

Betriebs Berater

13/14|2018

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **DIS-SchO 2018** ... **BetrAVG** ... Recht ... Wirtschaft ...

26.3.2018 | 73. Jg.
Seiten 705–768

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Edgar Ernst

Schlanker Geschäftsbericht: Modell mit Zukunft?

WIRTSCHAFTSRECHT

Karl Pörnbacher, RA, und **Dr. Nadine Lederer**, LL.M., RAin

Die Reform der DIS-Schiedsgerichtsordnung | 707

Steffen Schneider, RA/FAInsR/Maitre en droit privé/Mediator, und **Carl-Christian Kramer**, RA/Mediator

Neues Konzerninsolvenzrecht: effektivere Verfahren durch Mediation | 713

STEUERRECHT

Dipl.-Finw. (FH) **Dr. Carsten Höink**, RA/StB, und **Marius Langenhövel**, LL.M., RA

BB-Rechtsprechungsreport: die Highlights der EuGH-Rechtsprechung zur Umsatzsteuer 2017 – Teil II | 727

Prof. Dr. Sascha Gieseler

Einheitliche Leistungen im Umsatzsteuerrecht – ein Ausblick auf die Auswirkungen des EuGH-Urteils „Stadion Amsterdam“ | 734

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Holger Kahle

Steuerliche Gewinnermittlung bei Personengesellschaften:
Gleichstellungsthese in der Diskussion | 747

ARBEITSRECHT

Dr. Julia Pfrogner, RAin

Flexibilität und Risikominimierung durch Ermessensbonus | 757

Dr. Nils Börner, RA, und **Philipp A. Lämpe**, RA

Aktuelle Entwicklungen zur Anpassungsprüfung von Betriebsrenten nach § 16 Abs. 1 BetrAVG | 761

Steffen Schneider, RA/FAInsR/Maitre en droit privé/Mediator, und
 Carl-Christian Kramer, RA/Mediator*

Neues Konzerninsolvenzrecht: effektivere Verfahren durch Mediation

Der Beitrag erscheint inmitten aktueller Gesetzesreformen bzw. Reformvorhaben, die alle das Ziel der besseren, schnelleren und günstigeren Abwicklung von Krisensituationen verfolgen. Dazu wird in allen Reformen eine neue Position geschaffen, die an das Leitbild eines Mediators anknüpft. Der Beitrag dient der besseren Bewältigung der Krisen von Unternehmensgruppen und der Betrachtung der aktuellen Reformen insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Konfliktbewältigung. Er richtet sich an Fachkreise, d. h. an Sanierungsberater (rechtlich und finanzwirtschaftlich), an Insolvenzrichter, an Insolvenzverwalter und alle, die aus beruflicher Sicht mit Krisen von Unternehmen in Berührung kommen und damit auch an Inhaber und Geschäftsführer von Unternehmensgruppen.

I. Einführung

Seit Mitte 2016 enthält die Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 über Insolvenzverfahren, abgekürzt „EUInsVO“, Regelungen über die Abwicklung von Insolvenzen von Konzernen (auch Unternehmensgruppen genannt). Ab dem 21.4.2018 treten auf nationaler deutscher Ebene ähnliche Regelungen in Kraft – sie sind in der Insolvenzordnung verankert. Schließlich arbeitet die EU an einer Richtlinie für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren, dessen erster Entwurf bereits auf den 22.11.2016 datiert. Alle Reformen verfolgen das Ziel der besseren, schnelleren und günstigeren Abwicklung von Krisensituationen. Dazu wird in allen Gesetzesreformen eine neue Position geschaffen, die an das Leitbild eines Mediators anknüpft.

Damit folgen die EU und Deutschland einem Trend: Weltweit findet der Einsatz der Mediation im Umfeld der Unternehmenskrise und der Insolvenz zunehmend Anerkennung.¹ In den USA wird sie im Chapter 11-Verfahren regelmäßig eingesetzt. Auch in einigen Mitgliedstaaten der EU ist die Mediation bereits Teil des Werkzeugkastens der Sanierungsinstrumente. Beispielsweise findet sich im Spanischen Insolvenzrecht bereits seit 2013 ein Kapitel, das sich mit dem Insolvenzmediator und der außergerichtlichen vergleichswisen Bereinigung von Verbindlichkeiten befasst.²

II. Typische Beteiligte und typische Konfliktpotentiale in Restrukturierungen

In einer Restrukturierungssituation kommt es typischerweise zu vielschichtigen Konflikt-Konstellationen unter den Beteiligten. Dabei handelt es sich selten nur um 1 zu 1-Situationen. Vielmehr stehen sich häufig mehrere Parteien/Gruppen mit unterschiedlichsten Interessen gegenüber. Dies sei zusammenfassend und vereinfacht in folgendem Pie-Chart dargestellt:

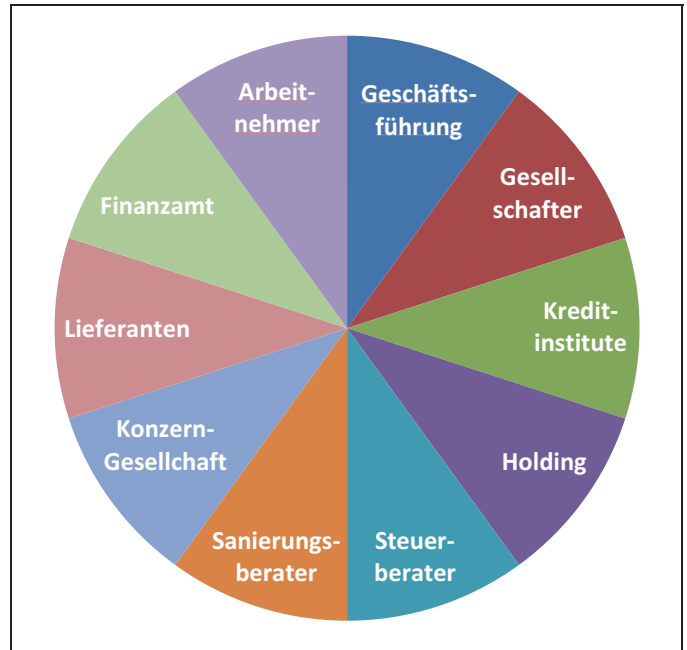


Abbildung 1: Beteiligte einer Restrukturierungssituation

Die Beteiligten haben oder äußern dabei vordergründig bestimmte Forderungen, z. B.: „Ich will mein Geld zurück.“/„Ich hole meine unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware im Lager ab.“ Mit diesen Forderungen oder Positionen nicht notwendig deckungsgleich sind die tatsächlich dahinter stehenden Interessen der Beteiligten. Im Anschluss an die o.g. Beispiele könnten diese lauten: „Ich möchte zwar einen Großteil meines Geldes zurück, aber unbedingt öffentlichen Streit vermeiden.“/„Ich möchte meinen Kunden nicht verlieren.“ Restrukturierungssituationen sind außerdem oft das Ergebnis von bereits seit längerem bestehenden Auseinandersetzungen, die auch in emotionaler Hinsicht nicht spurlos an den Beteiligten vorbeigehen – häufig haben sich die Beteiligten in unterschiedlichen Konstellationen gegeneinander aufgegeben.

III. Bedeutung der Mediation

Die Mediation hat sich in den letzten Jahren zu einem wichtigen und gerade bei Wirtschaftskonflikten zunehmend genutzten Instrument der Streitbeilegung entwickelt. Konflikte lassen sich in einer Media-

* Ein Dank für ihre Unterstützung geht an Frau Rechtsanwältin Dr. Simone Wernicke, Fachanwältin für Arbeitsrecht und ebenfalls bei BBL Bernsau Brockdorff tätig.

1 Bob Wessels, „Mediation in restructuring and insolvency“, Tijdschrift voor Arbitrage 2016/03, p. 59 et seq.

2 Art. 233 Ley-Royal 14/2013 vom 28.9.2013.

tion häufig wesentlich schneller, ressourcenschonender und zugleich diskreter bewältigen als in einer klassischen gerichtlichen Auseinandersetzung. Es drängt sich daher geradezu auf, die Techniken der Mediation auch für die Bewältigung der oben skizzierten, typischen Konfliktsituationen bei Restrukturierungen zu nutzen.

Mit dem Begriff der Mediation lässt sich eine Reihe von konzeptionell unterschiedlich ausgestalteten Verfahren bezeichnen, denen eines gemeinsam ist: Es wird ein vertraulicher Verhandlungsrahmen geschaffen, innerhalb dessen die Konfliktparteien möglichst selbst zu einer Lösung ihres Konfliktes gelangen sollen.

Hierbei werden die Parteien durch den Mediator unterstützt. Der Mediator ist nicht Teilnehmer oder gar Partei der Verhandlung, sondern er moderiert sie. Er hat im Regelfall auch keine Entscheidungsgewalt, sondern er unterstützt die Parteien in ihren Verhandlungen. „Der Mediator vertritt keine Partei und ist allein dazu verpflichtet, ein Verfahren der Streitschlichtung zu moderieren, wobei er dem Grundsatz der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit verpflichtet ist.“³ Ein guter Mediator kann durch positive Beeinflussung der Verhandlungsdynamik und bei Anwendung bestimmter kommunikativer Techniken zur Entwicklung eines gemeinsamen Sachverhaltsverständnisses und zu einer umfassenden Würdigung ihrer Positionen, Interessen und Lösungsmöglichkeiten animieren, wie sie in dem vorausgegangenem Gespräch nur zwischen den Parteien regelmäßig nicht stattgefunden hat.⁴ Dabei muss ein Mediator (i) Menschen und Probleme voneinander trennen (d.h. den Streit entemotionalisieren, um auf die Sachebene zu gelangen), (ii) die tatsächlichen Interessen der Parteien herausarbeiten (um von den Positionen wegzukommen), (iii) Lösungsmöglichkeiten erarbeiten lassen (d.h. alternative Wahlmöglichkeiten erarbeiten) und (iv) die Einigung auf objektive Kriterien herbeiführen (bspw. Gesetze, Bewertungsmethoden, Präzedenzfälle).⁵

Kennzeichen eines Mediationsverfahrens ist ferner, dass die Teilnahme daran freiwillig ist und die Beteiligten von diesem jederzeit wieder Abstand nehmen können. Das Mediationsverfahren hat auf nationaler deutscher Ebene einen gesetzlichen Rahmen in Form des Mediationsgesetzes (MediationsG) erhalten. § 1 MediationsG beschreibt die Mediation und den Mediator:

„Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konfliktes anstreben“ (Abs. 1). „Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt“ (Abs. 2).

IV. Überblick über das neue europäische und nationale Konzerninsolvenzrecht

Bei nationalen und grenzüberschreitenden Konzerninsolvenzen entstehen Konflikte häufig zwischen unterschiedlichen Insolvenzverwaltern, Insolvenzgerichten und ggf. auf unterschiedlichen Gläubigerausschüssen (vgl. Abb. 2).

Zum Zwecke der besseren Kommunikation, Konfliktvermeidung und -bewältigung haben daher sowohl die EU als auch der deutsche Gesetzgeber Regelungen eingeführt, die erstmals die Konstellation mehrerer Insolvenzen innerhalb einer Unternehmensgruppe berücksichtigen. Dazu wurde unter anderem auch die neuartige Position eines zentralen Koordinators geschaffen. Im Einzelnen:

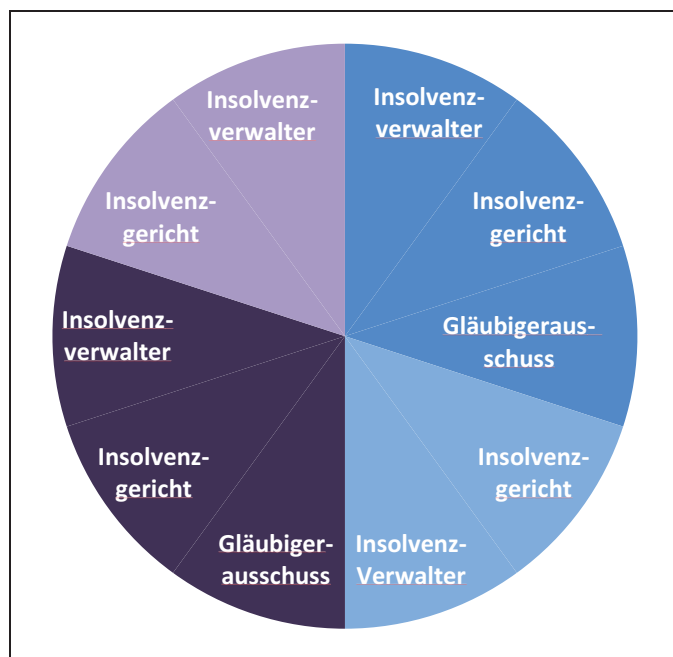


Abbildung 2: Konflikte zwischen unterschiedlichen Insolvenzverwaltern, -gerichten und ggf. Gläubigerausschüssen

1. Das Konzerninsolvenzrecht der EU

Die jüngst reformierte EuInsVO hat am 26.6.2017 ein Konzerninsolvenzrecht eingeführt, welches einen deutlichen Schwerpunkt auf die bessere Koordination von Insolvenzen von Gruppengesellschaften bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren in mehreren EU-Mitgliedstaaten (außer Dänemark und bald England) legt. Dabei spielen u. a. die Kommunikation unter Insolvenzgerichten, Insolvenzverwaltern und Gläubigerausschüssen eine große Rolle. Außerdem können mehrere Insolvenzverfahren in einem Koordinationsverfahren mit einem Koordinationsplan, also einem Sanierungsplan für mehrere Gruppengesellschaften, im Sinne einer geordneten Sanierung koordiniert werden. Die Koordination kann durch einen gerichtlich zu bestellenden Koordinator begleitet werden.

2. Das Konzerninsolvenzrecht in Deutschland

Mit der Einführung ergänzender Vorschriften in die Insolvenzordnung wird am 21.4.2018 ebenfalls ein (nationales) Konzerninsolvenzrecht in Kraft treten, welches auch Schwerpunkte auf die Kommunikation der oben bereits benannten Beteiligten und einen Koordinationsplan legt. Ein weiterer Schwerpunkt ist die Bündelung von unterschiedlichen Gerichtsständen auf möglichst einen sog. Gruppen-Gerichtsstand, also die Bündelung von Insolvenzverfahren mehrerer Konzerngesellschaften an einem Insolvenzgericht. Ebenso möchte die Reform die Möglichkeit verbessern, bei einer Konzerninsolvenz eine Person zum Insolvenzverwalter oder Sachwalter für möglichst viele Konzerngesellschaften zu bestellen. Des Weiteren führt die Reform die Position eines Verfahrenskoordinators ein, der insbesondere bei der Bestellung personenverschiedener Insolvenzverwalter die Koordination der Verfahren übernehmen soll.

3 OLG Hamm, 20.10.1998 – 28 U 79/97, MDR 1999, 836.

4 Duvé/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft – Wege zum professionellen Konfliktmanagement, 2. Aufl. 2011, S. 87.

5 Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, 25. Aufl., 2015, Einleitung.

3. Das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren der EU

Schließlich soll in den kommenden Jahren eine Einigung in der EU über eine Richtlinie⁶ zur Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens gefunden werden, welches dann zeitversetzt in nationales Recht umzusetzen ist. Angelehnt an das im deutschen Recht verankerte Institut des Insolvenzplans, soll möglichst weit vor dem Eintreten der Insolvenz ein Restrukturierungsplan in dem gesetzlichen Rahmen zwischen Unternehmen/Konzernen und seinen Gläubigern verhandelt und vereinbart werden können, wobei das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren dabei in erster Linie auf eine finanzielle Restrukturierung von Unternehmen/Konzernen in Zusammenarbeit mit den Kreditinstituten und sonstigen Finanzierern abzielt. Der derzeitige Richtlinienentwurf führt die Position eines Restrukturierungsverwalters ein, der den Schuldner im Rahmen der Sanierung unterstützen und überwachen soll.

V. Die neu geschaffenen Positionen im Konzerninsolvenzrecht der EU, in Deutschland und im vorinsolvenzrechtlichen Sanierungsverfahren

Im Folgenden werden die neu geschaffenen Positionen in der EuInsVO, in der InsO und im vorinsolvenzlichem Sanierungsverfahren beleuchtet. Dabei wird auch das rechtliche Umfeld dieser Positionen in der EuInsVO und in der InsO analysiert:

1. Verfahrenskoordination im europäischen Konzerninsolvenzrecht

Ein Gruppen-Koordinationsverfahren unter der EuInsVO wird auf Antrag eines Insolvenzverwalters eines Mitglieds der Unternehmensgruppe eingeleitet. Der Antrag kann bei jedem Gericht, welches für ein Gruppenmitglied zuständig ist, gestellt werden, Art. 61 EuInsVO. Bei mehreren Anträgen an unterschiedlichen Gerichten ist das zuerst angerufene Gericht zuständig, Art. 62 EuInsVO. Stimmen allerdings 2/3 der beteiligten Insolvenzverwalter der Gruppenmitglieder für ein anderes zuständiges Gericht eines anderen Mitgliedstaates, so ist dieses Insolvenzgericht zuständig, Art. 66 EuInsVO.⁷

Eine Unternehmensgruppe wird in Art. 2 Nr. 13 und 14 der EuInsVO wie folgt legal definiert:

Nr. 13 „Unternehmensgruppe“ ein Mutterunternehmen und alle seine Tochterunternehmen

Nr. 14 „Mutterunternehmen“ ein Unternehmen, das ein oder mehrere Tochterunternehmen entweder unmittelbar oder mittelbar kontrolliert. Ein Unternehmen, das einen konsolidierten Abschluss gemäß der Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates (15) erstellt, wird als Mutterunternehmen angesehen.

Charakteristisch für das Gruppen-Koordinationsverfahren ist seine weitgehende Unverbindlichkeit. So können die Verwalter einzelner Gruppenmitglieder innerhalb von 30 Tagen Einwände gegen die Einbeziehung ihres Gruppen-Mitglieds in das Gruppen-Koordinationsverfahren und gegen die Person des Koordinators erheben. Einwände gegen die Einbeziehung in das Gruppen-Koordinationsverfahren führen dazu, dass das Verfahren nicht mit in das Gruppen-Koordinationsverfahren einbezogen wird („Opt-out“); Einwände gegen die Person des Koordinators können zur Nichtbestellung durch das Gericht führen. Gruppen-Mitglieder können aber nachträglich wieder in das Gruppen-Koordinationsverfahren eintreten („Opt-in“).⁸

Gruppen-Koordinationsverfahren können auch mit deutschen Unternehmen durchgeführt werden, die ein Eigenverwaltungsverfahren gem. §§ 270 ff. InsO durchlaufen. Insoweit ist die Regelung zum Anwendungsbereich der EuInsVO (Art. 1) bewusst weit gehalten.⁹ Ebenso sind vorläufige Regelinsolvenzverfahren und vorläufige Eigenverwaltungsverfahren in den Anwendungsbereich der EuInsVO mit einbezogen.¹⁰

a) Vorschlag und Bestellung des Koordinators

Der Koordinator wird vom Antragsteller, einem Insolvenzverwalter eines Gruppenmitglieds (im Rahmen des Antrags auf Einleitung des Koordinationsverfahrens) vorgeschlagen, Art. 61 Abs. 3 EUInsVO und die Bestellung erfolgt durch das zuständige Gericht, Art. 68 Abs. 1 EuInsVO.¹¹

Der Koordinator muss eine unabhängige Person sein, d. h. er darf weder ein Verwalter eines Gruppenmitglieds sein noch darf er einen Interessenkonflikt in Bezug auf ein Gruppenmitglied (z. B. durch vorherige Beratung), einen Gläubiger eines Gruppenmitglieds (z. B. bei rechtlicher Vertretung eines Kreditinstituts) oder einen Verwalter eines Gruppenmitglieds (z. B. Partner/Kollege in der gleichen Sozietät, str.) haben.¹²

Der vorgeschlagene Koordinator muss geeignet sein, nach dem Recht eines Mitgliedstaates als Insolvenzverwalter tätig zu werden. Ausreichend ist daher die Eignung in irgendeinem Mitgliedstaat. Nicht erforderlich ist, dass er auch am Gericht des Gruppen-Koordinationsverfahrens als Verwalter bestellt wird.¹³

b) Aufgaben des Koordinators¹⁴

Der Koordinator soll Empfehlungen zur Koordination der Insolvenzverfahren aussprechen.¹⁵

Der Koordinator soll des Weiteren einen Gruppen-Koordinationsplan vorlegen, der einen Maßnahmenkatalog zur Insolvenzbewältigung von Gruppenmitgliedern festlegt. Hierzu soll er bestimmte Vorschläge formulieren, die (nicht abschließend) folgende Aspekte beinhalten können:¹⁶

- Die Wiederherstellung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der einzelnen Unternehmen und der Unternehmensgruppe;
- die Beilegung gruppeninterner Konflikte;
- vertragliche Vereinbarungen zwischen Insolvenzverwaltern.

Der Koordinator hat außerdem weitreichende Anhörungs- und Mitwirkungsrechte:¹⁷ Er hat ein Anhörungs- und Teilnahmerecht in den einzelnen Insolvenzverfahren, z. B. in den Gläubigerversammlungen.

6 Derzeitiger Stand: Richtlinienentwurf vom 22.11.2016, 2016/0359 (COD).

7 LaRoche, ZInsO 2017, 2585, 2593 f., Madaus, in: Vallender, EuInsVO Kommentar, 2017, Art. 61, Rn. 8; möchte ein deutscher Insolvenzverwalter ein Gruppen-Koordinationsverfahren unter der EuInsVO beantragen und ist ein solches Verfahren von besonderer Bedeutung (Anm.: das wird wohl regelmäßig der Fall sein), muss er sich die Zustimmung von Gläubigerversammlung oder Gläubigerausschusses gem. §§ 160, 161 InsO einholen, Art. 102c § 23 Abs. 1 EGlInsO.

8 LaRoche, ZInsO 2017, 2585, 2594.

9 Vallender, in: Vallender, EuInsVO Kommentar, 2017, Art. 1, Rn. 11.

10 Vallender, in: Vallender, EuInsVO Kommentar, 2017, Art. 1, Rn. 25 ff.

11 LaRoche, ZInsO 2017, 2585, 2594, Madaus, in: Vallender, EuInsVO Kommentar, 2017, Art. 61, Rn. 4.

12 LaRoche, ZInsO 2017, 2585, 2594; Wenner/Schuster, in: Wimmer, FK-InsO, 9. Aufl. 2018, EuInsVO Art. 71, Rn. 4 ff.; Fritz, in: Vallender, EuInsVO Kommentar, 2017, Art. 71, Rn. 5 ff.

13 Fritz, in: Vallender, EuInsVO Kommentar, 2017, Art. 71, Rn. 9.

14 Art. 72 EuInsVO.

15 LaRoche, ZInsO 2017, 2585, 2594; Wenner/Schuster, in: Wimmer, FK-InsO, 9. Aufl. 2018, EuInsVO Art. 72, Rn. 3; Fritz, in: Vallender, EuInsVO Kommentar, 2017, Art. 72, Rn. 11 ff.

16 LaRoche, ZInsO 2017, 2585, 2594; Wenner/Schuster, in: Wimmer, FK-InsO, 9. Aufl. 2018, EuInsVO Art. 72, Rn. 4 f.; Fritz, in: Vallender, EuInsVO Kommentar, 2017, Art. 72, Rn. 15 ff.

17 LaRoche, ZInsO 2017, 2585, 2594; Wenner/Schuster, in: Wimmer, FK-InsO, 9. Aufl. 2018, EuInsVO Art. 72, Rn. 7 ff.; Fritz, in: Vallender, EuInsVO Kommentar, 2017, Art. 72, Rn. 35 ff.

- Er soll ferner bei Streitigkeiten zwischen Insolvenzverwaltern von Gruppenmitgliedern vermitteln.
- Der Koordinator hat das Recht, den Gruppen-Koordinationsplan den – nach nationalem Recht – zuständigen Personen und Stellen „seines Landes“ vorzulegen. Diese Regelung wird zu Recht kritisiert und dahingehend ausgelegt, dass der Koordinator das Recht hat, den Gruppen-Koordinationsplan den zuständigen Personen und Stellen vorzulegen, denen der jeweilige Verwalter – nach nationalem Recht – einen Insolvenzplan bzw. Koordinationsplan vorlegen müsste.¹⁸
- Der Koordinator hat ferner das Recht, von den Insolvenzverwaltern relevante Informationen für Sanierungsstrategien und -maßnahmen anzufordern.
- Er hat schließlich das Recht, die Verfahrensaussetzung für sechs Monate bei dem zuständigen Insolvenzgericht des jeweiligen Insolvenzverfahrens zu beantragen, um die Durchführung des Gruppen-Koordinationsplans sicherzustellen.

2. Verfahrenskoordination im deutschen Konzerninsolvenzrecht

In Deutschland kann auf Antrag eines gruppenangehörigen Schuldners¹⁹ oder eines (vorläufigen) Gläubigerausschusses (bei einstimmigem Beschluss) das Koordinationsgericht ein Koordinationsverfahren einleiten.²⁰ Bei dem Koordinationsgericht handelt es sich um das Insolvenzgericht, welches gem. § 3a InsO für die sog. Gruppen-Folgeverfahren zuständig ist (also das Gericht des Gruppen-Gerichtsstandes).²¹

Eine Unternehmensgruppe ist in § 3e Abs. 1 InsO legal definiert:

„(1) Eine Unternehmensgruppe besteht aus rechtlich selbständigen Unternehmen, die den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen im Inland haben und die unmittelbar oder mittelbar miteinander verbunden sind durch

1. die Möglichkeit der Ausübung eines beherrschenden Einflusses oder
2. eine Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung.“

Konzerninsolvenzrecht und Eigenverwaltung schließen sich nicht aus. Im Gegenteil: In Bezug auf die (vorläufige) Eigenverwaltung regelt § 270d InsO, dass die Schuldner der Kooperationspflicht gem. § 269a InsO unterliegen. Der Schuldner hat auch die Antragsrechte auf (i) Eröffnung eines Gruppen-Folgeverfahrens beim Gericht des Gruppen-Gerichtsstandes gem. § 3a) Abs. 3, (ii) Verweisung eines Verfahrens an das Gericht des Gruppen-Gerichtsstandes gem. § 3d Abs. 2 InsO und (iii) Einleitung eines Koordinationsverfahrens gem. § 269 Abs. 2 S. 2 InsO.²² Ebenso geht das Gesetz davon aus, dass auch ein Sachwalter Verfahrenskoordinator i. S. d. § 269e InsO sein kann.²³ Hinsichtlich der Abstimmung über einen einheitlichen Sachwalter gelten über § 274 InsO die Regelungen des § 56b) InsO.²⁴

a) Der Verfahrenskoordinator und dessen Bestellung

Der Verfahrenskoordinator soll „die Seele“ des Koordinationsverfahrens sein und der sog. Koordinationsplan sein Hauptinstrument, mit welchem er die unterschiedlichen Insolvenzverfahren der gruppenangehörigen Schuldner auf eine einheitliche Strategie ausrichten soll.²⁵

Der Verfahrenskoordinator soll (!) eine von Insolvenz-/Sachwalter und Gläubiger unabhängige Person sein.²⁶

Der Verfahrenskoordinator wird vom Koordinationsgericht bestellt. Vor der Bestellung hat der Gruppen-Gläubigerausschuss die Gelegenheit, sich zur Person des Verfahrenskoordinators zu äußern und

mehrheitlich über die Person des Verfahrenskoordinators abzustimmen – bei einstimmiger Wahl kann das Koordinationsgericht den Verfahrenskoordinator nur ablehnen, wenn er ungeeignet ist.²⁷

b) Die Aufgaben des Verfahrenskoordinators

Der Verfahrenskoordinator soll für eine schnellere und effizientere Abwicklung der einzelnen Insolvenzverfahren sorgen. Dabei kommt ihm auch die Aufgabe des Vermittlers zu, die Insolvenzverwalter und sonstigen Beteiligten der einzelnen Insolvenzverfahren zu gemeinsamen Positionen im Rahmen der Gruppeninsolvenz zu bewegen.²⁸

Die Aufgabe des Verfahrenskoordinators lässt sich als Koordinator und als Mediator beschreiben.²⁹ Er sollte regelmäßige Treffen oder Telefonate koordinieren, Arbeitsgruppen für Spezialthemen anregen, er sollte an Versammlungen der Gläubigergremien teilnehmen und insgesamt die Kommunikation zwischen den Beteiligten fördern und verbessern.³⁰

Der Verfahrenskoordinator kann einen Koordinationsplan vorlegen oder auch nur zwischen möglichen Konfliktparteien vermitteln und Vergleiche herbeiführen.³¹ Wenn der Verfahrenskoordinator sich für einen Koordinationsplan entscheidet, dann erstellt er keinen Konzern-Insolvenzplan. Vielmehr handelt es sich um einen auf den darstellenden Teil reduzierten Insolvenzplan, der als Muster für die Einzelinsolvenzpläne dienen soll. Der gestaltende Teil findet sich dann in den Einzelplänen. Die Gläubigerversammlungen in den Einzelverfahren können aber gem. § 269i Abs. 2 InsO entscheiden, ob der Koordinationsplan für den Einzelverwalter verbindliche (!) Grundlage sein soll.³² Aus all dem wird die Zielstellung des Gesetzgebers deutlich: Die Einzelinsolvenzverwalter und die übrigen Beteiligten sollen sich durch Mediation des Verfahrenskoordinators auf den Inhalt eines Koordinationsplans einigen.³³

§ 269h Abs. 2 InsO nennt beispielhaft mögliche Planinhalte, und zwar Maßnahmen (S. 1), die als „Vorschläge“ (S. 2) unterbreitet werden sollen:

- Die Wiederherstellung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der einzelnen Unternehmen und der Unternehmensgruppe;
- die Beilegung gruppeninterner Konflikte;
- vertragliche Vereinbarungen zwischen Insolvenzverwaltern.

Die Systematik einer nicht abschließenden Aufzählung und die Verwendung der Terminologie „Vorschläge“ deutet auf zweierlei hin: ei-

18 Fritz, in: Vallender, EulnsVO Kommentar, 2017, Art. 72, Rn. 46.

19 Nach Eröffnung auf Antrag des Insolvenzverwalters.

20 Esser, in: Braun, Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2017, InsO § 269d, Rn. 9ff.

21 Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 30.1.2014, Drs. 18/407, 35; Die Einleitung eines Koordinationsverfahrens soll aber ausgeschlossen sein, wenn seine Durchführung „die Wirksamkeit“ des Gruppenkoordinationsverfahrens gem. den Art. 69 bis 77 EulnsVO beeinträchtigen würde. Damit ist aber die Durchführung eines deutschen Koordinationsverfahrens nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Art. 102c § 22 Abs. 2 EG InsO.

22 Pleister/Sturm, ZIP 2017, 2329, 2335; Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 30.1.2014, Drs. 18/407, 41f.

23 Vgl. Wortlaut des § 269e Abs. 1 S. 2 InsO.

24 Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 30.1.2014, Drs. 18/407, 42; Kritisch Pleister/Sturm, ZIP 2017, 2329, 2335: Es fehlen Regelungen zur Kooperationspflicht der (vorläufigen) Sachwalter untereinander und der Schuldner und der Sachwalter mit einem Verfahrenskoordinator i. S. d. § 269f Abs. 2 InsO und die Verbindlichkeit (smachung) gem. § 269i Abs. 2 InsO für Schuldnerinsolvenzpläne.

25 Pleister/Sturm, ZIP 2017, 2329, 2336.

26 Esser, in: Braun, Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2017, InsO § 269e, Rn. 3 ff.

27 Esser, in: Braun, Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2017, InsO § 269e, Rn. 12 ff.

28 Esser, in: Braun, Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2017, InsO § 269f, Rn. 5.

29 Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 30.1.2014, Drs. 18/407, 35 u. 36.

30 Esser, in: Braun, Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2017, InsO § 269f, Rn. 8 ff.

31 Esser, in: Braun, Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2017, InsO § 269f, Rn. 6.

32 Pleister/Sturm, ZIP 2017, 2329, 2336; Harder, NJW-Spezial 2017, 469, 470.

33 So ähnlich Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 30.1.2014, Drs. 18/407, 23, und Esser, in: Braun, Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2017, InsO § 269h, Rn. 9.

nerseits auf die Unverbindlichkeit der vorgeschlagenen Maßnahmen, andererseits auf ein hohes Maß an Freiheit in der Gestaltung (insoweit die Unverbindlichkeit gewährleistet bleibt): Der Koordinationsplan kann Elemente enthalten von Strategien, Vergleichsmöglichkeiten, Konzepten und Vereinbarungen der Insolvenzverwalter untereinander.³⁴

c) Der Gruppen-Gläubigerausschuss

Auf Antrag eines Gläubigerausschusses einer insolventen Gruppengesellschaft setzt das Insolvenzgericht (hier: das Gericht des Gruppen-Gerichtsstandes gem. § 3a InsO³⁵) im pflichtgemäßen Ermessen einen Gruppen-Gläubigerausschuss ein.³⁶

Der Gruppen-Gläubigerausschuss unterstützt die Insolvenzverwalter und die Gläubigerausschüsse in den jeweiligen Verfahren, er bestimmt ggf. einen Koordinator und er stimmt einem Koordinationsplan zu oder lehnt diesen ab.³⁷ Jeder Gläubigerausschuss eines Gruppenunternehmens, welches nicht von untergeordneter Bedeutung i.S.d. § 3a InsO ist, entsendet ein Mitglied in den Gruppen-Gläubigerausschuss, wobei § 269c InsO hinsichtlich der genauen Zusammensetzung keine Vorgaben macht;³⁸ ein weiteres Pflichtmitglied ist ein Vertreter der Arbeitnehmer, § 269c Abs. 1 S. 3 InsO.

Was mit „Vertreter der Arbeitnehmer“ gemeint ist, lässt der Gesetzgeber offen.³⁹ Es wird diskutiert, ob es sich dabei um Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat handeln könnte bzw. sollte. Allerdings endet das Amt bspw. des Konzernbetriebsrats mit Eröffnung eines Insolvenzverfahrens⁴¹ oder (wegen § 276a InsO) des Eigenverwaltungsverfahrens nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung wegen der angenommenen Auflösung des Konzernverbundes.⁴² Dagegen wendet sich ein Teil der Literatur:⁴³ Bei Bestellung einer einheitlichen Person als Insolvenzverwalter soll der notwendige Beherrschungsbezug, d.h., der Konzernverbund, noch gegeben sein. Bei Beauftragung des Verfahrenskoordinators mit der Erstellung eines Koordinationsplans soll der Konzernbetriebsrat nach dem Rechtsgedanken des § 218 Abs. 3 InsO zu dem einzigen Zweck bestehen bleiben, beratend an der Erstellung des Koordinationsplans mitzuwirken.

3. Der Restrukturierungsverwalter nach dem Entwurf der EU-Richtlinie zum vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren

Die Bestellung eines Restrukturierungsverwalters soll nach dem Richtlinienentwurf nicht zwingend sein.⁴⁴ Er soll den Schuldner ggf. unterstützen und ihn ggf. während der Verhandlungen über einen Restrukturierungsplan begleiten und während dieser Verhandlungen ggf. teilweise Kontrolle über seine Vermögenswerte übernehmen.⁴⁵

VI. Konfliktmanagement in Konzerninsolvenzen durch Mediation

Legt man die Grundgedanken der Mediation zugrunde, wird deutlich, warum der Gesetzgeber des europäischen und des deutschen Konzerninsolvenzrechts den Mediator quasi zum Leitbild des Verfahrenskoordinators erhoben hat. Es wird ferner deutlich, dass eine Vielzahl der in Restrukturierungssituationen regelmäßig auftretenden Konflikte nicht nur mediationsgeeignet ist, sondern dass es ohne diese quasi gar nicht auskommt. Dies zeigt sich bereits bei der Vorbereitung aber auch während der Restrukturierung, wie nachfolgend dargestellt.

1. Die geordnete Vorbereitung von Gruppen-Insolvenzverfahren

Für den Idealfall bedarf es bei der Einleitung eines Insolvenzverfahrens (auch: eines Verfahrens in Eigenverwaltung) einer Vorbereitung. Diese Vorbereitung beinhaltet die Abwägung von Kosten, von Risiken, zwischen Sanierungsoptionen (Asset Deal vs. Insolvenzplan) und unterschiedlichen Verfahrensarten (bspw. Regelverfahren vs. Eigenverwaltung, in naher Zukunft wahrscheinlich auch vs. vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren). In der Praxis erfolgen regelmäßig detaillierte Analysen seitens der eingeschalteten Sanierungsberater (rechtliche Berater und financial advisor), die im Vorfeld der Verfahrenseinleitung zunächst mit Gesellschaftern und Geschäftsführern besprochen werden.

Eine ordentliche Vorbereitung beinhaltet des Weiteren auch die Kommunikation mit den wesentlichen Beteiligten, die idealerweise noch vor der Einleitung eines Verfahrens angesprochen werden und mit denen man Absprachen trifft. Bei den entscheidenden Beteiligten handelt es sich zumeist um (i) Gesellschafter und Geschäftsführer, (ii) die wesentlichen Gläubiger, die sich in Form eines Vertreters dann auch in den diversen Gläubigerausschüssen wiederfinden, (iii) Insolvenzrichter und (iv) Insolvenzverwalter (inkl. potentieller Verfahrenskoordinatoren). Alle müssen auf ihre Bereitschaft der pro-aktiven Begleitung oder Teilnahme im Hinblick auf die gewünschte Verfahrensart, die zuständigen Gerichte, die auszuwählenden Insolvenzverwalter und ihre jeweiligen Beiträge überzeugt werden. In der Praxis werden den wesentlichen Beteiligten die Ergebnisse der oben beschriebenen Analyse oder Teile davon offengelegt. So ist es nicht unüblich, Kreditinstituten die errechneten Befriedigungsaussichten (auf ihre besicherten und unbesicherten Forderungen) vorzulegen, um auch ihre Meinung zu den möglichen Verfahrensarten einzuholen. Der Berater (auch wenn er Vertreter einer Partei ist) tritt dann häufig auch als Vermittler zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführer einerseits und den Kreditinstituten andererseits auf. Allein seine Beauftragung kann schon dazu führen, dass eine bestehende Kluft wieder geschlossen wird. Ein solcher Berater wird kaum mit Maximalforderungen auftreten, sondern vielmehr versuchen, die Interessen der Kreditinstitute zu verstehen und die Interessen der Kreditinstitute mit den Interessen der Gesellschafter und Geschäftsführer übereinanderzulegen, um möglichst viele Gemeinsamkeiten zu finden.

Schließlich bedarf es im Rahmen der Vorbereitung (i) der genauen Analyse und (ii) der Umsetzung der notwendigen rechtlichen Voraussetzungen, um das gewünschte Ziel zu erreichen. Es reicht nicht nur die Einigung auf einen Insolvenzverwalter und auf einen Koordinator und auf ein zuständiges Gericht vor Einleitung eines Koordinationsverfahrens unter der EuInsVO: Soll bspw. ein entsprechender Antrag auf Einleitung seitens eines potentiellen deutschen vorläufigen Insol-

34 Esser, in: Braun, Insolvenzzordnung, 7. Aufl. 2017, InsO § 269h, Rn. 13 ff.

35 Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 30.1.2014, Drs. 18/407, 34.

36 Fendel, in: Braun, Insolvenzzordnung, 7. Aufl. 2017, InsO § 269c, Rn. 3 ff.

37 Fendel, in: Braun, Insolvenzzordnung, 7. Aufl. 2017, InsO § 269c, Rn. 18 ff.

38 Fendel, in: Braun, Insolvenzzordnung, 7. Aufl. 2017, InsO § 269c, Rn. 9.

39 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 8.3.2017, Drs. 18/11436, 22.

Mükl/Götte, ZInsO 2017, 623, 627.

41 BAG, 23.8.2006 – 7 ABR 51/05, NZA 2007, 768.

42 LAG Baden-Württemberg, 23.6.2015 – 10 Sa 59/14, ZInsO 2016, 1270; offengelassen insoweit von der Revisionsinstanz: BAG, 18.7.2017 – 1 AZR 546/15, NZA 2017, 1618.

43 Mükl/Götte, ZInsO 2017, 623, 629 mit Verweis auf Zwanziger, Arbeitsrecht der Insolvenzzordnung, 5. Aufl. 2015, Einführung Rn. 144a u. 144b.

44 Art. 5 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs vom 22.11.2016, 2016/0359 (COD).

45 Art. 2 Nr. 15 des Richtlinienentwurfs vom 22.11.2016, 2016/0359 (COD).

Beteiligter	Positionen	Potentielle Konflikte mit	Interessen
Geschäftsführer	Liquidität ist sicherzustellen, im Zweifel durch Gesellschafter; Gehalt ist weiter zu zahlen	Arbeitnehmern/Gesellschafter/Insolvenzverwalter	Möchte seinen Ruf bewahren; möchte nicht haften; möchte nicht umsonst arbeiten; möchte ordentlich an Nachfolger übergeben
Gesellschafter	Kreditinstitut soll weiterfinanzieren; Eigenkapitaleinsatz begrenzen	Geschäftsführer/Kreditinstituten	Möchten ihr Eigentum (ihre Anteile) nicht verlieren
Arbeitnehmer	Gehalt ist weiter zu zahlen; Jobgarantie	Geschäftsführer	Möchte nicht umsonst arbeiten; Möchten ihren Job erhalten und ggf. ihren Beitrag zum Fortbestand des Unternehmens leisten; möchten ggfs. aber auch rechtzeitig „den Absprung schaffen“
Kreditinstitute	Kredit ist zurückzuzahlen; Sicherheiten sind ggfs. zu verwerten	Geschäftsführern; Gesellschaftern; Lieferanten/Warenkreditgeber	Verluste begrenzen; Reputationsschaden gering halten; Beitrag zum Fortbestand des Unternehmens leisten
Finanzämter	Steuern sind zu zahlen, auch trotz Insolvenz und Organschaften	Geschäftsführern	Möchte ggf. Konzernstrukturen erhalten trotz Verlustgefahr (wg. Organschaft)
Lieferanten/Warenkreditgeber	Forderungen sind zu zahlen; Sicherheiten sind ggfs. zu verwerten (Eigentumsvorbehaltsrechte)	Geschäftsführern; Banken	Verluste begrenzen; Kunden erhalten, d. h. Weiterbelieferung in und nach der Restrukturierung
Berater	Übernehmen/formulieren/begründen Positionen ihrer Klienten	Dem Unternehmen; der jeweils gegenüberstehenden Interessengruppe	Zusätzlich zu dem Interesse des Klienten eigene Interessen (pekuniär/nicht pekuniär)
Holding	Möchte den gesamten Konzern erhalten	Konzerngesellschaft	Möchte den profitablen Teil des Konzerns erhalten; Risiko des Durchgriffs senken
Konzerngesellschaft	Liquidität ist sicherzustellen, im Zweifel durch Gesellschafter oder Schwestergesellschaften	Holding/andere Konzerngesellschaften	Möchte den profitablen Teil des Konzerns erhalten und ist zu Konzessionen bereit

Abbildung 3: Mögliche vom Verfahrenskordinator zu lösende Interessenlagen

venzverwalters erfolgen (vgl. Art. 61 Abs. 1 EuInsVO), dann muss bereits ein deutscher Gläubigerausschuss in seinen Grundzügen bestehen, der seine Zustimmung gem. §§ 160, 161 InsO zu diesem Antrag erteilt (vgl. § 122c § 23 Abs. 1 EGIInsO). Die in der Praxis üblichen Bestätigungen potentieller Gläubigerausschussmitglieder, das Amt anzunehmen und mit dem vorgeschlagenen Verwalter und der gewählten Verfahrensart einverstanden zu sein, sollte ergänzt werden um eine Zustimmung des jeweiligen Gläubigerausschussmitglieds zur Beantragung eines Koordinationsverfahrens gem. Art. 61 EuInsVO durch den vorläufigen Insolvenzverwalter.

2. Die Einigung auf einen rechtlichen und/oder praktischen Rahmen

Ein weiterer wichtiger Punkt ist die Einigung mit den wesentlichen Beteiligten auf einen rechtlichen und/oder praktischen Rahmen, wofür es in der Praxis häufig Überzeugungskraft bedarf. Manche wesentlichen Beteiligten hadern zwischen Regelinsolvenzverfahren und Eigenverwaltungsverfahren. Manche wesentlichen Beteiligten bevorzugen vielleicht ein Gruppen-Koordinationsverfahren, manche eher weniger. Die Einigung über Regelungen, auf deren Grundlage man Lösungen findet, ist ein typisches Element der Mediation.

Einigt man sich in einem rein deutschen Kontext auf die Einleitung eines Eigenverwaltungsverfahrens (bspw. in Form eines Schutzschirmverfahrens⁴⁶), so einigt man sich naturgemäß gleichzeitig auf die Anwendung der §§ 270 ff. InsO. Sind sich die wesentlichen Beteiligten einig über die Einleitung eines Gruppen-Koordinationsverfahrens unter der EuInsVO, besteht Einigkeit darüber, dass bspw. in einem deutsch-niederländischen Kontext auch ein Franzose oder Pole Koordinator werden kann, wenn er national über die nötige Eignung verfügt. In der Praxis ist wichtig, dass die wesentlichen Beteiligten darüber aufgeklärt werden, was sie tun.

Ebenso wichtig ist es, die wesentlichen Beteiligten auf Regeln festzulegen, insoweit gesetzliche Regeln fehlen oder ungenau sind. Einige Bei-

spiele: (i) Geschäftsordnungen von Gläubigerausschüssen finden sich in der deutschen Insolvenz-Praxis häufig, obwohl diese nicht in der Insolvenzordnung verankert sind. (ii) Besteht bspw. Einigkeit über die Einleitung eines Gruppen-Koordinationsverfahrens unter der EUInsVO, so sollten sich die wesentlichen Beteiligten darauf einigen, dass der Koordinator den nationalen Insolvenzgerichten, die für die Gruppen-Mitglieder zuständig sind, den Koordinationsplan vorlegen darf (entgegen dem Wortlaut des Art. 72 Abs. 2 c) EUInsVO). (iii) Die wesentlichen Beteiligten sollten sich auch einig werden über das Fortbestehen des Konzernbetriebsrats. Der Konzernbetriebsrat, der nach deutschem Recht mit Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (auch in Eigenverwaltung) endet, sollte aus zwei Gründen nach Insolvenzeröffnung beibehalten werden: (a) Einerseits sollte er Sparringspartner für den Verfahrenskordinator im Rahmen der Erstellung des Koordinationsplans sein (Rechtsgedanke § 281 Abs. 2 InsO), (b) andererseits sollte er als zentraler Ansprechpartner für die Einzelbetriebsräte fungieren, um die Kommunikation zu dem Verfahrenskordinator und den sonstigen Beteiligten besser zu kanalisieren.

3. Die Aufgaben des Verfahrenskordinators im Koordinationsverfahren

Der Verfahrenskordinator wird nach seiner Bestellung prüfen, ob die Aufstellung eines Koordinationsplans sinnvoll wäre, oder ob bi- oder multilaterale Verhandlungen mit oder ohne Koordinationsplan eher zielführend wären. Im Zuge dieser Überlegungen wird er die rechtlichen Rahmenbedingungen analysieren („Rahmen des objektiv Möglichen“). Er wird vor diesem Hintergrund versuchen, die Interessen der Beteiligten aus allen Insolvenzverfahren zu erforschen („Rahmen des subjektiv Gewollten“). Oben seien beispielhaft denkbare Positionen/Interessenlagen dargestellt, auf die ein Verfahrenskordinator treffen kann (vgl. Abb. 3).

⁴⁶ Zur Sanierung unter dem Schutzschirm vgl. *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. zu H. 25.

Oft gibt es auch innerhalb einzelner Beteiligengruppen unterschiedliche Auffassungen, Positionen und Interessenlagen. Beispielsweise sind Bankenkonsortien in Restrukturierungs-/Insolvenzsituationen häufig zerstritten. Eine eher schlecht besicherte Bank mit vergleichsweise hohen Forderungen wird andere Szenarien bevorzugen als eine eher besser besicherte Bank mit überschaubaren Krediten. Der Verfahrenskoordinator wird schlussendlich Regelungen vorschlagen, die nicht verbindlich sind und diese mit den Beteiligten abstimmen. Dabei wird er versuchen, die Konflikte zu entemotionalisieren (den Menschen vom Problem trennen), die tatsächlichen Interessen der Beteiligten herauszufinden, Lösungsansätze zu erarbeiten und die Beteiligten auf gemeinsame Regelungen festzulegen. Nachfolgend werden einige typische Konfliktbeispiele bei Gruppeninsolvenzen dargestellt, die der Verfahrenskoordinator häufig zu bewältigen hat. Einige Beispiele aus der Praxis:

a) Gesellschafterstreit in der Restrukturierung

Eine drei Gesellschaftern gehörende Unternehmensgruppe (Family Holding) wird von ihrer Hausbank mit einer Änderung der Kreditmodalitäten konfrontiert. Nachdem bestimmte im Rahmen eines Sanierungskredits vereinbarte Covenants nicht eingehalten wurden, liegt ein Kündigungsrecht vor. Als milderer Mittel solle sich das Unternehmen von einer verlustbringenden Beteiligung trennen, da anderenfalls eine Kündigung des Kredits nicht mehr auszuschließen sei. Eine Kreditkündigung würde zur Insolvenz der Holding führen. Die drei Gesellschafter des Unternehmens sind sich uneins. Gesellschafter A möchte an der einst von seinem Stamm eingebrachten Beteiligung festhalten, die den Turnaround beinahe geschafft habe. Gesellschafter B sieht die Beteiligung kritisch. Für ihn stehen die Vorteile im Vordergrund, die mit der verbesserten Liquidität der Gesamtgruppe und der mit dem Verkauf einhergehenden Teiltilgung des Sanierungskredits einhergehen. Gesellschafter C liegt zwar eher auf der Linie des Gesellschafters A, sorgt sich aber noch mehr darum, dass die Bank zusätzlich oder anstatt des Verkaufs der Beteiligung den Verkauf eines seiner Familie seit Generationen gehörenden und der Bank ebenfalls zur Sicherung dienenden Grundstückes fordert. Es kommt zum Streit. Eine langwierige Auseinandersetzung auf dem Rücken der Holding oder gar deren Pleite sind jedoch keine Alternativen.

Die Interessen der Gesellschafter sind in einem Punkt deckungsgleich: die Unternehmensgruppe muss vor der Insolvenz bewahrt werden. Denn in diesem Fall würde die im Feuer stehende Beteiligung möglicherweise erst recht veräußert werden müssen. Erträge würden in diesem Fall nicht der Liquiditätsverbesserung dienen, sondern der Insolvenzmasse zufließen (ggfs. auch der Bank wegen eines Absonderungsrechts). Das Grundstück geriete unweigerlich in Gefahr.

Im Vordergrund einer Vermittlung stehen wird daher das Szenario einer Fortführung oder einer Ablösung des Sanierungskredits. Denn nur wenn das gewährleistet ist, wäre der insolvenzvermeidende Erhalt der Holding für die nähere Zukunft gesichert. Ist eine Ablösung nicht zu erreichen, wären mit den Gesellschaftern Lösungsoptionen zu erarbeiten, wie entweder ein Verkauf der Beteiligung im Verhältnis zur Bank kompensiert werden kann (z. B. durch Verwertung anderer Sicherheiten, durch Einschuss von Eigenkapital, usw.). Oder es wären Optionen zu erarbeiten, die dem Gesellschafter A den ihn „überobligatorisch“ treffenden Verkauf der Beteiligung erträglicher erscheinen lassen (z. B. durch Übertragung von Anteilen der Gesellschafter B und C, durch Gewinn vorab usw.).

b) Konflikte bei Sozialplanverhandlungen

In einer Restrukturierung kann sich folgendes Problem ergeben: Der Betrieb des Unternehmens A soll zeitnah stillgelegt werden. Die Geschäftsleitung von A verhandelt mit dem örtlichen Betriebsrat um die maximal mögliche Sozialplanabfindung. Der Betriebsrat versucht, das Maximale für die Belegschaft von A herauszuholen, während die Geschäftsleitung von A im Einvernehmen mit den Geschäftsleitungen der Unternehmen B und C und den dortigen Betriebsräten stattdessen die Weiterbeschäftigung in B und C anbieten will, wo es an Fachkräften fehlt und die Produktion infolge des Personalmangels kaum aufrecht erhalten werden kann.

Ungeachtet der grundsätzlich originären Zuständigkeit des örtlichen Betriebsrates für den Abschluss des Sozialplanes, könnte der Koordinator, unterstützt durch den Konzernbetriebsrat (wenn man unterstellt, dieser existiert weiterhin), hier eine wichtige Mittlerrolle einnehmen, um den oft durch den Druck der eigenen Belegschaft getriebenen, örtlichen Betriebsrat zu entlasten und mit dem Verfahrenskoordinator eine zielführende, allen Interessen gerecht werdende Lösung erarbeiten, etwa, in dem ein die Masse schonender Sozialplan erarbeitet wird, der als vorrangige Lösung alternative Arbeitsplätze in den konzernangehörigen Unternehmen B und C vorsieht und geringe Abfindungssummen vorsieht.

c) Konflikte im Rahmen der Organschaft

Dieser typische Konflikt könnte in einem vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren bei einer Konzerninsolvenz im deutschen Kontext im Rahmen der steuerlichen Organschaft auftreten.⁴⁷ Eine Organgesellschaft könnte sich darauf berufen: „Steuerschuldner ist der Organträger. Ich zahle nichts.“ Der Organträger könnte einwenden: „Das ist richtig, aber meine Ausgleichsforderung für einen Teil der Steuerlast gegen die Organgesellschaft ist lediglich eine Insolvenzforderung, die ich zur Insolvenztabelle anmelden kann. Ich bekomme also mein Geld nicht zurück. Wir müssen die Organschaft auflösen.“ Bei diesem (Ziel-) Konflikt werden vordergründig gegensätzliche Positionen ausgetauscht: „Ich bin kein Steuerschuldner. Ich zahle nichts.“ vs. „die Organschaft muss sofort aufgelöst werden“ (was so einfach nicht möglich ist). Die Interessen der beiden Gesellschaften kreisen grundsätzlich um die Frage von Liquidität, was insofern nicht weiterhilft, als sich beide um das gleiche streiten. Das übergeordnete gemeinsame Interesse könnte aber der Fortbestand des gesamten Konzernverbundes sein. Der Vorschlag eines erfahrenen Verfahrenskoordinators könnte lauten: Beide sollten das Finanzamt anrufen und darum bitten, individuelle Haftungsbescheide je nach individueller Steuerlast zu erlassen.

VII. Fazit

Die Vorbereitung von Restrukturierungen und die typischen Konfliktsituationen bei der Restrukturierung, insbesondere bei Unternehmensgruppen, sind sowohl für die Mediation als auch für mediative Techniken geeignet. Dies haben auch der europäische wie der nationale Gesetzgeber gesehen. Denn die ab 21.4.2018 in das deutsche Insolvenzrecht eingeführte Position nimmt sich den Mediator als Rol-

⁴⁷ Insofern kein Zustimmungsvorbehalt für Verfügungen gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2 2. Alt. InsO angeordnet wird, vgl. Umsatzsteuer-Anwendungserlass (Stand 13.12.2017), Abschn. 2.8 Abs. 12.

lenvorbild: der Verfahrenskoordinator.⁴⁸ Dies gilt ebenso für die Position des Koordinators gem. Art. 71 EuInsVO. Die derzeit von der EU vorbereitete Richtlinie für vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren sieht einen Restrukturierungsverwalter vor, dessen Leitbild ebenfalls an das eines Mediators angelehnt ist.⁴⁹ Nach allen Rechtsordnungen haben diese Positionen keine Entscheidungsgewalt, sondern lediglich eine vermittelnde und unparteiische Rolle. Die Verfahren sind in hohem Maße durch Freiwilligkeit geprägt. Zusammenfassend lässt sich mithin feststellen, dass der mediative Ansatz in der Restrukturierung der Zukunft eine noch wesentlich wichtigere Rolle spielen wird als dies heute schon der Fall ist.

48 So z.B. ausdrücklich Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 30.1.2014, Drs. 17/407, 23.

49 Erwägung (18) des Richtlinienentwurfs vom 22.11.2016, 2016/0359 (COD).

Steffen Schneider, RA/FAInsR/Maitre en droit privé/Mediator, ist Partner bei BBL Bernsau Brockdorff und seit über 20 Jahren als Experte auf dem Gebiet der Insolvenzverwaltung und der Sanierungsberatung tätig. Dabei berät er nationale und internationale Mandanten in der außergerichtlichen Restrukturierung von Konzernen und der Restrukturierung über Insolvenzverfahren.



Carl-Christian Kramer, RA/Mediator, ist Partner bei BBL Bernsau Brockdorff in München und leitet die Dispute-Resolution-Praxis der Sozietät. Er ist auch als Wirtschaftsmediator in komplexen Konfliktfällen tätig.



OLG Frankfurt a.M.: Unwirksamkeit des Verkaufs von Adressdaten wegen fehlender Einwilligung der Adressinhaber

OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 24.1.2018 – 13 U 165/16

ECLI: ECLI:DE:OLGHE:2018:0124.13U165.16.00

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2018-720-1](#)
unter [www.betriebs-berater.de](#)

LEITSÄTZE

1. Zur Nichtigkeit des Vertrages, mit dem der Insolvenzverwalter einer Adresshandelsfirma Adressdaten an einen Dritten verkauft, wegen Verstoßes gegen § 28 Abs. 3 BDSG und § 7 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. Abs. 1 UWG.
2. Zur Anwendbarkeit des sog. Listenprivilegs nach § 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG.
3. Zur Frage der Erteilung einer wettbewerbsrechtlichen Einwilligung der Adressinhaber im Rahmen von AGB.
4. Zum Ausschluss des Rückforderungsanspruchs des Käufers eines nichtigen Adresshandelsvertrages hinsichtlich des Kaufpreises wegen § 817 Satz 2 BGB.

NICHT AMTLICHE LEITSÄTZE

1. Der Verkauf von Daten zwecks Adresshandels verstößt gegen § 28 Abs. 3 BDSG, wenn weder eine wirksame Einwilligung des Betroffenen vorliegt noch das sog. Listenprivileg eingreift und die verkauften Daten auch von diesem Privileg nicht erfasste Telefonnummern und E-Mail-Adressen umfassen.
2. Werden Daten verkauft, die (später) zu Werbezwecken eingesetzt werden, muss sich die Einwilligung sowohl am BDSG als auch am UWG messen lassen. Die wettbewerbsrechtliche Einwilligung, die auch im Rahmen vorformulierter allgemeiner Geschäftsbedingungen erteilt werden kann, muss für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erteilt werden.

3. Ein Vertrag, der zur Begehung unlauteren Wettbewerbs verpflichtet, ist gemäß § 134 BGB nichtig. Gleiches gilt auch für einen Adresshandelsvertrag, der gegen § 28 Abs. 3 Satz 1 BDSG verstößt, weil die für eine Nutzung der Daten für Zwecke des Adresshandels erforderliche Einwilligung der Betroffenen fehlt.

4. Ein Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB ist gemäß § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen, wenn beiden Vertragsparteien ein Gesetzesverstoß zum Zeitpunkt der Leistung zur Last fällt, was im Hinblick auf § 28 Abs. 3 Satz 1 BDSG und § 7 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. Abs. 1 UWG bei Kenntnis der Parteien von der fehlenden Einwilligung der Betroffenen gegeben ist.

BDSG § 28; UWG § 7; BGB §§ 134, 817

SACHVERHALT

Die Klägerin macht gegenüber dem Beklagten vertragliche Gewährleistungs- bzw. Schadensersatzansprüche aus abgetretenem Recht geltend. Die Klägerin ist eine Gesellschaft, die u.a. auf dem Gebiet des Adresshandels tätig ist. Der Geschäftsführer der Klägerin, A, war früher der Geschäftsführer der B. GmbH. Über das Vermögen der B. GmbH ist 2010 das Insolvenzverfahren eröffnet worden, Insolvenzverwalter ist der Beklagte.

Mit Vertrag vom 30.9.2010 verpflichtete sich der Beklagte an den Geschäftsführer der Klägerin verschiedene Internet-Domains einschließlich der über diese generierten Adressen für einen Preis von 15.000 € netto zu übertragen. Die Daten wurden auf einem USB-Stick übergeben. Ursprünglich befanden sie sich auf zwei Servern der B. GmbH. Die Geschäftsausstattung der B. GmbH, inklusive der vorgenannten Server, erwarb die C OHG für einen Kaufpreis von 1.971,78 € netto. Die Rechnung vom 10.2.2011 stellte die Streithelferin, die von dem Beklagten mit der