Fragen des deutschen und internationalen Insolvenzrechts

Schriften zum deutschen,
europäischen und internationalen
Insolvenzrecht

S-INSO Band 11

Schriften zum deutschen, europäischen und internationalen Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Stefan Smid, Kiel
Rechtsanwalt Dr. Mark Zeuner, Hamburg
Rechtsanwalt Michael Schmidt, Berlin

S-INSO Band 11

De Gruyter Recht · Berlin

Fragen des deutschen und internationalen Insolvenzrechts

Insolvenzrechtliches Symposium
der Hanns-Martin Schleyer-Stiftung
in Kiel 19./20. Mai 2006

De Gruyter Recht · Berlin

Wissenschaftliche Leitung: Professor Dr. *Stefan Smid*, Kiel
Tagungsleitung: Dr. *Silke Wehdeking*, Strande

Für die Unterstützung bei der Finanzierung der Tagung und der Herausgabe des Tagungsbandes danken Herausgeber und Verlag der Hanns-Martin Schleyer-Stiftung, der Herbert Karner GmbH, der STP AG Karlsruhe, der D.A.S. Prozessfinanzierung München, der Sparkasse Kiel (heute: Fördersparkasse, der GVI-GmbH und der August-Maria Berges-Stiftung.

♾ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 978-3-89949-431-0

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

© Copyright 2007 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany
Umschlaggestaltung: Christopher Schneider, Berlin
Datenkonvertierung/Satz: jürgen ullrich typosatz, Nördlingen
Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Verzeichnis der Verfasser IX

Grußwort
Dr. *Silke Wehdeking* 1

Grußwort
Stellv. Staatssekretär Dr. *Eberhard Schmidt-Elsaeßer* 3

Insolvenzrecht: Etatistisches Ordnungsinstrument oder Freiraum für Rechtsgestaltung – zum Verbindenden disparat anmutender Themenkreise
Professor Dr. *Stefan Smid* 5

Die Finanznot der Gemeinden – ein Betätigungsfeld für Insolvenzverwalter?
Diplom-Volkswirt, Rechtsanwalt und Notar Dr. *Wilhelm Wessel* 15

Insolvenz- und finanzrechtliche Perspektiven der Insolvenz von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere Kommunen
Rechtsanwalt, Banksyndikus Dr. *Friedrich L. Cranshaw* 25

Schiedsverfahren und Insolvenz
Universitätsprofessor Dr. *Walter H. Rechberger* 71

Schiedsverfahrensrecht und Insolvenz
Rechtsanwalt *Markus Stender* 83

Voraussetzungen für eine erfolgreiche Unternehmenssanierung in der Insolvenz
Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter *Peter Leonhardt* 91

Grenzüberschreitende Konzerninsolvenzen – Ende eines Irrweges?
Rechtsanwältin Dr. *Solveig Lieder* 99

Das schwedische Ausführungsgesetz zur Europäischen Insolvenzverordnung
Dr. *Katrin Lindenberg* 111

Haftung der Kreditinstitute wegen Ausführung treuwidriger Verfügungen des Insolvenzverwalters als Inhaber von offenen Treuhandkonten
Professor Dr. *Stefan Smid* 115

Die Bestellung des Insolvenzverwalters nach dem „Detmolder Modell“
Dr. *Klaus-Peter Busch,* Insolvenzrichter 121

Stichwortverzeichnis 139

Verzeichnis der Verfasser

Dr. Silke Wehdeking
Leonhardt und Partner, Kiel

Stellv. Staatssekretär Dr. Eberhard Schmidt-Elsaeßer
Minister für Justiz und Europaangelegenheiten, Kiel

Professor Dr. Stefan Smid
Christians-Albrechts-Universität zu Kiel

Diplom-Volkswirt, Rechtsanwalt und Notar Dr. Wilhelm Wessel
Lübeck

Rechtsanwalt, Banksyndikus Dr. Friedrich L. Cranshaw
Mutterstadt

Univ.-Prof. Dr. Walter H. Rechberger
Wien

Rechtsanwalt Mag. iur. Markus Stender
Wien

Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter Peter Leonhardt
Leonhardt und Partner, Berlin und Kiel

Rechtsanwältin Dr. Solveig Lieder
Kiel

Dr. Katrin Lindenberg
Kiel

Dr. Klaus-Peter Busch, Insolvenzrichter
Detmold

Grußwort

Silke Wehdeking

Meine Damen und Herren,

ich habe heute die Freude, Sie zum Zweiten Kieler Insolvenzrechts-Symposium begrüßen zu dürfen.

Diese Veranstaltung führt Studierende, Doktoranden und Hochschullehrer der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Insolvenzpraktiker zusammen, um gemeinsam mit hochrangigen Referenten Fragen des deutschen und internationalen Insolvenzrechts zu diskutieren. Dieses Konzept scheint nicht ohne Reiz zu sein, wie die rege Teilnahme auch in diesem Jahr beweist.

Die Terminierung der Veranstaltung mit der Fußballweltmeisterschaft, der Kieler Woche und der Einschätzung der diesjährigen zwei Tagen Kieler Sommer in Einklang zu bringen war nicht ganz einfach, deshalb freut uns der Zuspruch zu unserem Symposium über die Grenzen Norddeutschlands hinaus, und wir freuen uns über diejenigen unter uns, die besonders weite Anreisewege hinter sich gebracht haben, um an dieser Veranstaltung teilnehmen zu können.

Warum nicht Insolvenztag oder -tagung – von denen es ja in Deutschland nun schon einige gibt – und nun auch noch in Kiel? Warum nicht Seminar? Warum „hier" Symposium?

Die Bedeutung des Wortes „Symposium" ist aus der Übersetzung im frühen 19. Jahrhundert als „Gastmahl" bekannt, das der sophistischen Unterrichtungsform den Rahmen abgab. Gelehrte Gespräche und gemeinsame Speisen.

Die beiden Historiker *Danny Danziger* und *Nicholas Purcell* haben in ihrer ausgezeichneten Darstellung der Glanzzeit Roms unter *Hadrian* das Symposium am Kaiserhof in Tivoli beschrieben. Um 120 nach Christi Geburt hatte man sich unter einem Symposium ein Gelage vorzustellen, in dem die Speisen rasch durch den Genuss eines zwar verdünnt, aber in erheblichen Mengen getrunkenen Weines abgelöst wurde – was den Verlauf der Gespräche nach Danzigers und Purcells Quellenstudium in nicht unerheblicher Weise beeinflusst haben soll.

Damit muss ich Sie an dieser Stelle nun schon mit der ersten – aber hoffentlich letzten – Enttäuschung dieses Tages konfrontieren. Die Einheit, die sowohl das griechische als auch das hadrianische Symposium ausgemacht hat, ist heute zerbrochen – und zwar bewusst und gewollt. Ob die *Götter* die Arbeit vor den Wein gestellt haben, will ich offen lassen – seien Sie aber versichert, dass die Veranstalter diese Reihenfolge hier strikt einhalten werden.

Für Ihre Enthaltsamkeit werden Sie reich belohnt. Es ist uns auch in diesem Jahr gelungen, hervorragend ausgewiesene Insolvenzrechtler aus dem In- und Ausland für diese Veranstaltung zu gewinnen. Ich möchte aber an dieser Stelle nicht auf inhaltliche Dinge vorgreifen, hierzu wird noch etwas gesagt werden, wenn das thematisch Gemeinsame der Vorträge zur Sprache gebracht wird.

Last but not least freue ich mich, dass dieses Symposium wieder unter der Schirmherrschaft des Herrn Justizministers steht, der heute verhindert ist und an dessen Stelle ich Herrn stellv. Staatssekretär Dr. *Schmidt-Elsaeßer* begrüßen darf. Leider ist auch der Herr Dekan der Juristischen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität, Herr *Jikeli* verhindert, er nimmt an einer Tagung teil, zu der über die Zukunft der Norddeutschen Bundesstaaten diskutiert wird.

Ich räume nun Ihnen, Herr Staatssekretär, gern den Platz für Ihr Grußwort.

Grußwort

Eberhard Schmidt-Elsaeßer

Sehr geehrter Herr Professor Smid,
sehr geehrte Damen und Herren,

ich begrüße Sie im Namen der Landesregierung, insbesondere im Namen von Justizminister Uwe Döring und Staatssekretär Peter Nissen, sehr herzlich zum Kieler Insolvenzrechts-Symposium!

Meine Damen und Herren,

„einmal ist keinmal", heißt es, aber mit dem zweiten Mal beginnt bekanntlich eine Tradition. Das nunmehr zum zweiten Mal veranstaltete Symposium scheint demnach auf einem guten Weg zu sein. Das ist schon deshalb erfreulich, weil das Insolvenzrecht nach wie vor ein besonders heißes Pflaster der Rechtspolitik ist und der Diskussionsbedarf entsprechend hoch. Dies belegt schon der flüchtige Blick in die Zeitungen und Zeitschriften der letzten Wochen und Monate. Ich möchte – aus aktuellem Anlass und wegen der Kürze der Zeit – nur zwei Themen kurz ansprechen:

Das Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters und die Reform des Verbraucherinsolvenzrechts.

Meine Damen und Herren,

das Insolvenzrecht bezweckt laut § 1 Satz 1 InsO die möglichst gerechte Befriedigung der Gläubiger und die Sanierung eines Unternehmens. Darüber hinaus soll sich nach Satz 2 der redliche Schuldner von seinen Schulden befreien können. Ich möchte ein Insolvenzrecht auch in Zukunft erhalten, das diesen Zwecken gerecht wird. Dazu muss das Insolvenzrecht nach Möglichkeit von Wertungen, die dem Insolvenzrecht fremd sind, freigehalten werden. Insbesondere sollte die Gleichbehandlung der Gläubiger nicht aufgehoben oder relativiert werden. Genau dies wäre der Fall bei der Einführung von Privilegien der öffentlich-rechtlichen Gläubiger beim Anfechtungsrecht nach den §§ 129 ff. InsO.

Ich verkenne nicht die Nöte der Sozialversicherungsträger. Als ehemaliger Abteilungsleiter im Finanzministerium ist mir auch die Leere der öffentlichen Kassen nur allzu gut bekannt. Dennoch glaube ich, dass die Gläubigergleichbehandlung als Grundsatz beibehalten werden muss. Auch private Haushalte sind oft Not leidend. Es entstünde ein fragwürdiger Eindruck, wenn sich die öffentliche Hand kraft ihrer Gesetzgebungsmacht hier eine bessere Behandlung ausbedingen würde. Darüber hinaus lehrt die Erfahrung, dass ein Unternehmen nur mit Hilfe einer

massegenerierenden Anfechtung saniert werden kann und Arbeitsplätze erhalten werden können. Dadurch wird nicht nur eines der Ziele des Insolvenzrechts erreicht, sondern die Steuern und Sozialabgaben des geretteten Unternehmens entlasten auf Dauer auch die öffentlichen Haushalte.

Meine Damen und Herren,

ich werde mit dem eben Vorgetragenen bei den meisten von Ihnen vermutlich keinen Widerspruch ernten. Dies könnte bei meinen Gedanken zur geplanten Reform des Verbraucherinsolvenzrechts vermutlich anders sein: Denn gerade die Insolvenzrechtspraktiker sehen die geplanten Änderungen, namentlich die Abschaffung der Stundungsregelung des § 4a InsO mit gemischten Gefühlen. Gerade vor dem Hintergrund vieler kritischer bis ablehnender Stimmen möchte ich folgenden Punkt betonen: Bei den meisten Verbraucherinsolvenzen erhalten die Gläubiger aus der Masse keinen Cent. Entweder ist gar keine Masse vorhanden oder die Masse reicht gerade, um die Verfahrenskosten abzudecken. Welchen Sinn hat in solchen Fällen das aufwändige und teuere Verbraucherinsolvenzverfahren, wenn keiner der Hauptzwecke des Insolvenzrechts erreicht werden kann, also weder Gläubigerbefriedigung noch eine Sanierung? Wenn diese Verfahren nur der Restschuldbefreiung dienen, was läge näher, als ein auf diesen Zweck zugeschnittenes Verfahren zu schaffen?

Genau dies soll mit dem Entwurf für ein „Gesetz zur Entschuldung völlig mittelloser Personen“ geschehen. Dieses Verfahren wird kein Gesamtvollstreckungsverfahren sein. Da es keine Verteilungsmasse gibt, muss auch kein Treuhänder eingesetzt werden. Die Insolvenzordnung bietet nur den Rahmen, in dem Gläubiger und Schuldner sich zu bewegen haben. Es ist Sache des Schuldners, sich durch Redlichkeit und Erfüllung seiner Obliegenheiten die Entschuldung zu verdienen, und Sache der Gläubiger, den Schuldner dabei zu überwachen. Ich meine, dieses Modell ist nicht nur Ausdruck von Sparzwängen, sondern entspricht auch dem Menschenbild des Grundgesetzes. Denn grundsätzlich ist jeder selbst verantwortlich für die Gestaltung seines Lebens. Ist jemand – aus welchen Gründen auch immer – hoch verschuldet, so sollte grundsätzlich dem Betroffenen selbst die Aufgabe zufallen, sich wieder aus dem Schlamassel zu befreien. Letztlich ist das Entschuldungsverfahren Ausfluss des Subsidiaritätsprinzips. Der Staat soll nur eingreifen, wenn anderweitige Hilfe, insbesondere Selbsthilfe, keinen Erfolg verspricht.

Meine Damen und Herren,

mit diesem Gedanken möchte ich enden – schließlich bedeutet Subsidiarität im Lateinischen auch *„zurücktreten“,* was mir angesichts des auf diesem Symposium versammelten Sachverstands besonders leicht fällt. Ich wünsche Ihnen allen ein ertragreiches Symposium und lebhafte Diskussionen!

Herzlichen Dank!

Insolvenzrecht: Etatistisches Ordnungsinstrument oder Freiraum für Rechtsgestaltung – zum Verbindenden disparat anmutender Themenkreise

Stefan Smid

Dieses Symposium stellt Themen zur Erörterung, die der flüchtigen Betrachtung zufällig zu sein scheinen, jedenfalls aber eines inneren Zusammenhangs entbehren. Es wäre zu weit gefasst, sollte als Bindeglied der heute und morgen erörterten Fragen unterstellt werden, sie beträfen das Recht. Erlauben Sie mir daher bitte diese einführenden Bemerkungen, die zugleich die Referenten kurz vorstellen sollen.

I.

Wenn das europäische Recht einen Vorrang vor dem autonomen deutschen Recht genießt – und dies vorbehaltlich der Maastricht-Entscheidung des BVerfG[1] jedenfalls in Deutschland ist der Fall, weil das letztere an das erste gebunden ist –, dann lässt es sich nicht leugnen, dass vom europäischen Recht grenzüberschreitender Insolvenzen (der EuInsVO) nicht unerhebliche Anpassungswirkungen auf die nationalen Insolvenzrechte ausgehen.[2] Vor fast einem Jahr ist dies Thema des Ersten Kieler Insolvenzrechtssymposiums gewesen[3]; auch in diesem Jahr 2006 wird dies leitmotivisch anklingen. Es erscheint mir nicht allein aus regionalen Gründen bedeutsam, dass wir diese Fragen hier im Kontext eines Bereichs zur Sprache bringen, der außerhalb des europäischen Horizonts des Recht grenzüberschreitender Insolvenzen zu liegen scheint – und doch mitten in Europa liegt. *Lars Lindencrone Petersen*, Richter an einem höchsten Gericht Dänemarks und Universitätsprofessor, wird zu uns über das dänische Insolvenzrecht sprechen, dessen Fortentwickler er als Lehrbuchautor und dessen Kommentator er ist. Die EuInsVO gilt nicht in Dänemark[4], das aus allen historischen und geographischen Gründen für Schleswig-Holstein von größter Bedeutung ist. Das dänische Recht ebenso wie das Recht anderer EU-Staaten ist aber – wenn auch nicht an positiv-gesetzliche Regelungen, so aber an die – Standards des europäischen Rechts gebunden. Das ist übrigens

---

1 BVerfGE Bd. 89, 155.

2 Ich habe dies für das internationale europäische Insolvenzrecht früh behauptet: *Smid*, Europäisches internationales Insolvenzrecht, 2002, § 2 Rn. 2.

3 *Konecny*, Probleme grenzüberschreitender Insolvenzen, in: *Smid* (Hrsg.), Neue Probleme des deutschen und internationalen Insolvenzrechts, 2006, 106 ff.

4 Art. 1 und 2 des Protokolls über die Position Dänemarks, das dem Vertrag über die EU und dem EGV beigefügt ist, EuInsVO Erwägungsgrund Nr. 32.

dem dänischen Insolvenzrecht, für das hier mit Fug und Recht *Lars Lindencrone Petersen* stehen und sprechen wird, sehr vertraut – weshalb er – weltweit von Changcha[5] und Beijing bis Kiel und Wien Gehör findet. In Dänemark nicht anders als in anderen europäischen Rechtsordnungen ist das Wissen um – altertümlich, aber mir liebgewonnen ausgedrückt: das *proprium* des Insolvenzrechts präsent. Damit sind solche strukturbildenden Regelungen angesprochen, ohne die Verfahren nicht denkbar sind, in denen die bürgerlichrechtliche allseitige Haftungsordnung[6] im Fall der Insolvenz eines Schuldners zu Ungerechtigkeiten führen würde. Ich spreche dabei sowohl solche Grundregeln an, die nicht nur auf einer *zufälligen* Entscheidung europäischer Institutionen beruhen, sondern von anderen supranationalen Institutionen als für die Konstitution eines funktionstüchtigen *und* gerechten Insolvenzrechts wesentlich angehen werden – und über die in den Ausarbeitungen der *UNCITRAL*[7], der *World Bank*[8] oder des *Weltwährungsfonds*[9] gestritten wird, wenn es um die Maßstäbe geht, die bei der Beurteilung der Standards zugrundezulegen sind, wenn es um die Kreditwürdigkeit eines Staates aufgrund des Grades der *sophistication* seiner Rechtsordnung geht. Auch Dänemark, das seine Vorbehalte gegenüber dem Inkrafttreten ausgeübt hat, die ihm aufgrund Art. 1 und 2 des Protokolls über die Position Dänemarks, das dem Vertrag über die EU und dem EGV beigefügt ist[10], zustehen, kann sich der normativen Kraft dieser Strukturen nicht entziehen – im Gegenteil – wie die Arbeiten *Lars Lindencrone Petersens* eindrucksvoll deutlich machen, macht sich das dänische Recht diese prägenden Strukturen im Gegenteil zu Eigen.

Erlauben Sie mir, dies gleichsam in Gestalt eines Syllogismus zu formulieren, dessen Unvollkommenheit ich Sie mir nachzusehen bitte.

Das europäische Insolvenzrecht steht in einer eigenartigen Wechselbeziehung zu den autonomen nationalen Insolvenzrechten. Es bestärkt dabei die Geltung von Rechtsgrundsätzen, die für die nationalen Insolvenzrechte tragend sind.

Das dänische Insolvenzrecht steht zwar außerhalb des Geltungsbereichs des für das Feld grenzüberschreitender Insolvenzen geltenden positiv-gesetzlichen europäischen Rechts. Da es aber allgemeinen europäischen Rechtsstandards zwingend verpflichtet ist, gibt es eine gemeinsame Grundlage, auf der die Lösungen des dänischen Insolvenzrechts und die der Insolvenzrechte seiner Nachbarstaaten als richtig, angemessen und gerecht angesehen werden können.

Daher kommt das europäische Insolvenzrecht – vermittelt – auch für die Auslegung des dänischen Rechts zur Geltung.

---

5 Die Hauptstadt Hunans, in der Mao Tsetung ein Lehrerseminar besuchte. Dort habe ich auf einem Hearing des National Peoples Congess *Lars Lindencrone Petersen* kennengelernt.
6 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2003 Rn. 1.14 ff.
7 UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, New York 2005 (www.uncitral.org.pdf).
8 extsearch.worldbank.org
9 Vgl. nur *Rogoff/Zettelmeyer,* Bankruptcy procedures for Sovereigns, IMF Staff Paper Vol. 49 Nr. 3.
10 EuInsVO, Erwägungsgrund Nr. 33.

Es fehlt mir schlicht an jedwedem rechtstatsächlichem Material, ob (das halte ich für wahrscheinlich) und in welchem Umfang (davon habe ich gar keine Vorstellung) es im „Grenzland" Schleswig-Holstein zu grenzüberschreitenden dänisch-deutschen Insolvenzen kommt. Der freie Verkehr von Waren und Dienstleistungen innerhalb der EU lässt solche Fälle keinesfalls als Ausnahmen erscheinen. Dies zeigt die vorliegende Judikatur – übrigens des OLG Frankfurt/M.[11]

Aus der Sicht des deutschen autonomen internationalen Insolvenzrechts, das in Fällen dänisch-deutscher grenzüberschreitender Insolvenzverfahren von den deutschen Gerichten zu berücksichtigen ist[12], stellt sich im übrigen die Rechtslage durchweg weitaus weniger dramatisch von derjenigen unterschieden dar, die in übrigen europäisch-grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren zu berücksichtigen ist, in denen die EuInsVO als unmittelbar geltendes Recht[13] zur Anwendung gelangt.

In Schweden gilt die EuInsVO unmittelbar. Es ist reizvoll, die Ausführungen zum dänischen Recht zu ergänzen, vielleicht zu kontrastieren mit einem Blick auf die brandneuen schwedischen Ausführungsregeln zur EuInsVO. Dazu werden wir einen vorbereiteten Diskussionsbeitrag *Katrin Lindenbergs* hören. Da die EuInsVO europäisch autonom auszulegen, diese Auslegung dem EuGH anvertraut und von ihm jüngst Anfang Mai in Sachen Eurofood zu Fragen des Mittelpunkts des hauptsächlichen Interesses, des Prioritätsgrundsatzes im Lichte europäischen Vertrauens und des ordre publique im grenzüberschreitenden europäischen Insolvenzverfahrens für die Insolvenzpraxis unmittelbar bedeutsam wird, werden wir einen weiteren vorbereiteten Diskussionsbeitrag *Solveig Lieders* hören.

II.

Das europäische Recht grenzüberschreitender Insolvenzen lenkt den Blick auf das Wesentliche – und öffnet nicht zuletzt damit dem Denken zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik neue Perspektiven.

Soweit die bisherigen Überlegungen darin Zustimmung erfahren, dass die europäische Kodifikation von Regeln grenzüberschreitender Insolvenzen für das Verständnis allgemein-strukturierender Grundsätze eines jeden (jedenfalls eines jeden „europäischen") Insolvenzrechts bedeutsam ist, wird die Frage danach spannend, welches denn diese Grundregeln seien. Auch wer die Beschränktheit „positivistischer" Argumentationen bedenkt, sieht nach der Eurofood-Entscheidung des EuGH sogleich, dass Insolvenzrecht im Kern das Recht der allseitigen Haftungsverwirklichung ist – das durch die Einrichtung eines Gesamtverfahrens mit Gesamtbeschlag über das Schuldnervermögen gekennzeichnet wird.

---

11 OLG Frankfurt/M., B. v. 24.1.2005, 20 W 527/04.
12 *Smid,* Deutsches und europäisches internationales Insolvenzrecht, Kommentar, 2004, Vor § 335 InsO Rn. 2–4.
13 *Smid* (Fußn. 12) Vor Art. 1 EuInsVO Rn. 4.