

DEUTSCHE ZEITSCHRIFT FÜR

# WIRTSCHAFTS- UND INSOLVENZRECHT

**Herausgeber:** Wilhelm Bichlmeier, Rainer Funke, Reinfrid Fischer, Volker Grub, Norbert Horn, Hartmut Oetker, Dieter Reuter, Rolf A. Schütze, Stefan Smid, Harm Peter Westermann

**Korrespondierender Beirat:** Rainer M. Bähr, Christian Graf Brockdorff, Peter Depré, Norbert Fehl, Volkhard Frenzel, Ottmar Hermann, Klaus Hubert Görg, Horst M. Johlke, Wulf-Gerd Joneleit, Harro Mohrbutter, Peter Mohrbutter, Hans-Jürgen Papier, Horst Piepenburg, Michael Pluta, Rolf Rattunde, Harald Schliemann, Tobias Wellensiek, Frank M. Welsch, Wilhelm Wessel, Klaus Wimmer, Mark Zeuner

**Schriftleitung:** Michael Schmidt

## Aufsatz

Lukas Beck

# Perspektiven eines Konzerninsolvenzrechts

DOI 10.1515/dwir-2014-0097

*Der Gesetzgeber verfolgt zur Zeit die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts, spricht: Eines Insolvenzrechts für Konzerne. Dem Referentenentwurf folgte ein Regierungsentwurf, der – der Diskontinuität zum Trotz – von der aktuellen Regierung aufgegriffen wurde. Die Wissenschaft hat die Entwürfe jeweils begleitet. Schließlich ist im Bundestag am 14. 2. 2014 die erste Beratung erfolgt. Eine Anhörung von Sachverständigen fand am 2. 4. 2014 statt. Im Hinblick auf die bisherige Diskussion soll auch geprüft werden, was ein Konzerninsolvenzrecht über die bisherigen Entwurfsregelungen hinaus noch regeln sollte und worüber man in diesem Zusammenhang weiter nachdenken sollte.*

## I. Problemaufriss und historischer Abriss

Die Problematik der Konzerninsolvenzen ist bekannt: Konzerne sind in allererster Linie wirtschaftliche Phänomene,

nämlich die Zusammenfassung mehrerer unabhängiger Unternehmen zu einem wirtschaftlichen Gesamtunternehmen. Rechtlich erfasst werden solche Zusammenfassungen zuvorderst vom Gesellschaftsrecht, das in § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG den Konzern definiert. Danach bilden ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen einen Konzern, wenn sie unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind. Durch diese Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung und auch durch die Begründung der Abhängigkeit wird aber die rechtliche Selbstständigkeit der Unternehmen nicht berührt. Das hat zwei Folgen: Erstens behält jedes der beteiligten Unternehmen seine rechtliche Selbstständigkeit. Zweitens wird keine eigene Rechtsfähigkeit des Gesamtunternehmens »Konzern« begründet.

Das hat zur Folge, dass über das Gesamtunternehmen »Konzern« kein eigenes Insolvenzverfahren eröffnet werden kann. Ihm fehlt es nach der richtigen ganz h. M. an eigenständigen, von seinen Gliedern unabhängigen Insolvenzfähigkeit<sup>1</sup>. Er ist keine natürliche oder juristische Person, über deren Vermögen nach § 11 Abs. 1 Satz 1 InsO das Insolvenzverfahren eröffnet werden könnte. Er ist auch

**Lukas Beck:** Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Gesellschaftsrecht (Prof. Dr. Christoph Teichmann) an der Universität Würzburg.

<sup>1</sup> *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 11 Rn. 394; *Kirchhof*, in: HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 11 Rn. 8; *Mönning*, in: Nerlich/Römermann, InsO, 25. EL 2013, § 11 Rn. 109; *K. Schmidt*, in: K. Schmidt, InsO, 18. Aufl. 2013, § 11 Rn. 22; *Häsemeyer*, InsolvenzR, 4. Aufl. 2007, Rn. 32.03.

keine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, über deren Vermögen nach § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO das Insolvenzverfahren eröffnet werden könnte. Hier hält sich das Insolvenzrecht an die Vorgaben, die das materielle Recht macht<sup>2</sup>. Nachdem der Konzern dort keine gesellschaftsrechtliche Verfassung hat<sup>3</sup>, und es ihm damit an jeglicher Rechtsfähigkeit fehlt, fügt sich das Insolvenzrecht in diese Einordnung.

Die Insolvenz eines Konzerns ist deshalb immer die Insolvenz seiner einzelnen Glieder: Über jedes Unternehmen des Konzerns ist ein eigenständiges Insolvenzverfahren zu eröffnen. Dafür muss aber auch für jedes der Unternehmen selbst ein Eröffnungsgrund vorliegen (§ 16 InsO): Wird über ein Konzernunternehmen – gleich, ob über ein Mutter- oder Tochterunternehmen – die Insolvenz eröffnet, liegt damit bzw. deswegen noch kein Eröffnungsgrund für die übrigen Unternehmen vor.

Bei diesem Grundsatz des Einzelverfahrens setzt das aktuelle Regelungsvorhaben an:

»Ziel des Entwurfs [des Konzerninsolvenzrechts] ist es, die im Fall einer Konzerninsolvenz zu eröffnenden Einzelverfahren über die Vermögen konzernangehöriger Unternehmen besser aufeinander abstimmen zu können«<sup>4</sup>.

Das Mittel dazu ist die Koordinierung der Einzelverfahren<sup>5</sup>.

## II. Gedanken zu bereits im Entwurf behandelten Themenkreisen

### 1. Zuständigkeitskonzentration auch für Folgeverfahren

In § 3a Abs. 1 Satz 1 InsO-E ist das Antragsrecht für die Konzerninsolvenz vorgesehen. Danach kann ein Schuldner, der einer Unternehmensgruppe (§ 3e InsO-E) angehört, einen Antrag an das für ihn zuständige Insolvenzgericht stellen. Gibt das Gericht dem Antrag statt, erklärt es sich für die Insolvenzverfahren der anderen gruppenangehörigen Schuldner für zuständig. Die Begründung des Entwurfs erklärt dazu, dass es dem

»einen Eigenantrag stellenden Unternehmen möglich sein [soll], für die weiteren Verfahren über gruppenangehörige Schuldner eine Zuständigkeit bei dem angerufenen Gericht zu begründen«<sup>6</sup>.

Für diesen Antrag auf Zuständigkeitsbegründung bzw. Zuständigkeitskonzentration muss überlegt werden, ob er nur gruppenangehörige Unternehmen erfasst, über deren Vermögen bereits ein Verfahren anhängig ist oder ob darüber hinaus gegangen werden kann, indem also eine Zuständigkeit auch für erst folgende Verfahren bei diesem Gericht begründet wird. Für den zweiten Weg spricht jedenfalls die gesetzgeberische Absicht, Konzerninsolvenzen möglichst effektiv durchzuführen. In dieser Richtung muss die Regelung auch nach ihrer aktuellen Konzeption schon verstanden werden. Das ergibt sich wohl auch aus einem Blick auf die Regelung des § 3b InsO-E: Danach bleibt ein Gruppen-Gerichtsstand auch bestehen, wenn das Verfahren über den antragstellenden Schuldner nicht eröffnet, aufgehoben oder eingestellt wird, solange an diesem Gerichtsstand ein Verfahren über einen anderen gruppenangehörigen Schuldner anhängig ist. Hier muss man von einer dauerhaften Gerichtsstandschaft ausgehen. Anders hätte es nicht der Formulierung »solange« bedurft; angebracht wäre es dann eher, die »anhängigen Verfahren« in § 3b InsO-E anzusprechen. Die Zuständigkeitskonzentration gilt daher richtigerweise wohl auch für Insolvenzverfahren, die erst nach der Entscheidung über den Antrag auf Konzentration anhängig werden<sup>7</sup>. Ein solches Verständnis der Zuständigkeitskonzentration kann die sorgfältige Durchführung bzw. Einleitung von Konzerninsolvenzverfahren befördern. Im Gesetz wäre aber doch eine Klarstellung der Reichweite der Zuständigkeitskonzentration wünschenswert.

### 2. Kein gesonderter Antrag auf Koordinierung

In § 3a InsO-E wird die Funktionsweise des Antrags auf Koordinierung geregelt. Die Norm ist nach dem Wortlaut ihrer derzeitigen Entwurfsfassung so zu verstehen, dass ein gruppenangehöriges Unternehmen dieses Koordinierungsantrag stellen kann, aber nicht muss. Es handelt sich dabei um einen vom Eröffnungsantrag der InsO (§ 13 InsO) verschiedenen Antrag<sup>8</sup>. Um die Koordinierung einzuleiten,

<sup>2</sup> Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 11 Rn. 1.

<sup>3</sup> OLG Frankfurt, AG 1988, 267, 269; Ulmer/Schäfer, in: MK-BGB, 6. Aufl. 2013, Vorb. § 705 Rn. 66; vgl. K. Schmidt, in: FS Druey, 2002, S. 555; Beck, MwStR 2014, 359, 363; Lutter, ZGR 1987, 324, 334; a. A. Schall, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, Vorbemerkungen §§ 15 ff. Rn. 7; Decker, ZGR 2013, 392, 403 ff., 407 f.

<sup>4</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 18/407 S. 1.

<sup>5</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 18/407 S. 1f.

<sup>6</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 18/407 S. 19.

<sup>7</sup> In dieser Richtung auch Frind, Stellungnahme für den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des deutschen Bundestages (Anhörung am 2. 4. 2014), S. 7.

<sup>8</sup> Ebenso Begr. RegE, BT-Drs. 18/407, S. 26.

muss in Bezug auf das antragstellende Unternehmen also ein zulässiger Eröffnungsantrag vorliegen und darüber hinaus muss der Koordinierungsantrag gestellt werden. Von welchem der Antragsberechtigten der zulässige Eröffnungsantrag gestellt worden ist, ist ohne Bedeutung<sup>9</sup>. Außerdem müssen die weiteren Voraussetzungen des § 3a Abs. 1 Satz 1 InsO-E erfüllt sein.

Dieser Modus der Antragstellung stimmt nachdenklich. Der InsO-E stellt keine Verpflichtung der Geschäftsleiter des insolventen gruppenangehörigen Unternehmens auf, den Antrag zu stellen, sondern überlässt es deren eigener Entscheidung. In der Wahrnehmung ihrer Aufgaben verhalten sich die Geschäftsleiter im Konzern aber in der Regel so, wie sie es vom herrschenden Unternehmen vorgegeben bekommen. Jedenfalls bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrags (§ 291 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 AktG) sind sie im Rahmen von Weisungen sogar dazu verpflichtet (§ 308 Abs. 2 AktG). Die Hoffnung, dass eine Vielzahl von Koordinierungsverfahren eingeleitet wird, ist für strikt geführte Konzerne daher wohl eher begrenzt. Der Retter in der Not wäre an dieser Stelle der Insolvenzverwalter: Auf ihn geht gemäß § 3a Abs. 3 InsO-E das Recht zur Stellung des Koordinierungsantrags bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über. Gleiches gilt für den starken vorläufigen Insolvenzverwalter. Da der Insolvenzverwalter eines beherrschten Unternehmens nicht den Vorgaben der Konzernleitung folgen muss und folgen darf, wird er wohl derjenige sein, der den Großteil der Koordinierungsanträge stellt.

Man muss sich dabei fragen, warum nicht der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 13 InsO) bei gruppenangehörigen Unternehmen immer auch ein Antrag auf Koordinierung sein soll. Will man ein effektives und einheitliches Konzerninsolvenzrecht schaffen, sollte es zwingend sein, dass mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ein Konzernglied auch die anderen Konzernglieder bereits in den Blick genommen werden. Wenn die Entscheidung beim Insolvenzverwalter bleibt, wird dieser den Antrag nur stellen, wenn er erwartet, dass der Einbezug anderer insolventer gruppenangehöriger Unternehmen für sein eigenes Insolvenzverfahren einen Gewinn darstellt – und er das überhaupt erkennen kann. Wenn er aber zu erwarten hat, dass sich die Aussichten seines eigenen Verfahrens durch den Einbezug anderer Unternehmen verschlechtern, wird er von der Antragstellung absehen. Natürlich steht auch den Insolvenzverwaltern dieser anderen Unternehmen die Möglichkeit der Antragstellung offen. Von einem Solidaritätsgedanken wird das Konzerninsolvenzrecht damit allerdings nicht getragen.

Vielmehr hängt das proklamierte Ziel, die Interessen aller Gläubiger von Schuldner einer Unternehmensgruppe bestmöglich zu bedienen<sup>10</sup>, davon ab, wie gewissenhaft die Insolvenzverwalter der »schwächeren« gruppenangehörigen Unternehmen mit der Stellung des Koordinierungsantrags umgehen. Da der Konzern als Ganzes erfasst werden soll, müssen auch alle Gläubiger bedacht werden.

Unter diesem Gesichtspunkt empfiehlt es sich daher, die Stellung des Koordinierungsantrags nicht frei vornehmen zu lassen, sondern bereits in die Stellung des Eröffnungsantrages (§ 13 InsO) zu integrieren: Gehört ein Unternehmen zu einer Unternehmensgruppe (§ 3e InsO-E), sollte der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens also immer auch einen Antrag auf Koordinierung darstellen.

### III. Ein Weiterdenken des Konzerninsolvenzrechts<sup>11</sup>

#### 1. Insolvenzrecht

##### a) Eine einheitliche Insolvenzmasse

Die Zusammenfassung oder Koordinierung mehrerer Insolvenzverfahren könnte darin gipfeln, dass auch die Vermögensmassen der Konzernunternehmen zusammengefasst werden. Damit würde Vermögensmassen zusammengefasst werden, muss dann eine einheitliche Insolvenzmasse (§ 35 InsO) gebildet werden. Denn wenn die Insolvenzmasse das gesamte Vermögen ist, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt (§ 35 Abs. 1 InsO), handelt es sich dabei am Ende um das Vermögen, über das die Insolvenz i.S.d. § 11 InsO eröffnet wird. Eine Zusammenlegung der Vermögensmassen ist also eine Zusammenlegung der Insolvenzmassen. Als Konzerninsolvenzmasse wäre somit das gesamte Vermögen der Konzernunternehmen anzusehen. Wenn eine einheitliche Insolvenzmasse gebildet würde, müssten aber spiegelbildlich auch alle Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) zusammengefasst werden. Sie wären dann Gläubiger der Konzerninsolvenz. In der Konsequenz hätten die Gläubiger immer einen Anspruch auf Befriedigung aus der gesamten Konzernmasse.

Dabei sind zwei Szenarien zu unterscheiden: Einmal die Zusammenfassung der Vermögensmassen aller Kon-

<sup>10</sup> Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 18/407, S. 1, 34.

<sup>11</sup> Zu den hier nicht behandelten steuerrechtlichen Zukunftsperspektiven siehe *Kahlert*, ZIP 2014, 1101.

<sup>9</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 18/407, S. 26.

zernunternehmen, die insolvent sind bzw. bei denen der bei einem Unternehmen vorliegende Eröffnungsgrund auf diese Unternehmen ausstrahlt. Das andere Szenario wäre der Einbezug von gesunden Unternehmen, wenn Konzernteile insolvent sind.

Der letztere Ansatz sollte auf keinen Fall einen Weg in das Gesetz finden. Für Verbindlichkeiten haftet stets derjenige mit seinem Vermögen, gegen den die Verbindlichkeit besteht. Bei der GmbH und der AG ist die Haftung auf genau dieses Vermögen beschränkt; eine andere Person haftet dafür nicht (§ 13 Abs. 2 GmbHG, § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG). Das gilt auch im Konzern und ist dort erlaubt: Die Zusammenfassung mehrerer Unternehmen führt grundsätzlich nicht zu einem Durchgriff auf das Vermögen der übrigen Konzerngesellschaften. Tatsächlich findet sich hier eines der Hauptmotive der Konzernierung begründet: Haftung soll segmentiert werden können.

Dieses Anliegen würde beschädigt, wenn in der Insolvenz die Haftungstrennung aufgehoben würde. Vielmehr muss die Haftungstrennung *gerade* in der Insolvenz bestehen bleiben. Denn gerade, wenn sich das einzelne Konzernunternehmen solchen Ansprüchen ausgesetzt sieht, die seine Insolvenz herbeiführen, ist im Interesse des übrigen Konzerns die Haftungstrennung zu bewahren: Das Risiko, dass der Konzern durch Ansprüche gegen eines seiner Glieder in die Insolvenz gerissen wird, soll abgesichert werden. Es wäre aus konzernrechtlicher Perspektive also geradezu verfehlt, in der Insolvenz eines oder mehrerer Konzernglieder das gesamte im Konzern vorhandene Vermögen zusammenzufassen und den Gläubigern zur Verfügung zu stellen.

Anders mag man den Fall beurteilen, wenn nur über alle *insolventen* Konzernglieder die Insolvenz eröffnet wird. Ein Interesse an der Befriedigung aus der gesamten Konzerninsolvenzmasse erscheint dann vertretbar, wenn man sich vor Augen führt, dass der einzelne Gläubiger in dem Moment, in dem er ein Geschäft mit einer einzelnen Konzerngesellschaft schließt, wirtschaftlich in Kontakt mit dem Gesamtunternehmen »Konzern« tritt. Zu dessen wirtschaftlichem Erfolg trägt er bei, wenn er ihm Leistungen erbringt. Das ließe es nicht ungerecht erscheinen, ihm auch auf der anderen Seite als Haftungssubjekt das gesamte Wirtschaftsunternehmen zur Verfügung zu stellen. Auf der anderen Seite würde eine spätere Haftungszusammenfassung in der Insolvenz sich schon auf das Wirtschaften in der gesunden Gesellschaft auswirken: Schließlich müsste man hier schon wissen, wer später – wenn es darauf ankommt – wie haftet<sup>12</sup>. Für die Stakeholder der verschie-

denen Konzernunternehmen muss die Zusammenfassung der Massen auch nicht zwingend ein Segen sein. Denn die Interessen der Stakeholder werden enttäuscht, wenn sie sich auf ein Unternehmen beziehen, von dem eine eher zielführende Insolvenz zu erwarten ist und dieses Unternehmen nun in einen Verbund einbezogen wird, in dem die Insolvenzen der übrigen Unternehmen weniger erfolgreich verlaufen. Die Stakeholder des einzelnen Unternehmens tragen dann so nämlich das Insolvenzrisiko der übrigen Unternehmen mit.

Eine so weitgehende Zusammenfassung bereitet jedenfalls Kopfzerbrechen<sup>13</sup>. Der aktuelle Gesetzesentwurf lehnt die Umsetzung des Themas ab<sup>14</sup>. Nachdenken müsste man ggf. unbedingt darüber, ob einer solchen Zusammenfassung die unterschiedliche Rechtsträgerschaft der einzelnen Unternehmen entgegensteht<sup>15</sup>.

## b) Eine einheitliche Sanierung

Überlegt werden sollte zuletzt noch, ob die Erstellung eines einheitlichen Sanierungsplans im Gesetz verankert werden sollte<sup>16</sup>. Dafür spricht vieles: Die wirtschaftliche Dimension des Unternehmens »Konzern« lässt sich nur in seiner Gesamtheit erkennen. Die Betrachtung nur einzelner Konzernglieder wäre geradezu künstlich. Würde man sich hier entscheiden, bei einer Einzelsanierung zu bleiben, müsste man das insolvente Glied vollständig versuchen, aus dem Konzern herauszuoperieren. Das ist eine chirurgisch anspruchsvolle Aufgabe. Schließlich können viele Konzernglieder ohne ihre Verbindung zum Gesamtunternehmen überhaupt nicht selbstständig existieren. Hier sind vor allem die Serviceeinheiten bzw. zentralen Dienstleister des Konzerns hervorzuheben.

Eine Gesamtsanierung steht allerdings vor einer Hürde: Saniert werden kann nach dem Ansatz der InsO grundsätzlich nur, was insolvent ist. Befinden sich aber nur Teile des Konzerns in der Insolvenz und können so saniert werden, hängt der Erfolg ihrer Sanierung auch davon ab, wie sie auf den restlichen Konzern eingestellt werden können und wie sie sinnvoll in diesen reintegriert werden können. Die Gesamtsanierung muss also in den Fällen, in denen nicht der gesamte Konzern insolvent ist, einen Weg finden, wie mit den gesunden Konzernteilen zusammengearbeitet werden kann. Hier wird es sich nicht erlauben, Zwang auf

<sup>12</sup> Vgl. auch *Hirte*, Plenarprotokoll 18/15, S. 1144.

<sup>13</sup> Dafür etwa *Paulus*, ZIP 2005, 1948; dagegen *Brünkmans*, in: MK-InsO, 3. Aufl. 2014, Rn. 17.

<sup>14</sup> BT-Drs. 18/407, S. 16f.

<sup>15</sup> Siehe *Hirte*, ECFR 2008, 213, 236; *Sester*, ZIP 2005, 2099, 2100.

<sup>16</sup> *Hirte*, Plenarprotokoll 18/15, S. 1144.

die gesunden Teile des Konzerns auszuüben. Denn der Umstand, dass ein Konzernglied insolvent geworden ist, erlaubt grundsätzlich keine Eingriffe in den übrigen Konzern: Gesellschaftsrechtlich ist das übrige Unternehmen nicht verpflichtet, für das insolvente Glied Verantwortung zu übernehmen. Die Gesamtanierung müsste daher in einem kommunikativen Verfahren erfolgen. Wie weit der restliche Konzern mitwirken will, muss ihm selbst überlassen bleiben.

### c) Automatische Überprüfung eines Insolvenzgrundes

Um die Effektivität des Insolvenzverfahrens zu sichern, könnte darüber nachgedacht werden, ob mit dem Antrag auf Zuständigkeitskonzentration (Überlegungen zu diesem oben II.1 und II.2.) eine amtliche Prüfung des Vorliegens eines Eröffnungsgrundes (§ 16 InsO) bei den übrigen gruppenangehörigen Unternehmen einhergehen sollte. So könnte ein Konzern bei der Insolvenz eines seiner Glieder sofort auf seine Überlebensfähigkeit überprüft werden. Für die Gläubiger aller Konzernglieder würde damit ein größtmöglicher Schutz besorgt. Ein solches (einen enormen Aufwand erforderndes) Vorgehen führt aber zu Reibungen mit den Wertungen des Insolvenzrechts: Eine Eröffnung von Amtswegen ist in den §§ 14 ff. InsO gerade nicht vorgesehen. Nach § 14 InsO ist der Gläubigerantrag der Anlass für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, während nach § 15 InsO Eigenanträge hinzutreten. Die Antragspflicht nach § 15a InsO passt schon nicht in dieses System: Sie resultiert aus dem Pflichtenprogramm der Geschäftsleiter in ihrer organ-schaftlichen Stellung.<sup>17</sup> Vielmehr wird das Insolvenzrecht davon beherrscht, dass das Verfahren nur auf freiwilligen Antrag eröffnet wird (§ 13 Abs. 1 Satz 1, 2 InsO). Eine Einmischung des Staates muss sich als bedenklich herausstellen, wenn man überlegt, dass es hier allein um die wirtschaftlichen Verbindungen zwischen privaten Teilnehmern am Wirtschaftsverkehr geht.<sup>18</sup> Eine automatische Überprüfung des Vorliegens eines Insolvenzgrundes bei den übrigen gruppenangehörigen Unternehmen ist daher abzulehnen.

## 2. Gesellschaftsrecht

### a) Beendigung des Konzerns in der Insolvenz

Ganz oben auf der Wunschliste der Behandlung gesellschaftsrechtlicher Fragen im Konzerninsolvenzrecht muss die Lösung des Problems der Beendigung bzw. des Fortbestandes des Konzerns in der Insolvenz stehen. Zu diesem Problemkreis gehören mehrere Einzelfragen: Zum einen ist nämlich unklar, ob sich die Insolvenz auf den Fortbestand eines faktischen Konzerns auswirkt und zum anderen, ob sie sich auf den Fortbestand eines Vertragskonzerns auswirkt. Der faktische Konzern ist die Unternehmensverbindung, die auf einer gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflussnahme beruht, die Abhängigkeit begründet (§ 17 AktG) und ggf. einheitlich geleitet wird (§ 18 AktG)<sup>19</sup>. Der Vertragskonzern beruht auf dem Abschluss eines Beherrschungsvertrags (§ 291 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 AktG) zwischen zwei Unternehmen<sup>20</sup>. Weiter ist danach zu fragen, ob entweder die Insolvenz eines Mutterunternehmens oder die Insolvenz eines Tochterunternehmens oder gar erst die Insolvenz beider Unternehmen den Konzern beenden muss. Über diese Fragen besteht Streit.

Zwar hatte sich der BGH mit der Frage der Beendigung des Vertragskonzerns unter der Konkursordnung schon befasst und ist dabei zu dem Ergebnis gelangt, dass der Vertragskonzern ende – gleich welches Unternehmen insolvent geworden ist<sup>21</sup>. Seine Rechtsprechung ist unter der Geltung der Insolvenzordnung jedoch berechtigt angezweifelt worden<sup>22</sup>. Richtigerweise wird man davon ausgehen müssen, dass der Vertrag nicht endet, sondern gekündigt werden kann<sup>23</sup>. Der Gesetzgeber könnte die Gelegenheit nutzen, um das klarzustellen.

Bei der Insolvenz eines an einem faktischen Konzern beteiligten Unternehmens ist danach zu fragen, inwieweit die faktisch bestehenden Einflussmöglichkeiten fortbestehen bzw. ausgeübt werden können<sup>24</sup>. Bei der Insolvenz des herrschenden Unternehmens geht es damit um die Frage, ob das herrschende Unternehmen bzw. sein Insolvenzver-

<sup>19</sup> Siehe nur Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 17 Rn. 8.

<sup>20</sup> Siehe hier wiederum nur Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 291 Rn. 5.

<sup>21</sup> BGH, NJW 1988, 1326, 1326. Ihm folgend die wohl h.M.: Altmep-pen, in: MK-AktG, 3. Aufl. 2010, § 297 Rn. 103, 122; Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 297 Rn. 22; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 297 Rn. 38; Krieger, in: MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 70 Rn. 201.

<sup>22</sup> Hirte, in: Uhlenbruck InsO, 13. Aufl. 2010, § 11 Rn. 398 m. w. N.; Neumann, in: Gosch, KStG, 2. Aufl. 2009, § 14 Rn. 296; Häsemeyer, InsolvenzR, 4. Aufl. 2007, Rn. 32.09; Beck, MwStR 2014, 359, 364f.; Zeidler, NZG 1999, 692, 697.

<sup>23</sup> Ausführlich Beck, MwStR 2014, 365.

<sup>24</sup> Häsemeyer, InsolvenzR, 4. Aufl. 2007, Rn. 32.17 ff.

<sup>17</sup> Hess, Großkomm InsolvenzR, 2. Aufl. 2013, § 15a Rn. 2.

<sup>18</sup> Hess, Großkomm InsolvenzR, 2. Aufl. 2013, § 13 Rn. 1 m. w. N.



walter die bestehenden Einflussmöglichkeiten auf das beherrschte Unternehmen noch nutzen kann. Für die Insolvenz des beherrschten Unternehmens ist hingegen zu fragen, ob und wie das herrschende Unternehmen seinen Vorstellungen im beherrschten Unternehmen noch Gehör verschaffen kann<sup>25</sup>. Um hier für Rechtssicherheit zu sorgen, sollte klargestellt werden, welche Verpflichtungen und Befugnisse dem Insolvenzverwalter in der Insolvenz des jeweiligen Unternehmens zustehen.

## b) Cash-Pooling

Das Cash-Pooling ist das im Konzern etablierte System zur Verteilung der verfügbaren Finanzmittel an die Konzernunternehmen. Es ermöglicht, dass Gelder im Konzern dort eingesetzt werden, wo sie benötigt werden und verhindert so, dass Finanzmittel von außerhalb beschafft werden müssen. Dazu werden die freien Mittel aller Konzernunternehmen bei einem Unternehmen gesammelt und dann an die übrigen teilnehmenden Unternehmen verteilt. Wird bei einem der übrigen teilnehmenden Unternehmen das Insolvenzverfahren eröffnet, fällt es dem verwaltenden Unternehmen, wenn es das herrschende Unternehmen im Konzern ist, schwer, die an das andere Unternehmen gegebenen Mittel zurückzuerhalten: Finanzmittel, die von der Pool verwaltenden Konzernmutter an ihre Tochterunternehmen gegeben werden, fallen im faktischen Konzern als Gesellschafterdarlehen unter § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO: Fordert das herrschende Konzernunternehmen diese in der Insolvenz des Tochterunternehmens zurück, ist die Rückforderung nachrangig zu behandeln.

Die Einrichtung eines Cash-Pool-Systems führt damit *de lege lata* dazu, dass die Gläubiger der Unternehmen, die Finanzmittel aus dem Cash-Pool erhalten haben, bevorzugt werden gegenüber den Gläubigern der übrigen Konzernunternehmen. Die Finanzmittel, die die übrigen Konzernunternehmen in den Cash-Pool eingezahlt haben, können sie wegen des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nicht einfach von dem den Pool verwaltenden Unternehmen zurück-erlangen. Zwar haben die Gläubiger gegen das verwaltende Unternehmen einen eigenen Rückzahlungsanspruch, der davon unabhängig ist, was die Verwalterin mit dem bereitgestellten Geld gemacht hat. Gerade das ist aber auch das Problem: Die einzahlenden Unternehmen tragen das Insolvenzrisiko des verwaltenden herrschenden Unternehmens und können sich wegen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nicht sicher sein, dass sie bei der Insolvenz eines Unter-

nehmens, das Leistungen aus dem Cash-Pool empfängt, vom herrschenden Unternehmen ihre eingezahlten Mittel zurückerhalten. Schließlich kann das herrschende Unternehmen seine eigenen Forderungen gegen die insolvente Teilnehmerin nur nachrangig realisieren.

Das Risiko des Cash-Poolings tragen damit am Ende die Stakeholder der teilnehmenden Gesellschaften. Sicherlich ist richtig, dass jeder Stakeholder immer sämtliche Risiken trägt, die sein Unternehmen treffen. Problematisch ist das im Cash-Pool aber dadurch, dass das Risiko der Insolvenz eines anderen teilnehmenden Unternehmens vielmals kein Risiko ist, dass das eigene Unternehmen freiwillig übernommen hat. Vielmehr ist wohl davon auszugehen, dass die Teilnahme am Cash-Pool auf die Konzernleitung durch das herrschende Unternehmen zurückzuführen ist. Die Stakeholder eines einzelnen Konzernunternehmens sehen sich damit bei Einrichtung eines Cash-Pools durch die Bestrebungen des herrschenden Unternehmens dem Insolvenzrisiko eines jeden anderen Konzerngliedes ausgesetzt. Es fällt schwer, anzunehmen, dass das mit der Neufassung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, der seine derzeitige Fassung dem MoMiG<sup>26</sup> verdankt, beabsichtigt gewesen ist. Hier sollte über eine Nachsteuerung nachgedacht werden.

## 3. Europarecht

Der Anwendungsbereich des neuen deutschen Konzerninsolvenzrechts ist naturgemäß auf Sachverhalte beschränkt, die dem deutschen Recht unterliegen. Im Wirtschaftsleben sind allerdings grenzüberschreitende Konzerne allgegenwärtig<sup>27</sup>. Auf europäischer Ebene existieren bislang weder ein eigenständiger Konzerninsolvenzrechtsakt noch konzernspezifische Regelungen in der EuInsVO. Im aktuellen Reformvorschlag zur EuInsVO<sup>28</sup> sind solche Regelungen allerdings in den Artt. 42a ff. vorgesehen. Das angestrebte Ziel ist es – wie im deutschen Recht – die Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen derselben Unternehmensgruppe zu koordinieren.

<sup>26</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BGBl. I 2008, S. 2026 = DZWIR 2008, 505.

<sup>27</sup> Siehe aus der neueren Wissenschaft etwa *Hommelhoff*, KSzW 2014, 61; *Teichmann*, AG 2013, 184.

<sup>28</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über das Insolvenzverfahren vom 12. 12. 2012 (COM(2012) 744 final).

<sup>25</sup> Dazu umfassend *Beck*, MwStR 2014, 364 ff.

### a) Konzernverständnis des Entwurfs der EuInsVO

Der Begriff der Unternehmensgruppe – und damit das maßgebliche Konzernverständnis – wird vom Entwurf der EuInsVO in der Neufassung des Art. 2 lit. (i) definiert. Eine Unternehmensgruppe ist danach eine Anzahl von Unternehmen, bestehend aus Mutter- und Tochtergesellschaften.

### b) Tatbestandsmerkmale für die Begründung einer »Muttergesellschaft«

In Art. 2 lit. (j) wird bestimmt, wann eine Gesellschaft eine Muttergesellschaft ist. Eine Muttergesellschaft liegt danach vor, wenn sie gemäß lit. (j)i) in einer anderen Gesellschaft über die Mehrheit der Stimmrechte der Aktionäre oder Gesellschaft verfügt. Eine Muttergesellschaft ist gemäß lit. (j)ii) ebenfalls gegeben, wenn die Gesellschaft Aktionär oder Gesellschafter der Tochtergesellschaft ist und entweder das Recht hat nach lit. (j)ii)aa) die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Geschäftsführungs- oder Aufsichtsorgans dieser Tochtergesellschaft zu ernennen oder abberufen oder das Recht hat nach lit. (j)ii)bb) auf der Grundlage eines mit dieser Tochtergesellschaft geschlossenen Vertrags oder einer Bestimmung in deren Satzung einen beherrschenden Einfluss auf diese Tochtergesellschaft auszuüben.

### c) Keine besonderen Anforderung an eine »Tochtergesellschaft«

Kurios erscheint es dabei, dass der Entwurf nicht in gleicher Präzision erklärt, was eine Tochtergesellschaft ist. Das lässt sich nur so deuten, dass an die Qualifizierung als Tochtergesellschaft keine besonderen Erfordernisse gestellt werden. Tatsächlich verwendet der Entwurf den Begriff »Tochtergesellschaft« in einem Klammerzusatz in Art. 2 lit. (j)i) nach den Worten »in einer anderen Gesellschaft«. Eine Tochtergesellschaft ist danach »eine andere Gesellschaft als die Muttergesellschaft«. Das mutet seltsam weit an. Sieht man auf dem systematischen Zusammenhang, kommt nur jede »andere Gesellschaft« in Betracht, zu der eine Gesellschaft eine Muttergesellschaft nach Maßgabe des Art. 2 lit. (j) RiL-E ist. Festzustellen ist damit, dass an die Begründung der Tochtergesellschaftseigenschaft keine von dieser selbst zu erfüllenden Anforderungen gestellt werden.

### d) Europäisches Bilanzrecht für das deutsche Verständnis maßgebend

Das deutsche Recht knüpft für seine insolvenzrechtliche Behandlung des Konzerns in den §§ 3eff. InsO-E an das Konzernverständnis des deutschen Bilanzrechts an (§ 290 HGB)<sup>29</sup>. Da dieses von den europäischen Vorgaben zum Bilanzrecht<sup>30</sup> bestimmt wird, bestimmt das europäische Bilanzrecht nunmehr – wenn auch Abweichungen möglich sind – ebenfalls den Konzernbegriff des deutschen Konzerninsolvenzrechts<sup>31</sup>. Dieser Einfluss ist insoweit zu begrüßen, als das Konzernverständnis, das im europäischen Bilanzrecht herrscht, dasjenige ist, das auf europäischer Ebene am stärksten ausgeprägt ist und auch für andere europäische Rechtsakte maßgeblich ist<sup>32</sup>.

### e) Konzernverständnis des Europäischen Bilanzrechts und des Europäischen Konzerninsolvenzrechts

#### aa) Gemeinsamkeiten

Das EU-Bilanzrecht und das europäische Konzerninsolvenzrecht stimmen in ihrem Konzernverständnis weitgehend überein. In der neuen EU-Bilanzrichtlinie ist die »Gruppe« die Zusammenfassung des Mutterunternehmens und aller Tochterunternehmen (Art. 2 Nr. 11 RL); das entspricht der Anordnung des Art. 2 lit. (i) EuInsVO-E (siehe oben III.3.a)). Auch ist die Stimmrechtsmehrheit in beiden Rechtsakten taugliches Begründungsmerkmal für die Anknüpfung konzernrechtlicher Erfassung (Art. 22 Abs. 1 lit. a) RL bzw. Art. 2 lit. (j)i) EuInsVO-E). Auch die Organbesetzungs- und Abberufungskompetenz ist beiden Rechtsakten gemein (Art. 22 Abs. 1 lit. b) RL bzw. Art. 2 lit. (j)ii)aa) EuInsVO-E). Schließlich ist im Grunde die gleiche Anknüpfung für vertragliche oder durch die Satzung des Tochterunternehmens ermöglichte Unternehmensverbindungen gegeben (Art. 22 Abs. 1 lit. c) RL bzw. Art. 2 lit. (j)ii)bb) EuInsVO-E). Wenn dazu nach der EU-BilanzRL ergänzt wird, dass das Recht des Tochterunternehmens

<sup>29</sup> Ausf. Beck, DStR 2013, 2468, 2469 ff.

<sup>30</sup> Nunmehr Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates. Zuvor Siebente Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13. 6. 1983 aufgrund von Art. 54 Abs. 3 Buchst. g) des Vertrages über den konsolidierten Abschluss.

<sup>31</sup> Beck, DStR 2013, 2468, 2472.

<sup>32</sup> Hirte, ZIP 2008, 444, 446.

eine Unterwerfung unter den Vertrag oder eine solche Satzungsgestaltung erst erlauben muss, ergibt sich danach noch kein Unterschied: denn allein daraus, dass der Entwurf der EuInsVO das Erfordernis des Vertragsabschlusses oder der Satzungsregelung aufstellt, ergibt sich nicht, dass die EuInsVO solche Instrumente auch schaffen will. Da es an inhaltlichen Ausführungen zu diesen Instituten fehlt, ist eher anzunehmen, dass auch die Regelung des Art. 2 lit. (j)ii)bb) EuInsVO-E solche Verträge bzw. Satzungsregelungen nur als relevant ansieht, wenn sie nach dem Recht der Mitgliedstaaten vorhanden sind.

Wenn zu den in Art. 22 Abs. 1 lit. c) RL und Art. 2 lit. (j)ii)bb) EuInsVO-E angesprochenen Verträgen angenommen wird, dass damit die Unternehmensverträge des deutschen Rechts (§ 291 AktG) erfasst würden<sup>33</sup>, ist dem nur mit einer Ergänzung zuzustimmen: Erfasst sind Konzerne mit einem Unternehmensvertrag des deutschen Rechts (§ 291 AktG) nur, wenn zusätzlich eine Beteiligung des herrschenden am beherrschten Unternehmen besteht. Denn dieses Erfordernis wird von Art. 22 Abs. 1 lit. c) RL (vorbehaltlich einer mitgliedstaatlichen Ausnahme, (siehe sogleich unten III.3.3.e)bb)) und Art. 2 lit. (j)ii)bb) EuInsVO-E aufgestellt, während eine Beteiligung allein im Rahmen des § 291 AktG nicht erforderlich ist.

#### bb) Unterschiede

Der Weg des deutschen Gesetzgebers, für deutsche und europäische Konzerninsolvenzen einen einheitlichen Rahmen zu schaffen (siehe oben III.3.d)) wird nun aber dadurch erschwert, dass das Konzernverständnis des Entwurfs der EuInsVO sich nicht vollumfassend mit dem des EU-Bilanzrechts deckt.

Das ergibt sich schon daraus, dass die EU-BilanzRL in Art. 22 Abs. 1 lit. c) a.E. die Mitgliedstaaten ermächtigt, von dem Erfordernis der Beteiligung des Mutterunternehmens am Tochterunternehmen abzusehen. Im Entwurf der EuInsVO ist eine solche Ausnahme nicht vorgesehen. Bereits hier ist ein Auseinanderfallen vom Verständnis des EU-Bilanzrechts und damit des deutschen Konzerninsolvenzrechts und dem künftigen europäischen Konzerninsolvenzrecht der EuInsVO gegeben.

Zusätzlich räumt die EU-BilanzRL in Art. 22 Abs. 2 den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, weitere Verbindungs-

typen zwischen Mutter- und Tochterunternehmen als konzernbegründend einzustufen. Damit kann der von der Richtlinie vorgegebene Anwendungsbereich über den hinausgehen, den die EuInsVO mit ihrer Reform beabsichtigt.

#### cc) Ein Auseinanderfallen verhindern

Auch hierdurch ist somit zu befürchten, dass es zu einem Auseinanderfallen des deutschen und des europäischen Verständnisses des insolvenzrechtlichen Konzerns kommt. Da das Konzernverständnis des europäischen Bilanzrechts aber dasjenige ist, das auf europäischer Ebene die größte Bedeutung hat, sollte hier der Verordnungsgeber der EuInsVO, nicht aber der deutsche Gesetzgeber nachbessern: Die EuInsVO sollte vollständig den Vorgaben der EU-Bilanzrichtlinie angepasst werden<sup>34</sup>. Für das deutsche Recht würde dann grundsätzlich ein Gleichlauf des nationalen und des europäischen Konzernverständnisses erreicht werden. Die deutsche Insolvenzpraxis wäre dann bestens auf grenzüberschreitende Konzerninsolvenzen vorbereitet.

## IV. Schlussbemerkung

Die ersten Schritte zu einem Konzerninsolvenzrecht sind getan; die Regelungen sind schon fast in trockenen Tüchern. Der Gesetzgeber ist hier für seinen mutigen Einsatz zu loben, ein wichtiges Themengebiet, in dem es bislang keine klaren Rechtsregeln gab, zu ordnen. Hier dürfen die Bemühungen aber nicht stehenbleiben. Während sich die bisherigen Ansätze auf das Verfahrensrecht konzentrieren, sollten in weiteren Vorhaben die praktisch bestehenden Probleme behandelt werden, denen sich Konzerne in der Insolvenz ausgesetzt sehen. Denn nur, wenn ein Konzerninsolvenzrecht sich in allen Details mit der Realität der Konzerne auseinandersetzt, kann es Konzerninsolvenzen zu einer zielgerichteten Abwicklung führen. Dafür ist es aber erforderlich, dass das Insolvenzrecht die Struktur und damit die Interessenlagen im Konzern verinnerlicht und in seinen Regelungen berücksichtigt.

<sup>33</sup> Thole, ZEuP 2014, 39, 68; vgl. Prager/Keller, NZI 2013, 57, 63.

<sup>34</sup> In dieser Richtung auch Wimmer, DB 2013, 1343, 1345.