalten wollen, dass sich aus einem dieserart angepassten Verständnis einer substantive consolidation keine Unterschiede mehr zu einer bloß prozeduralen Zusammenlegung der Verfahren ergäben. Das ist jedoch deswegen unzutreffend, weil es nur im ersteren Falle zu einer Auflösung (Konfusion) der Intra-Konzernforderungen und damit zu einer erheblichen Arbeits-<sup>73</sup> und ggf. Prozessentlastung käme. Natürlich ist auch hier wieder diese Konsequenz keineswegs in Stein gemeißelt; man könnte sie etwa dergestalt modifizieren, dass die Anfechtbarkeit von zwischen-gesellschaftlichen Rechtshandlungen weiterhin erhalten bleibt, um auf diese Weise eine angemessenere Vermögenszuordnung zu erhalten.

Kurzum, die materielle Zusammenlegung der Massen braucht beileibe nicht das Schreckensszenario zu sein, als das es immer wieder zur Seite gedrängt wird. Das gilt umso mehr, als sie nicht etwa automatisch und damit zwingend mit Eintritt einer (wie auch immer definierten) Konzerninsolvenz eintreten muss. Vielmehr sollte sie nichts weiter als eine weitere, etwa auf Antrag hin vom Gericht anzuordnende Option sein, die zur Optimierung der mit dem Verfahren angestrebten Ziele – letzten Endes also die Vergrößerung der Befriedigungschancen der Gläubiger – eingesetzt werden könnte.<sup>74</sup>

## 2. Netzwerke

Abschließend sei noch darauf verwiesen, dass sich, wie so oft im Verlauf geschichtlicher Entwicklungen, just in dem Moment, in dem man sich um ein lange Zeit ausgeblendetes Phänomen wie eben dem des Konzerninsolvenzrechts zu bemühen beginnt, am Horizont neue Fragen oder gar Probleme auftauchen, auf die der Blick bislang verstellt war. Während man auch noch zum jetzigen Zeitpunkt im Kontext von Unternehmensverbindungen fast ausschließlich an Konzernierungen denkt, mehren sich in der Praxis Verbin-

72 Siehe nur die eindringliche Graphik in HIRTE, FS K. Schmidt, auf S. 648.

73 Vgl. etwa RENNERT-BERGENTHAL, ZInsO 2009, 1318 f.

74 Das verkennt RENNERT-BERGENTHAL, ZInsO 2009, 1316.

dungen, die im Vergleich zu typischen Konzernierungen weitaus lockerer<sup>75</sup> gestrickt sind – die üblicherweise so genannten Netzwerke.<sup>76</sup> Immerhin bilden sie nach Ansicht nicht weniger so etwas wie das Rückgrat der Marktwirtschaft.<sup>77</sup> Ob dieser Verbindungstypus eines künftigen Tages Insolvenzrechtlern den Kopf zerbrechen wird wie heute die Konzerne, ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt allerdings noch nicht absehbar. Immerhin aber hat der italienische Gesetzgeber im spezifischen Hinblick auf den Rettungsversuch von „Alitalia“ durch Dekret 134 vom 28. August 2008 das „Decreto Marzano“ um einige Punkte ergänzt – u. a. um die Erweiterung dessen, was unter einer Gruppe zu verstehen ist: Nämlich diejenigen für den Fortbestand des Unternehmens essentiellen Zulieferer, mit denen Alitalia in vertraglicher Verbindung steht.<sup>78</sup> Das entspricht ziemlich genau dem, was unter einem Netzwerk zu verstehen ist!

#### IV. Zusammenfassung

Obleich UNCITRAL und die Diskussion in Deutschland getrennte Wege gehen, unterscheiden sich die Lösungsansätze bei genauer Betrachtung nicht allzu sehr – und wenn doch, ist dies dem je anderen Adressatenkreis geschuldet. Gemeinsam ist der Ausgangspunkt, dass im Grundsatz die Selbstständigkeit jedes einzelnen Gruppenmitglieds zu achten ist, dass aber in Ausnahmefällen eine Zusammenlegung der Massen zur substantive consolidation möglich sein müsse. Die Definition dessen, was in diesem Kontext unter einem Konzern zu verstehen ist, ist in beiden Diskussionen ebenso unabdingbar wie die Festlegung eines zuständigen Gerichts. Desgleichen findet man hier wie dort das Angebot zur Bestellung eines einheitlichen Verwalters für alle oder mehrere Gruppenmitglieder, ergänzt freilich um die Schutzvorrichtung der Bestellung eines Sonderverwalters.

Alle weiteren Überlegungen und Vorschläge sind demgegenüber Akzidentellen: Dazu gehört die Anpassung des Anfechtungsrechts ebenso wie die Ausgestaltung der Insolvenzfinanzierung oder die Stellung eines einheitlichen Insolvenzantrags für mehrere Gruppenmitglieder. Unbeschadet aller wie üblich im Detail liegenden Probleme offenbart die Diskussion sowohl in Deutschland wie auch bei UNCITRAL, dass sie bewältigbar sind. Es verlangt einem nicht allzu viel Phantasie ab, dass eine der nächsten Insolvenzgeset-

75 Vor allem dürften sie nicht gesellschaftsrechtlich, sondern eher vertragsrechtlich erfassbar sein, vgl. KROLOP, Gewährung von Risikokapital auf schuldrechtlicher Grundlage als Herausforderung für die Einheit und internationale Anschlussfähigkeit des Privatrechts, in: JhrB Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008, 29, 49 f.

76 Dazu etwa LANGE, Das Recht der Netzwerke, 1998; GRUNDMANN, AcP 207 (2007), 718.

77 Vgl. GRUNDMANN, AcP 207 (2007), 721 m.w.N.

78 Siehe dazu CARRARA, Alitalia and the italian insolvency law, Eurofenix Spring 2009, 38.



zesänderungen hierzulande wie auch andernorts der Einführung eines Konzerninsolvenzrechts geschuldet sein dürfte.