

dass der Schuldner unlauter handelte. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis von §§ 133, 142 InsO wurde also umgedreht.¹⁴⁴⁾ Zudem wurde dem anfechtenden Insolvenzverwalter die Beweislast für die Kenntnis des „anderen Teils“ von der Unlauterkeit auferlegt, was eine kaum zu überwindende Klippe darstellt, so dass eine erfolgreiche Vorsatzanfechtung bei Vorliegen eines Bargeschäfts künftig wohl eine Rarität sein wird.¹⁴⁵⁾

Da § 142 InsO somit durch das Anfechtungsreformgesetz 2017 einen viel weiteren Anwendungsbereich erhalten hat,¹⁴⁶⁾ dürfte die „bargeschäftsähnliche Lage“ zukünftig für Fälle, in denen die Insolvenz nach dem 4. 4. 2017 eröffnet worden ist, keine Bedeutung mehr haben. Das spricht nicht gegen die hier vertretene Ansicht, wonach es institutionell keinen Zusammenhang zwischen Bargeschäft und der Indizwirkung einer „bargeschäftsähnlicher Lage“ gibt. Durch die Ausweitung des Bargeschäftsprivilegs zu Lasten der Vorsatzanfechtung interessieren eben der subjektive Tatbestand nach § 133 Abs. 1 InsO und die Frage, ob insofern eine Entkräftung stattfinden kann, gar nicht mehr. Trotzdem wird sich aus der Sicht von Foerste möglicherweise der Gedanke einstellen: Der „Notnagel“ ist gezogen.

V. Zusammenfassende Thesen

1. Der § 142 InsO schützt sowohl den Schuldner, der angesichts der Krise immerhin noch Bargeschäfte soll tätigen können, als auch den Geschäftspartner in seinem Vertrauen, dass vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgewickelte Bargeschäfte nicht der Anfechtung unterliegen, sondern Bestand haben.

2. Es kann nicht generell verlangt werden, dass die dem Schuldner erbrachte Gegenleistung dem Zugriff der übrigen Gläubiger offenstehen muss, damit das Bargeschäftsprivileg eingreift. Vielmehr wird man in jedem Einzelfall prüfen müssen, ob die Gegenleistung bei normalem Verlauf, ohne manipulativen Eingriff in das Geschehen – der Art und dem Wert nach – zugriffsfähig ist. Ist dies zu bejahen, muss die Gegenleistung für den Zugriff der Gläubiger offenstehen.

3. Im Falle des § 135 Abs. 2 InsO ist der Bargeschäftsgedanke unanwendbar. In den Fällen des § 135 Abs. 1 InsO ist zu differenzieren: Besicherungen, die sogleich wirksam werden, unterliegen der Anfechtung nach § 135 Abs. 1 InsO. Die neuerdings erfolgte Ablehnung einer Privilegierung der anfänglichen Besicherung nach § 142 InsO durch den BGH weckt Bedenken, weil das Gesellschafterdarlehensrecht den Gesellschafter nur in dem Umfang binden will, in dem er zunächst ein Insolvenzzisiko im Verhältnis zur Gesellschaft eingegangen ist und sich dann anschließend davon zu befreien sucht (Abzugsverbot). Bei nicht sogleich wirksam werdenden Besicherungen wird die Annahme eines Bargeschäfts meist daran scheitern, dass der Leistungsaustausch nicht in unmittelbarem Zusammenhang erfolgt. Auf die nachträgliche Besicherung beim Stehenlassen einer Darlehensforderung ist das Bargeschäftsprivileg keinesfalls anwendbar. Die Rückzahlung der Darlehensvaluta kann ein Bargeschäft sein, wenn sie in einem Austauschverhältnis mit der Freigabe einer gleichwertigen Sicherheit steht. Für Darlehenszinsen dürfte § 142 InsO nicht eröffnet sein, weil dem Darlehensnehmer durch die fortdauernde Kapitalüberlassung seitens des Darlehensgebers kein neues Kapital zugeführt wird.

4. Das Bargeschäft und die „bargeschäftsähnliche Lage“ haben institutionell nichts miteinander zu tun, sind deshalb auch nicht vergleichbar. Durch die Änderungen des § 142 InsO, die mit der Insolvenzanfechtungsreform 2017 einher gegangen sind, dürfte die „bargeschäftsähnliche Lage“ gleichwohl zukünftig für Fälle, in denen die Insolvenz nach dem 4. 4. 2017 eröffnet worden ist, keine Bedeutung mehr haben.

144) Vgl. Kayser, ZIP 2018, 1153, 1155.

145) Gantner, WM 2015, 2117, 2120; Brinkmann/Jacoby/Thole, ZIP 2015, 2001, 2002; Thole, ZIP 2017, 401, 407; Würdinger, jm 2017, 272, 274; Wagner (Fußn. 13), Rz. O 16b; tendenziell auch Wimmer/Dauernheim/Blank (Fußn. 8), § 142 Rz. 21; a. A. HambKomm-Rogge/Leptien (Fußn. 8), § 142 Rz. 36, „werden sich in der Praxis voraussichtlich keine nennenswerten Veränderungen ergeben“.

146) Tolani, ZIP 2018, 1997, 2000. Nach Kayser, ZIP 2018, 1153, 1157 wurde die bislang bei der „Gesamtwürdigung“ angesiedelte bargeschäftsähnliche Lage in den Tatbestand verschoben.

Henning Sämisch/Sebastian Deichgräber^{*)}

Der Verfahrenskordinator in der Konzerninsolvenz – mehr als ein bloßer Mediator

Entgegen der gesetzgeberischen Intention hat der BGH mit der Entscheidung vom 26. 4. 2018 klargestellt, dass der Geschäftsleiter im Rahmen der Eigenverwaltung den Beteiligten gegenüber gem. §§ 60, 61 InsO analog haftet. Anknüpfend an diese neue Rechtsprechung des BGH stellt sich die Frage, ob es ebenfalls der Anpassung des Haftungsregimes des Verfahrenskordinators bedarf oder ob dieser haftungslos sein soll.

I. Einleitung

Nunmehr seit dem 21. 4. 2018 ist das Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen in Kraft. Der Gesetzgeber wollte damit den zunehmenden praktischen Schwierigkeiten bei der Bewältigung von Insolvenzen mehrerer Un-

ternehmen im Konzernverbund begegnen. Insgesamt hat das Gesetzgebungsverfahren rund zehn Jahre in Anspruch genommen. Bereits im Gesetzgebungsprozess wurde eingehend und ausführlich über den Inhalt des neuen Konzerninsolvenzrechts diskutiert. Knapp ein Jahr nach Inkrafttreten ist die Debatte um das Konzerninsolvenzrecht keineswegs abgeflacht. Die Gerichte haben erste, gleichwohl weniger als zunächst erwartet, Verfahren eingeleitet. Bereits vor Inkrafttreten wurde insbesondere die Person des Verfahrenskordinators kontrovers

*) Henning Sämisch ist Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter, Dr. iur. Sebastian Deichgräber ist Rechtsanwalt bei SHNF, Hamburg. Der Beitrag entstand unter Mitwirkung von cand. iur. Frederik Quitzau, SHNF, Hamburg

diskutiert. Die einhellige Meinung scheint nunmehr zu sein, dass der Verfahrenskordinator eine nur nachrangige Rolle für das Gelingen einer Konzerninsolvenz darstellt. Dieser Beitrag will aufzeigen, dass der Verfahrenskordinator mehr als nur ein Mediator sein kann und, zur wirksamen Durchführung eines Konzerninsolvenzverfahrens, auch sein muss.

II. Der Verfahrenskordinator

Der Verfahrenskordinator ist nach dem gesetzgeberischen Dafürhalten zwar „die Seele des gesamten Koordinationsverfahrens“. Eine Darlegung, inwieweit der Seele des Verfahrens jedoch konkret „Leben eingehaucht“ werden kann, bleibt der Gesetzgeber weitestgehend schuldig. Die Literatur hat diesen Umstand zum Anstoß genommen, um verschiedene Anforderungen an die Person des Verfahrenskordinators zu diskutieren.²⁾ Unklar bleibt weitestgehend der Pflichten- und Rechtskreis des Verfahrenskordinators und korrespondierend dazu der Umfang der Haftung des Verfahrenskordinators.

1. Anforderungen an die Person des Verfahrenskordinators

1.1 Natürliche Person

In der Literatur wird insbesondere diskutiert, ob es sich bei dem Verfahrenskordinator zwingenderweise um eine natürliche Person handeln muss.³⁾ Bereits für den Insolvenzverwalter wurde im Rahmen des § 56 InsO ausführlich erwogen, ob ausschließlich natürliche Personen zu bestellen seien. Neuen Antrieb hat die Debatte dadurch erfahren, dass sich aus den Gesetzesmaterialien und dem ausdrücklichen Wortlaut des § 269f InsO nicht unmittelbar das Erfordernis zur Bestellung einer natürlichen Person als Verfahrenskordinator ergibt. Insofern ist jeweils bloß die Rede von einer „Person“. Der Zusatz „natürlich“ ist jedenfalls weder im Gesetz noch in der entsprechenden Gesetzesbegründung ausdrücklich normiert. Daraus könnte geschlossen werden, dass der Gesetzgeber den zuständigen Gerichten die Möglichkeit eröffnen wollte, auch juristische Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit zum Verfahrenskordinator zu bestellen. Dem widerspricht jedoch die Mehrheit der Literatur.⁴⁾ Weiterhin sollen ausschließlich natürliche Personen als Verfahrenskordinator zu bestellen sein. Dies ergebe sich insbesondere aus § 269f Abs. 3 InsO, der u. a. ausdrücklich auf die §§ 56 ff. InsO verweise.⁵⁾ Insofern seien die von der Rechtsprechung und der Literatur entwickelten Kriterien zu den §§ 56 ff. InsO entsprechend heranzuziehen.⁶⁾

Die letztgenannte Ansicht vermag zu überzeugen. Richtig ist zwar, dass der Gesetzgeber im Vergleich zu § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO davon abgesehen hat, ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass es sich bei der zu bestellenden Person um eine natürliche Person handeln muss. Allein aus diesem Umstand kann jedoch nicht der gesetzgeberische Wille hergeleitet werden, zukünftig auch juristischen Personen oder Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit das Amt des Verfahrenskordinators übertragen zu wollen. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber hat durch den § 269f Abs. 3 InsO die allgemeinen Vorschriften über die Bestellung des Insolvenzverwalters aus den §§ 56 ff. InsO ausdrücklich in entsprechende Anwendung gebracht. Der Wortlaut des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO setzt insofern eindeutig eine

natürliche Person voraus. In der Literatur herrscht größtenteils Einigkeit darüber, dass der eindeutige Wortlaut des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO auch nicht anderweitig ausgelegt werden kann.⁷⁾ Diese Ansicht wurde zudem höchstrichterlich durch den BGH bestätigt⁸⁾ und darüber hinaus durch das BVerfG als verfassungskonform erachtet.⁹⁾ Argumentiert wird insbesondere mit der höchstpersönlichen und kontinuierlichen Amtsausübung, die nur durch eine natürliche Person gewährleistet werden könne.¹⁰⁾ Zudem gewährleiste die Bestellung einer natürlichen Person die funktionierende Rechtspflege als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut.¹¹⁾

Etwas anderes kann auch nicht für den Verfahrenskordinator gelten. Die Bedenken gegen die Bestellung juristischer Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit werden aufgrund des gesteigerten Umfangs des Koordinationsverfahrens hingegen sogar potenziert. Bei einem derart umfangreichen Verfahren wie dem Koordinationsverfahren ist das Bedürfnis für die Prüfung der Geeignetheit des Verfahrenskordinators erheblich gesteigert. Das bestellende Gericht muss in die Lage versetzt werden, vorab eine eingehende Prüfung der Kandidaten vorzunehmen. Dies wird bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit nicht möglich sein. Zudem ist auch aus haftungsrechtlichen Gründen die Bindung des Amtes des Verfahrenskordinators an eine natürliche Person unabdingbar.¹²⁾ Insofern sind auch im Koordinationsverfahren ausschließlich natürliche Personen als Verfahrenskordinator zu bestellen. Eine mögliche Entscheidung für eine juristische Person hätte der Gesetzgeber ausdrücklich vorgegeben.

1.2 Unabhängigkeit

Insbesondere soll der Verfahrenskordinator zudem unabhängig sowohl von den übrigen Insolvenzverwaltern und Sachwaltern der gruppenangehörigen Schuldner als auch von den gruppenangehörigen Schuldnern und deren Gläubigern sein.

1) Begr. RegE KIG BT-Drucks. 18/407, S. 36; kritisch insbesondere *Verhoeven*, ZInsO 2014, 217, 221, der den Verfahrenskordinator (damals noch Koordinationsverwalter), als „*Papiertiger, der nicht einmal auf dem Papier Zähne hat*“, bezeichnet.

2) Vgl. *Berner/Zerker*, NZI-Beilage 2018, 30; *Gerloff*, NZI-Beilage 2018, 32; *Schneider/Kramer*, BB 2018, 713; *Smid*, in: *Rattunde/Smid/Zauner*, InsO, 4. Aufl., 2019, § 269e Rz. 3 ff.; *KPB/Thole*, InsO, Stand: 6/2017, § 269e Rz. 4 ff.

3) *Pickenbrock*, European Insolvency & Restructuring, TLE-003-2019: rechtsvergleichend in Hinblick auf Art. 71 Abs. 1 EuInsVO; für den Insolvenzverwalter nach § 56 InsO: *Bluhm*, ZIP 2014, 555, 556 ff.: „grund- und europarechtswidrig“; *Kleine-Cosack*, NZI 2011, 791, 794; *Römermann*, ZInsO 2004, 937, 938: „verfassungswidrig“.

4) *Esser*, in: *Braun*, InsO, 7. Aufl., 2017, § 269e Rz. 11; *Gelbrich/Flöther*, in: *BeckOK InsO*, 13. Ed., Stand: 28. 1. 2019, § 269f Rz. 22; *Leithaus*, in: *Andres/Leithaus*, InsO, 4. Aufl., 2018, §§ 269e, 269f Rz. 2; *HambKomm-Pannern*, InsO, 7. Aufl., 2019, § 269e Rz. 17; *Römermann/Montag*, in: *Nerlich/Römermann*, InsO, 35. Erg.-Lfg., 2018, § 269e Rz. 2; *KPB/Thole* (Fußn. 2), § 269e Rz. 7.

5) *Uhlenbruch/Mock*, InsO, 15. Aufl., 2019, § 269e Rz. 3, 18; *Römermann/Montag* (Fußn. 4), § 269e Rz. 2; *KPB/Thole* (Fußn. 2), § 269e Rz. 7.

6) *Uhlenbruch/Mock* (Fußn. 5), § 269e Rz. 3, 18; *Römermann/Montag* (Fußn. 4), § 269e Rz. 2.

7) Krit. allerdings *Bluhm*, ZIP 2014 555, 556 ff.; *Kleine-Cosack*, NZI 2011, 791; *Römermann*, ZInsO 2004, 937, 938.

8) BGH v. 19. 9. 2013 – IX AR (VZ) 1/12, ZIP 2013, 2070, Rz. 7 ff., dazu EWiR 2014, 23 (*Eckardt*).

9) BVerfG v. 12. 1. 2016 – 1 BvR 3102/13, ZIP 2016, 321 (m. Anm. *Römermann*, S. 328 u. Bespr. *Kleine-Cosack*, S. 741), Rz. 39 ff., dazu EWiR 2016, 145 (*Flöther*).

10) BGH ZIP 2013, 2070, Rz. 7 ff.

11) BVerfG ZIP 2016, 321, Rz. 42.

12) Für den Insolvenzverwalter allgemein: *Uhlenbruch/Zipperer*, InsO, 15. Aufl., 2019, § 56 Rz. 13.

Im ursprünglichen Diskussionsentwurf hieß es hingegen in § 269e Abs. 1 InsO a. F. noch: „Das Koordinationsgericht bestellt aus dem Kreise der Insolvenzverwalter oder vorläufigen Insolvenzverwalter der gruppenangehörigen Schuldner einen Koordinationsverwalter.“¹³⁾ Nachdem diese Regelung zu Recht auf umfangreiche Kritik in der Literatur¹⁴⁾ gestoßen war, hat der Gesetzgeber in § 269e Abs. 1 InsO nunmehr ausdrücklich die Unabhängigkeit des Verfahrenskordinators sowohl von den gruppenangehörigen Schuldnern und deren Gläubigern (§ 269e Abs. 1 Satz 1 InsO) als auch von den Insolvenzverwaltern und Sachwaltern der gruppenangehörigen Schuldner (§ 269e Abs. 1 Satz 2 InsO) normiert. Zudem ist die Bestellung eines gruppenangehörigen Schuldners zum Verfahrenskordinator ausdrücklich ausgeschlossen (§ 269e Abs. 1 Satz 3 InsO).

Es handelt sich zumindest ausweislich des Wortlauts des § 269e Abs. 1 Satz 2 InsO um eine „Soll-Vorschrift“. Jedoch dürften erhebliche Bedenken gegenüber der tatsächlichen Unabhängigkeit des Verfahrenskordinators bei einer Abweichung von dieser Vorschrift bestehen.¹⁵⁾ Dieses Problem hatte der Gesetzgeber offenbar auch bereits in den Vorwegen identifiziert,¹⁶⁾ weshalb es unverständlich ist, dass auf eine zwingende Regelung verzichtet wurde.

Es wird deshalb Aufgabe der Rechtsprechung sein müssen, im Rahmen der richterlichen Rechtsfortbildung eine Anpassung des § 269e Abs. 1 Satz 2 InsO dahingehend vorzunehmen, dass das „Soll“ als „Muss“ gelesen wird.¹⁷⁾ Das Bedürfnis für eine solche Lesart ergibt sich bereits aus dem Sinn und Zweck der Bestellung eines Verfahrenskordinators. Dieser soll gerade über den einzelnen Verfahren stehen. Es erscheint indes nur schwer vorstellbar, dass ein Insolvenzverwalter eines Einzelverfahrens nicht auch Eigeninteressen verfolgt.¹⁸⁾ Um der Erfüllung dieser Aufgabe zu entsprechen, bedarf es unbedingter Unabhängigkeit von den übrigen Beteiligten des Verfahrens. Im Übrigen entspricht gerade dies auch der Systematik der InsO. So verweist § 269f Abs. 3 InsO ausdrücklich auf den § 56 InsO. Für diesen ist anerkannt, dass es für ein geregeltes und erfolgreiches Insolvenzverfahren vor allem auf die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters ankommt.¹⁹⁾

Um sicherzustellen, dass im Koordinationsverfahren allein die gemeinsamen Interessen der Gläubiger wahrgenommen werden, ist es deshalb gerade auch für das Koordinationsverfahren unabdingbar, dass der Verfahrenskordinator unabhängig von allen beteiligten Parteien und Gläubigern, insbesondere aber von den Insolvenz- und Sachwaltern der gruppenangehörigen Schuldner, ist. Eine wirksame Koordination ist denklogisch ausgeschlossen, wenn der Verfahrenskordinator im Lager eines Beteiligten steht. Sei es, dass er auch nur vorgeschlagen wird. Ein Vorschlag dürfte in den allerseltensten Fällen uneigennützig erfolgen. Insofern ist dem Gericht auch die Prüfung der Unabhängigkeit bei der Bestellungsentscheidung zugewiesen.

1.3 Zwischenergebnis

Es entspricht dem gesetzgeberischen Willen und auch der Systematik der InsO, dass auch im Koordinationsverfahren ausschließlich natürliche Personen zu bestellen sind. Bezüglich der Person des Verfahrenskordinators sollte ein besonderes Augenmerk auf dessen Unabhängigkeit gelegt werden.

Zur Verwirklichung eines geregelten Koordinationsverfahrens ist dies unabdingbar. Insofern wird der § 269e Abs. 1 Satz 2 InsO als „Muss-Vorschrift“ auszulegen sein.

Weitere Anforderungen an den Verfahrenskordinator, wie die vom Gesetzgeber ausdrücklich genannte Erfahrung als Mediator oder Vorkenntnisse in vorangegangenen Konzerninsolvenzen,²⁰⁾ erscheinen hilfreich, jedoch nicht absolut notwendig.

2. Aufgaben, Rechtsstellung und Befugnisse des Verfahrenskordinators

Der § 269f InsO regelt die Aufgaben, Rechtsstellung und Befugnisse des Verfahrenskordinators. Der Verfahrenskordinator hat gem. § 269f Abs. 1 Satz 1 InsO „für eine abgestimmte Abwicklung der Verfahren über die gruppenangehörigen Schuldner zu sorgen, soweit dies im Interesse der Gläubiger liegt“. Das Interesse der Gläubiger wird vom Gesetz nicht näher bestimmt. Aufschlussreicher ist der Blick in die Gesetzesbegründung. Demnach soll die par conditio creditorum nur für die Einzelverfahren gelten.²¹⁾ Eine Maßnahme des Verfahrenskordinators hingegen ist bereits dann im Interesse der Gläubiger i. S. d. § 269f Abs. 1 Satz 1 InsO, wenn eine *Pareto-Verbesserung*, also die Verbesserung in mindestens einem Verfahren ohne Nachteile in den anderen Verfahren, gegeben ist.²²⁾

2.1 Insbesondere Koordinationsplan

Gem. § 269f Abs. 1 Satz 2 InsO i. V. m. § 269h InsO kann im Interesse der Gläubiger insbesondere ein Koordinationsplan vorgelegt werden. § 269h Abs. 2 Satz 1 InsO konkretisiert dieses neu geschaffene Instrumentarium des Verfahrenskordinators dahingehend, dass alle Maßnahmen vorgeschlagen werden können, „die für eine abgestimmte Abwicklung der Verfahren sachdienlich sind“. Grundsätzlich handelt es sich bei dem Koordinationsplan allerdings um einen „kupierten Insolvenzplan“.²³⁾ Die Umsetzung erfolgt demnach ausschließlich durch Einzelpläne für die jeweiligen verfahrensangehörigen Unternehmen. Dabei sollen die Vorgaben des Koordinationsplans für die Einzelpläne nicht verbindlich sein.²⁴⁾ Eine mittelbare Bindungswirkung kann sich jedoch aus § 269i Abs. 1 Satz 2 InsO ergeben. Demnach ist jede Abweichung von dem Koordinationsplan durch den Insolvenzverwalter darzulegen und im Berichtstermin zu erläutern.²⁵⁾ Darüber hinaus besteht

13) Diskussionsentwurf Disk-E KIG, abrufbar unter: <https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Bibliothek/GesMat/WP18/K/Konzerninsolvenzen.html>, S. 8; Übersicht zur begrifflichen Änderung vom Koordinationsverwalter hin zum Verfahrenskordinator, siehe Smid (Fußn. 2), § 269e Rz. 2.

14) Andres/Möhlenkamp, BB 2013, 579, 586; Commandeur/Knapp, NZG 2013, 176, 178; Fölsing, ZInsO 2013, 413, 419; Pleister, ZIP 2013, 1013, 1014 f.

15) Mock, DB 2017, 951, 955; Wimmer/Wimmer, InsO, 9. Aufl., 2018, § 269e Rz. 13 m. w. N.

16) Begr RegE KIG BT-Drucks. 18/407, S. 35 f.

17) Im Ergebnis so auch: Wimmer/Wimmer (Fußn. 15), § 269e Rz. 13; a. A.: Pleister/Thewsinger, in: Flöther, Konzerninsolvenzrecht, 2. Aufl., 2018, § 4 Rz. 375; zudem Berner/Zenker, NZI-Beilage 2018, 30.

18) Begr RegE KIG BT-Drucks. 18/407, S. 35.

19) Instrukтив hierzu: Weitzmann, ZInsO 2017, 2491.

20) Begr RegE KIG BT-Drucks. 18/407, S. 36.

21) Begr RegE KIG BT-Drucks. 18/407, S. 37.

22) Begr RegE KIG BT-Drucks. 18/407, S. 37; zum Ganzen: Smid (Fußn. 2), § 269f Rz. 5 ff.

23) Begr RegE KIG BT-Drucks. 18/407, S. 39.

24) Begr RegE KIG BT-Drucks. 18/407, S. 39.

25) Begr RegE KIG BT-Drucks. 18/407, S. 39.

zudem das Risiko der Schadensersatzpflicht nach § 60 InsO bei Missachtung der Pflicht zur bestmöglichen Verwertung der Masse durch Abweichen vom Koordinationsplan.²⁶⁾

2.2 Sonstige Rechte des Verfahrenskordinators

Überdies steht dem Verfahrenskordinator ein Auskunftsanspruch gegen die einzelnen Insolvenzverwalter der gruppenangehörigen Schuldner gem. § 269f Abs. 2 Satz 2 InsO zu. Eingeschränkt wird dieser Auskunftsanspruch des Verfahrenskordinators, im Gegensatz zu § 269a Satz 1 InsO,²⁷⁾ gem. § 269f Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 InsO lediglich dahingehend, dass es sich um Informationen handeln muss, „die er für eine zweckentsprechende Ausübung seiner Tätigkeit benötigt“. Darunter dürften auch Auskunftsrechte in Bezug auf Anfechtungsmöglichkeiten innerhalb der konzerngebundenen Unternehmen gehören, denn genau diese Sachverhalte verlangen eine Koordination.

Zudem wird dem Verfahrenskordinator abweichend vom ausdrücklichen Wortlaut des § 269f Abs. 1 Satz 3 InsO ein allgemeines Teilnahme- und Rederecht in den jeweiligen Gläubigerversammlungen zugewilligt.²⁸⁾

Damit ist der Pflichten- und Rechtskreis des Verfahrenskordinators durch den Gesetzgeber jedoch allenfalls diffus umschrieben.²⁹⁾ Dem Verfahrenskordinator werden nur einige wenige Instrumente zur Hand gegeben. Die Wirksamkeit dieser Mittel muss jedoch ernsthaft bezweifelt werden, insbesondere vor dem Hintergrund, dass dem Verfahrenskordinator keine Zwangsrechte zur Durchsetzung zustehen. Selbst der eigentliche Kern der Arbeit des Verfahrenskordinators, der Koordinationsplan, ist allenfalls mittelbar bindend für die Insolvenzverwalter der einzelnen Verfahren. Insgesamt kommt dem Verfahrenskordinator der InsO demnach eine nachrangige Rolle zu. Bemerkenswert ist dies insbesondere deshalb, weil es eben dieser Gesetzgeber war, der den Verfahrenskordinator erst zur „Seele des gesamten Koordinationsverfahrens“³⁰⁾ hochstilisiert hat.

2.3 Analoge Anwendung der Vorschriften für den Sachwalter, §§ 274 ff. InsO

Dies wird jedoch der herausragenden Bedeutung des Verfahrenskordinators für die wirksame Insolvenzverwaltung innerhalb eines Konzerns nicht gerecht. Eine wirksame Koordination der einzelnen Verfahren einer Konzerninsolvenz wird nur möglich sein, wenn dem Verfahrenskordinator rechtliche Befugnisse eingeräumt werden, die diesem Sinn und Zweck gerecht werden. Dies kann durch die analoge Anwendung der §§ 274 ff. InsO, welche die Rechtsstellung des Sachwalters normieren, erreicht werden.

2.3.1 Planwidrige Regelungslücke

Das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke setzt voraus, dass es einer regelungsbedürftigen Materie an einer positiv gesetzlichen Regelung mangelt und der Gesetzgeber diese Lücke im positiven Recht unwissentlich herbeigeführt hat.³¹⁾ Die Lücke muss sich wiederum gerade aus einem unbeabsichtigten Abweichen des Gesetzgebers von seinem „- dem konkreten Gesetzgebungsvorhaben zugrunde liegenden - Regelungsplan ergeben“.³²⁾

Zunächst ist deshalb, auf Grundlage des bereits Dargestellten, der Regelungsplan des Gesetzgebers bezüglich der Regelung von Konzerninsolvenzen darzulegen. Intention des Gesetzgebers war es, das geltende Insolvenzrecht, das auf Einzelverfahren zugeschnitten ist, an die Anforderungen im Rahmen von Konzerninsolvenzen anzupassen.³³⁾ Dafür wurde insbesondere die Notwendigkeit für ein Koordinationsverfahren gesehen.³⁴⁾ Der Verfahrenskordinator übernimmt die Aufgabe der „Steuerung und Leitung des Gesamtprozesses“.³⁵⁾ Dem Verfahrenskordinator kommt, wie bereits an anderer Stelle erwähnt, eine herausragende Bedeutung zur Verwirklichung dieser Ziele zu.

Eine Regelungslücke bezüglich des Pflichten- und Rechtskreises des Verfahrenskordinators ist nach Auffassung der Verfasser unzweifelhaft gegeben. Zwar versucht der Gesetzgeber die Befugnisse des Verfahrenskordinators zu normieren. Die Umsetzung ist jedoch unzureichend. Dem Verfahrenskordinator werden keine wirksamen Rechte zugesprochen. Der Verfahrenskordinator ist gewissermaßen dem Wohlwollen der Verfahrensbeteiligten ausgesetzt. Ein Umstand, den der Gesetzgeber sogar erkannt hat,³⁶⁾ den Verfahrenskordinator jedoch *sehenden Auges*, ohne wirksame Möglichkeiten zur Erfüllung seiner gesetzlichen Pflicht normiert hat. Normiert wird hingegen in § 269f Abs. 1 Satz 1 InsO seine Pflicht zur wirksamen Koordination.³⁷⁾ Damit wird der Rechtskreis dem Pflichtenkreis des Verfahrenskordinators keineswegs gerecht.

Der Gesetzgeber hat hier eine Regelungslücke geschaffen, die insbesondere auch planwidrig ist, da der Gesetzgeber selbst die herausragende Stellung des Verfahrenskordinators *erkennt*, die zur Erfüllung dieser Aufgabe nötigen rechtlichen Befugnisse jedoch *verkennt*.

2.3.2 Vergleichbare Interessenlage

Darüber hinaus müssen die Interessen im Eigenverwaltungsverfahren und im Koordinationsverfahren vergleichbar sein. Dafür muss der „zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem vom Gesetzgeber geregelten Tatbestand vergleichbar [sein], dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie beim Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen.“³⁸⁾ Dafür

26) Begr RegE KIG BT-Drucks. 18/407, S. 39; Zur Haftung bei Abweichung vom Koordinationsplan: Pleister/Theusinger (Fußn. 17), § 4 Rz. 394.

27) Dazu: Berner/Zenker, NZI-Beilage 2018, 30, 31.

28) Brünkmans, Der Konzern 2017, 518, 523; Esser (Fußn. 4), § 269f Rz. 9 f.

29) So auch: Leithaus (Fußn. 4), §§ 269e, 269f Rz. 12.

30) Begr RegE KIG BT-Drucks. 18/407, S. 36.

31) BGH v. 13. 7. 1988 – IVa ZR 55/87, NJW 1988, 2734; BGH v. 13. 3. 2003 – I ZR 290/00, ZIP 2003, 1204 = NJW 2003, 1932, 1933, dazu EWIR 2003, 753 (Dertler); BGH v. 16. 7. 2003 – VIII ZR 274/02, ZIP 2003, 1502 = NJW 2003, 2601, 2603, dazu EWIR 2004, 51 (Moer).
32) BGH ZIP 2003, 1502 = NJW 2003, 2601, 2603.

33) Begr RegE KIG BT-Drucks. 18/407, S. 1.

34) Begr RegE KIG BT-Drucks. 18/407, S. 22 ff.

35) Begr RegE KIG BT-Drucks. 18/407, S. 22.

36) Begr RegE KIG BT-Drucks. 18/407, S. 22.

37) Begr RegE KIG BT-Drucks. 18/407, S. 36 ff.

38) BGH v. 17. 11. 2009 – XI ZR 36/09, ZIP 2010, 23, Rz. 23, dazu EWIR 2010, 45 (Clemente); BGH v. 21. 1. 2010 – IX ZR 65/09, ZIP 2010, 739 (m. Bespr. Mühlhner, S. 1934), Rz. 32, dazu EWIR 2010, 395 (Knof).

sprechen zunächst die tatsächlichen Umstände der beiden Verfahren.

Aufgabe des Sachwalters ist es, den eigenverwaltenden Schuldner zu beaufsichtigen.³⁹⁾ Aufgabe des Verfahrenskoordinators ist abstrakt gesprochen die Koordination der Konzerninsolvenz. Dass dies in der Praxis trotz des sprachlichen Unterschieds zu nur geringen Unterschieden führt, zeigt das Folgende: Sowohl der eigenverwaltende Schuldner als auch die Insolvenzverwalter in den einzelnen Verfahren der Konzerninsolvenz behalten die vollständige Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis. Zudem haben weder der Sachwalter⁴⁰⁾ noch der Verfahrenskoordinator⁴¹⁾ ein Weisungsrecht oder gesetzlich verankerte Zwangsrechte. Beide stehen demnach über dem eigentlichen Verfahren und sind nach Auffassung des Gesetzgebers von herausragender Bedeutung für das Gelingen des jeweiligen Verfahrens.⁴²⁾ Dementsprechend ähnlich sind auch die tatsächlichen, in der Praxis anfallenden Aufgaben beider. Für den Sachwalter normiert der Gesetzgeber, dass er vor allem Prüfung-, Überwachungs- und Mitwirkungskompetenzen hat.⁴³⁾ Diese Aufgaben wird auch der Verfahrenskoordinator zu bewältigen haben. Insbesondere wird auch der Verfahrenskoordinator beispielsweise im Rahmen des Koordinationsplans nicht um die Prüfung der (aktuellen) Geschäftsunterlagen umhinkommen. Weiterhin wird eine effektive Koordinierung nur möglich, wenn der Verfahrenskoordinator die einzelnen Insolvenzverwalter dahingehend kontrolliert, ob diese Maßnahmen vornehmen oder unterlassen, die für das Gelingen der gesamten Konzerninsolvenz bedeutsam sind. Nur beispielhaft sei hier auf die konzerninterne Insolvenzanfechtung und ihre Auswirkung für das Gelingen der Konzerninsolvenz genannt.⁴⁴⁾

Unverständlich ist deshalb, dass der Gesetzgeber bei der offensichtlich vergleichbaren Lage beider gänzlich unterschiedliche Pflichten- und Rechtskreise normiert hat. Ist doch bereits seit längerem die Bewältigung von Konzerninsolvenzen durch die Eigenverwaltung diskutiert worden.⁴⁵⁾

Warum der Gesetzgeber für den Sachwalter eine überwachende Rolle und für den Verfahrenskoordinator lediglich die eines Mediators vorsieht, leuchtet nicht ein. Insbesondere wenn man sich vor Augen führt, dass koordinieren eben erst dann wirksam möglich ist, wenn dem Verfahrenskoordinator wirksame Werkzeuge an die Hand gegeben werden.

Nach Auffassung der Verfasser ist deshalb auch eine Vergleichbarkeit der Interessen im Eigenverwaltungsverfahren und im Koordinationsverfahren gegeben, sodass die Vorschriften bezüglich der Rechtsstellung des Sachwalters aus den §§ 274 ff. InsO analog auf den Verfahrenskoordinator zur Anwendung zu bringen sind.

2.4 Praktische Folgen

Freilich kann dies nicht eine umfassende analoge Anwendung der Vorschriften bedeuten. Dies ergibt sich für einen Teil der Aufgaben des Sachwalters bereits aus der Natur der Sache, so z. B. für die Überwachung der Ausgaben für die Lebensführung (§ 274 Abs. 2 InsO). Die folgenden Aufgaben des Sachwalters sollen jedoch nach Auffassung der Verfasser für den Ver-

fahrenskoordinator, über die in § 269f InsO normierten Aufgaben hinaus, anwendbar sein:

- Prüfung der wirtschaftlichen Lage der gruppenangehörigen Schuldner und Überwachung der Einzelverwalter § 274 Abs. 2 InsO analog;
- Anzeige von Umständen, die erwarten lassen, dass die Konzerninsolvenz zu Nachteilen für die Gläubiger führt, § 274 Abs. 3 InsO analog;
- Prüfung der Zahlungsunfähigkeit und Anzeige der Masseunzulänglichkeit, § 285 InsO analog.

3. Haftung des Verfahrenskoordinators

Unter Zugrundlegung des unter II 2 dargestellten Pflichten- und Rechtskreises des Verfahrenskoordinators kann nunmehr das Haftungsregime desselben bestimmt werden. Wie bereits dargestellt, sollen ihm in analoger Anwendung des Pflichten- und Rechtskreises des Sachwalters insbesondere Prüfungs- und Überwachungskompetenzen zukommen. Dies ist auch aus haftungssystematischen Erwägungen schlüssig, da sowohl für den Sachwalter (§ 274 Abs. 1 InsO) als auch den Verfahrenskoordinator (§ 269f Abs. 3 InsO) die entsprechende Anwendung des § 60 InsO vorgesehen ist. Der Verfahrenskoordinator haftet also für Schäden, die aufgrund schuldhafter Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten verursacht werden. Prüfungsmaßstab ist die vergleichende Betrachtung mit der ordnungsgemäßen Amtsführung eines Verfahrenskoordinators.⁴⁶⁾ Dieser Maßstab wird sich in Anbetracht der nur geringen Anzahl der Fälle⁴⁷⁾ freilich erst mit der Zeit herausbilden können. Disziplinierend auf den Verfahrenskoordinator wirkt die Haftungsanordnung jedoch allemal.

Im Schrifttum ist indes die Meinung vorherrschend, dass eine Haftung nach § 60 InsO eingeschränkt sei, da der Nachweis eines kausalen Schadens, verursacht durch Maßnahmen des Verfahrenskoordinators, schwerlich denkbar sei.⁴⁸⁾ Begründet wird dies überwiegend mit dem nur begrenzten gesetzlichen Pflichten- und Rechtskreis. *Thole* geht unterdessen von einem Haftungsrisiko des Verfahrenskoordinators für einen ex ante untauglichen Koordinationsplan aus.⁴⁹⁾

39) MünchKomm-Teilziff, InsO, 3. Aufl., 2014, Vorbemerkungen vor §§ 270 – 285 Rz. 5, unter Hinweis auf den RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 227 ff., in dem eine Eigenverwaltung noch ohne Aufsicht des Sachwalters diskutiert wurde.

40) KPB/Pape, InsO, Stand: 7/2012, § 274 Rz. 72.

41) Ausführlich: *Berner/Zenker*, NZI-Beilage 2018, 30.

42) Das zeigt sich für den Verfahrenskoordinator bereits an der vielzitierten Formulierung der Verfahrenskoordinator sei die Seele des gesamten Koordinationsverfahrens. Für den Sachwalter ergibt sich dies unweigerlich bereits aus der Historie der VerglO und dem Umstand, dass im Vergleich zum RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 227 ff. eine Eigenverwaltung nur mit einem Sachwalter möglich ist.

43) *Rigger*, in: *Nerlich/Römermann*, InsO, 35. Erg.-Lfg., 2018, § 274 Rz. 2.

44) Instrukтив hierzu bereits *Werner/Schuster*, ZIP 2008, 1512; dazu auch *Thole*, in: *Flöther*, Konzerninsolvenzrecht, 2. Aufl., 2018, § 4 Rz. 402 ff.

45) Überblick: *K. Schmidt/Umdritz*, InsO, Vorbemerkungen zu §§ 270 – 285 Rz. 10.

46) *Wimmer/Wimmer* (Fußn. 15), § 269f Rz. 30.

47) Vgl. *Blankenburg*, ZInsO 2019, 169, der bereits jetzt zu dem Schluss kommt, dass das Konzerninsolvenzrecht keinesfalls zu einem Schwerpunkt der insolvenzrechtlichen Praxis werden würde.

48) *Leithaus* (Fußn. 4), §§ 269e, 269f Rz. 12; *Uhlenbruck/Mock* (Fußn. 5), § 269f Rz. 22; *Wimmer/Wimmer* (Fußn. 15), § 269f Rz. 28, 31; weiter *Esser* (Fußn. 4), § 269f Rz. 24 ff., der eine Haftung des Verfahrenskoordinators insbesondere für falsche Informationen im Rahmen der Koordinierung annimmt; auch *Gelbrich/Flöther* (Fußn. 4), § 269f Rz. 26, die eine Haftung jedenfalls für so erheblich halten, dass eine ausreichende Berufshaftpflichtversicherung unerlässlich sei.

49) *Thole*, Der Konzern 2013, 182, 183 f.; a. A.: *Esser* (Fußn. 4), § 269f Rz. 26; skeptisch *Wimmer/Wimmer* (Fußn. 15), § 269f Rz. 31.

Wie oben bereits gezeigt, ist es jedoch für eine wirksame Koordinierung unumgänglich, dem Verfahrenskordinator einen extensiven Pflichten- und Rechtskreis zuzubilligen. Dem Verfahrenskordinator werden durch die analoge Anwendung der §§ 274 ff. InsO die nötigen Rechte zur Verfügung gestellt, um den Herausforderungen einer Konzerninsolvenz zu begegnen. Folgerichtig orientiert sich die Haftung des Verfahrenskordinators nach der Auffassung der Verfasser an diesem Pflichten- und Rechtskreis. In concreto heißt dies, dass der Verfahrenskordinator auch haftet, wenn er die ordnungsgemäße Prüfung der wirtschaftlichen Lage der gruppenangehörigen Schuldner und die Überwachung der Einzelverwalter § 274 Abs. 2 InsO analog unterlässt. Zudem wenn er die Anzeige nach § 274 Abs. 3 InsO analog unterlässt. Eine Pflicht zur Anzeige nach § 274 Abs. 3 InsO könnte sich beispielsweise ergeben, wenn sich einer der Einzelverwalter beharrlich weigert, Maßnahmen zu unterlassen, die die Wirksamkeit des Konzerninsolvenzverfahrens insgesamt gefährden. Kommt es in Folge der unterlassenen oder fehlerhaften Prüfung der Zahlungsfähigkeit der schuldnerischen Unternehmen zu einer verspäteten oder unterlassenen Anzeige der Masseunzulänglichkeit, verletzt der Verfahrenskordinator seine Pflichten aus § 285 InsO analog und ist demnach haftbar nach § 60 InsO. Das Gleiche gilt bereits bei drohender Masseunzulänglichkeit.⁵⁰⁾ Selbstverständlich wird jedoch zu berücksichtigen sein, dass der Verfahrenskordinator regelmäßig erst verzögert über die Informationen aus den Einzelverfahren verfügen kann.⁵¹⁾ Auch insoweit wird die Haftung des Verfahrenskordinators in der Praxis eine Begrenzung erfahren.⁵²⁾

Im Ergebnis ergibt sich jedoch aus dem extensiveren Pflichten- und Rechtskreis des Verfahrenskordinators auch ein größeres Haftungspotenzial. Aus einem bloßen Hinschauen wird im Rahmen der Koordination eine Verpflichtung zum Hinter-die-Kulissen-Schauen. Dies dient der Vermeidung eigener Haftung.

III. Fazit

Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen vom 21. 4. 2018 wurde ein

erster Schritt zu einem wirksamen Konzerninsolvenzrecht in Deutschland gemacht. Es ist jedoch auch evident, dass die derzeitigen Mechanismen kaum zu einer wirksamen Koordinierung der Einzelverfahren im Rahmen einer Konzerninsolvenz führen können. Zustimmungswürdig ist zunächst die Intention des Gesetzgebers, dem Verfahrenskordinator eine herausragende Stellung innerhalb des Koordinationsverfahrens zukommen zu lassen. Die gesetzgeberische Umsetzung ist jedoch unzureichend. Insbesondere bedarf es entgegen des missverständlichen Wortlauts des Gesetzestextes und der Begründung unbedingt der Bestellung einer natürlichen Person. Zudem muss der Verfahrenskordinator von allen Beteiligten unbedingte Unabhängigkeit nachweisen, um das Gelingen des Koordinationsverfahrens zu sichern. Der ausdrücklich normierte Rechtskreis des Verfahrenskordinators bleibt unterdessen hinter der gesetzlichen Verpflichtung zur wirksamen Koordination der Verfahren zurück. Wirksame Mittel, um seinem gesetzlichen Auftrag nachzukommen, werden dem Verfahrenskordinator nicht zur Verfügung gestellt. Es ist deshalb nach Auffassung der Verfasser unerlässlich, dass der Rechtskreis des Verfahrenskordinators erweitert wird. Zielführend kann dies durch die analoge Anwendung der §§ 274 ff. InsO auf den Verfahrenskordinator geschehen. Demnach ist der Verfahrenskordinator zur Prüfung der wirtschaftlichen Lage der gruppenangehörigen Schuldner und Überwachung der Einzelverwalter § 274 Abs. 2 InsO analog verpflichtet. Zudem besteht eine Verpflichtung des Verfahrenskordinators bei Vorliegen der Voraussetzungen, die entsprechenden Anzeigen gem. § 274 Abs. 3 und § 285 InsO analog abzugeben. Damit geht folgerichtig ein höheres Haftungsrisiko des Verfahrenskordinators einher. Dies entspricht jedoch dem Sinn und Zweck des Koordinationsverfahrens. Zudem ist wie beim Sachwalter eine entsprechende Begrenzung der Haftung sinnvoll.

50) HambKomm-Fiebig, InsO, 7. Aufl., 2019, § 285 Rz. 2.

51) Für den Sachwalter so auch: Schulte-Kaubrügger, ZIP 2019, 345, 350.

52) Zustimmungswürdig bezüglich der Verdoppelung der Haftungssubjekte: Schulte-Kaubrügger, ZIP 2019, 345, 351.

Alexander Reuter^{*)}

Diskussionsvorschlag: Für eine stärkere Berücksichtigung der Grundrechte der Anteilseigner bei Unternehmenssanktionen

Die Große Koalition plant, Unternehmenssanktionen zu verschärfen. Nach Ansicht des Verfassers liegt dies im Trend, verletzt aber die Grundrechte der Anteilseigner. Diese sind es, die in der Sache getroffen werden. Die Anteilseigner sind aber in aller Regel nicht für Rechtsverstöße verantwortlich, die Organe oder Mitarbeiter im Unternehmen begehen; in Aktiengesellschaften schneidet § 76 AktG ihnen die Teilhabe an der Geschäftsführung sogar bewusst ab. Im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Gegebenheiten lassen sich die gesetzgeberischen Ziele der Verhaltenssteuerung durch Bußgeld oder Strafe (General- oder Spezialprävention) bei den Anteilseignern mithin nicht erreichen.

Ungeeignete Grundrechtseingriffe sind jedoch verfassungswidrig. Der Verfasser legt vor diesem Hintergrund einen Diskussionsvorschlag vor, mit dem sich aus seiner Sicht das Vorhaben der Koalition in verfassungsfestere Bahnen lenken ließe. Nach dem Vorschlag sollen Unternehmen nur dann sanktioniert werden können, wenn der Rechtsverstoß, den Organe oder Mitarbeiter aus dem Unternehmen heraus begangen haben, den Anteilseignern wenigstens in einem Mindest-

^{*)} Prof. Dr. iur., Attorney-at-Law (New York), Rechtsanwalt in Köln und Partner bei GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwältinnen mbB