

# **Außenwirkung und Innenwirkung**

von

Prof. Dr. CHRISTOPH BECKER, Augsburg

## *Inhaltsübersicht:*

### Einleitung

1. Sinn des Insolvenzverfahrens
  - a. Erwartungen an das Insolvenzverfahren
  - b. Kommt es zum Verfahren?
  - c. Wirksame Verflüssigung des Schuldnervermögens
2. Zielverfolgung im Wechsel zwischen Innenwirkung und Außenwirkung
  - a. Verlust an Verfügungsgewalt beim Schuldner
  - b. Verlust an Handlungsmöglichkeiten auf Gläubigerseite
  - c. Beschlagfreies Sondervermögen
  - d. Kein Zugriff auf Beschlagfreies
  - e. Kein Konkurrenzverbot
3. Bekanntheit als Außenwirkung
  - a. Eröffnung wesentlicher Verfahrensschritte
  - b. Eröffnung detaillierten Wissens um die wirtschaftliche Lage des Schuldners
4. Grenzüberschreitende Abwicklung des Insolvenzverfahrens
  - a. Auswärtige Anerkennung des Verfahrens
  - b. Preisgabe der Verheißung von Rechtsschutzgewähr
5. Einzelne Verwalteraktivitäten
6. Nochmals: Innenwirkung und Außenwirkung bei Bewirtschaftung des Vermögens
7. Vergleich statt Insolvenzverfahren
8. Vorzug des Insolvenzverfahrens

## **Einleitung**

Meine sehr geehrten Damen und Herren!

Als vor einigen Wochen der Herr Vorsitzende mit mir am Telefon das Thema meines Kurzvortrages für die heutige Veranstaltung festlegte, konnten wir einander zwar nicht sehen. Aber ich bin sicher, dass in beider Gesichter ein Augenzwinkern zu bemerken war, als die Wahl auf „Außenwirkung und Innenwirkung“ fiel. Die Begriffspaarung sollte ebenso zwischen Eröffnen und Verhüllen schwanken, wie es der Umgang mit Insolvenz zwischen Abwicklung vor aller Augen und diskreter Bemühung um Erhaltung oder Wiedergewinnung wirtschaftlicher Kraft tut.

### **1. Sinn des Insolvenzverfahrens**

#### **a. Erwartungen an das Insolvenzverfahren**

Über Zwecke des Insolvenzverfahrens belehrt § 1 InsO. Erstens sollen die Gläubiger befriedigt werden. Dies soll – wie schon unter § 3 Abs. 1 KO – „gemeinschaftlich“ geschehen. So als ob die Gläubiger nicht allein in ihrem Wettlauf um die letzte verfügbare Masse gehemmt würden. So als ob sie durch mehr miteinander verbunden wären, als bloß durch die je einzeln erlittene schlechte Erfahrung zähflüssiger Bedienung. Zweitens solle der Schuldner, wenn er das Prädikat „redlich“ verdient, Entlastung erfahren.

Diese Zwecke sind indessen nicht die einzigen Erwartungen an die geregelte Bewältigung von Insolvenz. Unter Zielen, welche § 1 InsO nicht benennt, ragen zwei hervor, die zwar nicht bei jedem Schuldner eine Rolle spielen, aber je nach Lage der Dinge von größtem Gewicht sind. Das eine ist die Erhaltung von Arbeitsplätzen. Hier gilt es einen Weg der Bewirtschaftung zu

finden, bei dem das Instrumentarium der Betriebsänderung mit Personalabbau nach Sozialplan (§§ 111 ff. BetrVG, 121 ff. InsO) in möglichst geringem Ausmaße oder besser überhaupt nicht eingesetzt werden muss. Das zweite unter den unbenannten hervorragende Ziel ist dasjenige der Standortsicherung. Nationale, regionale oder lokale Bedeutung eines Unternehmens können seine Kontinuität unverzichtbar erscheinen lassen. Dies kommt nicht allein bei gewerblichen Unternehmen vor (etwa wegen ihrer wirtschaftlichen Größe oder ihres entwicklungstechnischen Niveaus wegen ihrer Bedeutung als Gewerbesteuerquelle oder wegen ihrer sonstigen Steuerkraft), sondern auch bei kulturellen und sozialen.

Die je nach Fall vielfältigen und zumeist hochgesteckten Erwartungen überfordern das Insolvenzverfahren für gewöhnlich. Zielkonflikte sind unvermeidbar. Schon die Vorstellungen über die richtige zeitliche Ordnung und Dauer der Verfahrensschritte laufen je nach Interesse zwangsläufig weit auseinander. Geradezu prinzipiell steht außerdem allem eine Schonung der Ressource „Rechtsschutz“ entgegen, die Wahrung der Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege.

### **b. Kommt es zum Verfahren?**

Tatsächlich wird oft ein Insolvenzverfahren gar nicht eröffnet. Die Verfahrensordnung selbst spricht gegen Eröffnung, wenn mangels Masse keine Aussicht auf Bedienung der Insolvenzgläubiger besteht (§ 26 Abs. 1 Satz 1 InsO). Dann gibt es auch keine Restschuldbefreiung, weil deren Prozedur ein abgewickelter Insolvenzverfahren voraussetzt (§ 286 InsO). Und ist ein Insolvenzverfahren eröffnet, kann es immer noch zur Einstellung mangels Masse, deren Gehalt man vorerst überschätzte, kommen (§ 207 Abs. 1 Satz 1 InsO).

Immerhin lässt sich die Dürftigkeit der Masse durch Einschließen eines genügenden Geldbetrages überwinden (§§ 26 Abs. 1 Satz 2, 207 Abs. 1 Satz 2 InsO). Hier besteht für den Schuldner Gelegenheit, sein Geschick, für die Gläubiger, ihren Wagemut, für Dritte, ihre Fürsorglichkeit unter Beweis zu stellen. Wer dem Schuldner mit einem zinslosen Darlehen unter die Arme greift, muss insoweit immerhin die Restschuldbefreiung nicht fürchten (§ 302 Nr. 3 InsO gemäß Gesetz vom 26. Oktober 2001). Sollte sich das Geld für die Kostendeckung nicht aufreiben lassen, tut sich ab dem Jahr 2002 ein weiterer Weg zur Durchführung auf. Er besteht in der dem Schuldner gewährten Stundung der Verfahrenskosten (§§ 4a ff. InsO; dazu §§ 26 Abs. 1 Satz 2 a. E., 207 Abs. 1 Satz 2 a. E. InsO), angelehnt an die Prozesskostenhilfe des Erkenntnisverfahrens (§§ 114 ff. ZPO). Dieser Weg ist dem Schuldner Zuflucht, welcher wegen der Hoffnung auf Restschuldbefreiung so rasch wie möglich sein Vermögen unter Beschlag genommen sehen möchte. Von der künstlichen Entlastung der Masse durch Vorschuss oder Stundung profitieren dann der nun doch zu bestellende und mit Honorar zu versehende Verwalter und die meisten Gläubiger, da nun eine Verteilung (§§ 187 ff. InsO) stattfindet. Für nachteilig werden dies diejenigen Gläubiger halten, welche sich für schlagkräftig genug empfunden hätten, mangels Insolvenzverfahrens rascher als die übrigen zu (wenigstens teilweise) erfolgreicher individueller Vollstreckung zu schreiten.

Stundung gewährt das Gericht zunächst bis zur Erteilung der Restschuldbefreiung (§ 4a Abs. 1 Satz 1 InsO). Aber es kann sie auch darüber hinaus verlängern (§ 4b Abs. 1 Satz 1 InsO). Jedenfalls bleibt die Schuldenlast. Sie entfällt nicht etwa infolge der Restschuldbefreiung. Vielleicht ruft sie das nächste Insolvenzverfahren hervor. Dort ist dann der noch immer offene Anspruch auf Kostenzahlung nur Insolvenzforderung, solange nicht in §§ 53, 54 oder 55 InsO die Kosten zurückliegender Insolvenzverfahren als Masseverbindlichkeiten bezeichnet sind.

Damit ist dann ein erheblicher Teil des ursprünglichen Insolvenzrisikos endgültig sozialisiert. Anders wäre es nur, wenn noch Vermögen aufgefunden würde, das schon beim ursprünglichen Insolvenzverfahren vorhanden war. Insofern genügt eine Nachtragsverteilung im selben Verfahren (§ 203 InsO). Darin sind die Kosten weiterhin Masseschuld.

Da Stundung nur natürliche Personen als Schuldner genießen und dies auch nur dann, wenn sie auf Restschuldbefreiung antragen, fallen unter Nichteröffnung oder Einstellung mangels Masse weiterhin Insolvenzen in ziemlicher Anzahl. Namentlich betrifft dies Vermögen von Gesellschaften. Ohne Insolvenzverfahren findet weder geregelte Liquidierung noch geregelte Findung eines vom gesetzlichen Schema abweichenden Planes zur Erledigung (Insolvenzplan; gerichtlicher Schuldenbereinigungsplan) statt. Hier bleibt es beim Wettlauf in der Einzelvollstreckung und informell angestrebter Sanierung. Womöglich ist das mit Blick auf die konkurrierenden Ziele sogar effizienter?

### **c. Wirksame Verflüssigung des Schuldnervermögens?**

Selbst wenn die Masse zur Verfahrenseröffnung auszureichen scheint, ist damit das Ziel der Gläubigerbefriedigung noch nicht in greifbare Nähe gerückt. Regelmäßig bleibt für die Insolvenzgläubiger nach allem nur eine geringe Quote (§ 39 Abs. 1 InsO) übrig. Erreichten die Gläubiger nennenswerte Deckung, so würde sich der Verdacht aufdrängen, dass kein Grund zur Verfahrenseröffnung bestanden hatte. Fast allein theoretische Bedeutung hat die Vorschrift über die Aushändigung eines Restes an den Schuldner beziehungsweise die Teilhaber am Schuldnervermögen nach der Schlussverteilung (§ 199 InsO). Die Aussichten auf weitgehende Befriedigung sind nicht nur bei gesetzmäßiger Liquidation gering. Sie stoßen auch bei einer in

einen Insolvenzplan gestellten Mischung aus individuell geordneter Liquidation von Vermögensteilen und Reorganisation des Restes an Grenzen. Diese Grenzen sind sogar selbst gesteckt, wenn die Sanierung unter Beteiligung der Gläubiger gegen Forderungskürzung geschieht.

An ein kleines Vermögen gelangt man also recht leicht durch Einsatz eines größeren, wenn man sich nur einen zur Illiquidität geeigneten Geschäftspartner erwählt. Denn die Ordnung desolater Verhältnisse ist mühselig und fehleranfällig (§ 60 InsO). Das bedarf angemessener Vergütung und Auslagerstattung (für Verwalter und Mitglieder des Gläubigerausschusses; siehe §§ 63, 65, 73 InsO mit InsVV) sowie einer Refinanzierung der staatlichen Aufwendungen (Gerichtskosten). Des weiteren ist das Insolvenzverfahren notwendig schwerfällig. Sowohl Liquidation nach gesetzlichen Regeln als auch Findung einer abweichenden Lösung im Insolvenzplan folgen einem auf Beruhigung und akkurater Prüfung beruhenden Zeitplan.

Nicht umsonst versuchen alle Seiten die Abwendung des Insolvenzverfahrens. Besonderen Druck auf Beseitigung von Illiquidität und Überschuldung entfalten nicht selten die öffentlichen Körperschaften, wenn sie die erwähnten öffentlichen Interessen jenseits der gesetzlich beschriebenen Verfahrensziele wie Erhalt der Arbeitsplätze und Standortsicherung wahrnehmen. Sie vermitteln neues Fremd- oder Eigenkapital, engagieren sich mit Bereitstellung von Sicherheiten oder bringen sogar selbst Kapital auf. Das Insolvenzverfahren ist zwar als Einheitsverfahren gedacht. Die Eröffnung lässt die Wahl zwischen sofortiger Liquidation oder einstweiliger Fortführung (§§ 1 Satz 1 Fall 1, 157 InsO) oder Entwicklung einer abweichenden Lösung und hier namentlich Sanierung (§§ 1 Satz 1 Fall 2, 217 InsO; verdeckt aber auch bei Einwerbung einer Zustimmung aller Gläubiger zur Einstellung nach § 213 Abs. 1 Satz 1 InsO) offen. Tatsächlich aber ist wirksame,

zügige, kostenarme Sanierung vor allem eine Frage, die vor dem Insolvenzverfahren geklärt wird. Im Grunde genommen ist somit die zeitliche Trennung aus den Abläufen nach Vergleichsordnung und Konkursordnung erhalten geblieben. Zuerst sind Sanierungsüberlegungen (frühere Vergleichsordnung) anzustrengen. Wenn diese scheitern, folgt die Zerschlagung (frühere Konkursordnung). Auch aus der Zerschlagung heraus kann allerdings noch eine abweichende Lösung gefunden werden (früherer Zwangsvergleich nach §§ 173 ff. KO). Freilich bemühte man sich in geeigneten Fällen auch schon unter dem alten Insolvenzrecht vornehmlich im Vorfeld eines förmlichen Verfahrens um Sanierung.

Die sozusagen privatautonom versuchte Sanierung hatte und hat ganz offensichtlich Attraktivität. Nur bei ausgewählten Kontaktpersonen ringt der Schuldner oder ein empfindlich getroffener Gläubiger um Entlastung oder Kapitalzufuhr, bevor der Markt dem Vermögensträger nur noch mit Misstrauen begegnet oder sich gar nicht mehr auf Geschäfte mit ihm einlässt. Bereits die Einschaltung der öffentlichen Hand kann nicht nur erleichternd, sondern auch erschwerend auf der Suche nach Vermeidung des Insolvenzverfahrens wirken. Die öffentliche Hand wird aufmerksam gemacht durch offenen Appell an ihre Fürsorge in Arbeitsplatzsicherung, Standortsicherung und anderen öffentlichen Interessen oder durch verzweifelte heimliche Notiz. Das eine wie das andere kann zur Unzeit geschehen und mit Blick auf die übrige Geschäftswelt kontraproduktiv sein.

Der gewissermaßen auf eigene Faust unternommene Sanierungsversuch lockt trotz seiner Anfälligkeit für spätere Anfechtung (§§ 129 ff. InsO). Er lockt trotz drohenden Vorwurfs einer Verfahrensverschleppung (mit deliktischer Verantwortlichkeit nach § 826 BGB). Und er lockt trotz Notwendigkeit, in vielen sozusagen bilateralen und mühseligen Einzelverhandlungen eine

konsensfähige Lösung zu finden. Wohingegen der förmliche Sanierungsversuch über einen Insolvenzplan oder die ebenfalls mit Förmlichkeiten (namentlich §§ 160 ff. InsO) versehene übertragende Sanierung durch Verwertung (§ 159 InsO) des Unternehmens als ein Ganzes oder durch Verwertung einer aus dem Schuldnervermögen abspaltbaren Funktionseinheit als ein Ganzes sich notfalls über etwaige Blockaden einzelner Gläubiger hinwegsetzen kann. Aber er ist mit großen Verlusten aus Verfahrenskosten und Bloßstellung des Vermögens als von Zerschlagung bedroht verbunden. Und er kommt doch nicht ohne eine recht weitgehende Vorbereitung eines Konsenses aus.

## **2. Zielverfolgung im Wechsel zwischen Innenwirkung und Außenwirkung**

Der Weg zu den Zielen des Insolvenzverfahrens führt, so möchte ich formulieren, über eine Verbindung von Innenwirkungen und Außenwirkungen ebendieses Verfahrens. Hinter dieser recht abstrakten Aussage stehen konkrete Abwägungsfragen. Welche Handlungsspielräume werden Beteiligten eröffnet oder beschnitten? Wie stehen Publizität und Diskretion zueinander?

### **a. Verlust an Verfügungsgewalt beim Schuldner**

Der Hauptakteur erfährt die empfindlichste Einbuße. Spätestens die Verfahrenseröffnung entmachtet den Schuldner. Die Verfügungsgewalt über das Vermögen (soweit gemäß §§ 35 f. InsO im Beschlag) geht auf den Verwalter über (§ 80 InsO). Im (häufig vermiedenen) Falle eines starken vorläufigen Insolvenzverwalters (§§ 21 Abs. 2 Nr. 1, 22 Abs. 1 InsO) ist die Trennung des Vermögensinhabers von seinem eigenen Gut bereits ins Eröffnungsverfahren vorverlagert. Diese Reduzierung der

Schuldnerherrschaft auf die nackte Inhaberschaft lässt sich zunächst als Innenwirkung bezeichnen. Denn die Vermögenszuordnung überhaupt ist noch unberührt. Sogar bei der Eigenverwaltung wird der Schuldner mit der Berufung eines ihn beaufsichtigenden Sachwalters in seinen Aktionsmöglichkeiten beschränkt (§ 270 Abs. 1 Satz 1 InsO). Nicht länger eigennützig als Schuldner übt er Verfügungsgewalt über sein Vermögen, sondern fremdnützig als Verwalter.

Auf der anderen Seite kommt man ohne den Schuldner vielleicht nicht weiter. „Man“ sind die übrigen am Verfahren Beteiligten und weitere am erfolgreichen Verlauf Interessierte. Vor allem sind es naturgemäß Verwalter und Insolvenzgläubiger. Unerlässlich sind Auskünfte des Schuldners und seine Kooperation (§§ 97 f. InsO). Vielleicht muss man ihn sogar wie einen Angestellten in Vermögenserfassung, Bewirtschaftung und Verwertung einbeziehen. Ist eine Gesellschaft Schuldnerin und führte ein maßgeblich beteiligter Gesellschafter als Organ oder als Mitarbeiter die Geschäfte, war also die Gesellschaft nur ein Gewand für die Geschäftstätigkeit der natürlichen Person, kommt vielleicht eine wirkliche Neueinstellung oder die Fortführung eines bestehenden Beschäftigungsverhältnisses in Betracht. Im Falle der Eigenverwaltung ergibt sich die Mitwirkung schon aus der vom Schuldner übernommenen Rolle der Eigenverwaltung; sollte der Schuldner dieser Rolle nicht gerecht werden, wird er sie verlieren (§ 272 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO).

### **b. Verlust an Handlungsmöglichkeiten auf Gläubigerseite**

Als Außenwirkung möchte ich bezeichnen, dass (spätestens) die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch den Gläubigern Handlungsmöglichkeiten nimmt. Insolvenzgläubiger werden auf das Vorgehen allein im Insolvenzverfahren verwiesen (§ 37 InsO).

Einzelzwangsvollstreckung unterbleibt (§ 89 InsO). Absonderungsberechtigte opfern Kompetenzen zugunsten des Verwalters (§§ 166 ff. InsO, 30d ZVG). Rechtserwerbe sind gestört (§§ 81, 91 InsO). Und natürlich ist ganz generell der aus Verschiebung der Kompetenz im Innenverhältnis folgende Auftritt des Verwalters anstelle des Schuldners im Rechtsverkehr „Außenwirkung“.

### **c. Beschlagfreies Sondervermögen**

Der Wechsel der Verfügungsgewalt erfasst bei natürlichen Personen als Schuldern nicht jegliches Vermögen. Eine kleinste Lebensgrundlage bleibt beschlagfrei (§ 36 InsO in Verbindung mit §§ 811 ff., 850 ff. ZPO). Der Schuldner hat hier volle Verfügungsgewalt. Insofern entfaltet das Insolvenzverfahren keine Außenwirkung, wenn man solche als Veränderung der bisherigen Handlungsmöglichkeiten im Geschäftsverkehr betrachtet. Das erinnert an das *peculium*, das Sondervermögen des in der Hausgewalt des *paterfamilias* stehenden Hausangehörigen. Sohn oder Sklave erhielten, obwohl im Grundsatz nicht neben dem Hausvater vermögensfähig, eine Vermögensausstattung zur eigenverantwortlichen Wirtschaft. Auch der heutige Schuldner behält eine Ausstattung zur eigenen Verantwortung. Freilich muss sie sich überhaupt vorfinden. Die sorgfältige Trennung eines Basisvermögens vom Verwertbaren ist deswegen besonders wichtig, weil der Schuldner nicht sogleich mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine neue wirtschaftliche Existenz begründet, sondern jeder Neuerwerb im Grundsatz noch in das laufende Insolvenzverfahren einbezogen wird (§ 35 InsO). Es muss also nicht nur einmal zur Verfahrenseröffnung, sondern auch fortlaufend getrennt werden. Die zwischen Schuldner und Verwalter notfalls zu führenden Auseinandersetzungen um die Beschlagfreiheit sind sozusagen Innenwirkungen.

Dem verwertenden Zugriff entzieht sich die Abgeschlossenheit privater Haushaltsführung. Mancher Gegenstand ist als solcher unentziehbar, mancher wertvolle nur bei Austausch gegen einen schlichteren funktionsgleichen ergreifbar (§ 811a ZPO in Verbindung mit § 36 InsO), mancher schlecht verwertbare wegen des Übermaßverbotes zusätzlich geschützt (§ 36 Abs. 3 InsO in Parallele zu § 812 ZPO). Dem verwertenden Zugriff entzieht sich aber auch Berufsbezogenes. Kontinuität der Berufsausübung soll gewahrt bleiben. Die Einschränkungen in § 36 Abs. 2 InsO gegenüber § 811 ZPO sind bloß punktuell. Sie haben entweder nur den Charakter einer Hilfspfändung (Unterlagen) oder betreffen einzelne abweichende rechtspolitische Gewichtungen (Landwirtschaft, Apotheke). Ob mit der grundsätzlichen Freistellung berufsnotwendiger Gegenstände tatsächlich viel für weiteres Auftreten am Markt gewonnen ist, steht auf einem anderen Blatt. Je mehr der Schuldner für seinen Beruf fremde Vorleistungen benötigt, desto unwahrscheinlicher ist dies. Geld für Beschaffungen (im weitesten Sinne) hat er nicht. Warenkredit (wiederum im weitesten Sinne) erlangt er nur gegen Sicherheit. Die kann er nicht bieten. Insbesondere stehen ihm die künftigen Forderungen gegen seine Kunden (oberhalb der Freigrenzen) nicht zur Verfügung. Es bleibt nur der Eigentumsvorbehalt. Wollte der Schuldner bei seinen Kunden (falls sie sich darauf einlassen) Vorkasse nehmen, flösse dieses Geld (soweit den Mindestunterhaltsbedarf überschreitend) sogleich in die Masse. Schon die neue Forderung gegen den Kunden (soweit oberhalb des Existenzminimums) zählt zur Masse. Und wenn aller Erwartung zuwider dem Schuldner doch eine Beschaffung glücken sollte, wäre er auch insoweit wegen des Insolvenzbeschlages nicht verfügbungsbefugt.

Falliert nicht gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 InsO eine natürliche Person (oder gemäß § 333 InsO das Gesamtgut zweier durch Gütergemeinschaft gesamthänderisch verbundener Eheleute), sondern eine Gesellschaft oder sonst eine Institution, so kommt der

Vorbehalt beschlagfreien Vermögens nicht zum Tragen. Andere Rechtsträger als natürliche Personen führen keine vom Vermögensinnehaben und damit vom Vermögenszugriff abtrennbare Existenz. Das Vermögen etwa einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als juristischer Person nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 InsO verfällt ganz und gar dem Insolvenzverfahren. Dies ist auch bei der Ein-Mann-Gesellschaft so, worin der einzige Gesellschafter die Geschäftsführung wahrnimmt und auf diese Weise seinen Beruf ausübt. Wer das vor Haftung schützende Gewand einer juristischen Person anlegt, nimmt den Nachteil der Entpersönlichung seiner Arbeit in Kauf. Anders dürfte es bei einer Personengesellschaft liegen. Auch sie ist, selbst wenn nicht kaufmännisch tätig, stets Rechtsträgerin. In der Insolvenz ist damit grundsätzlich ihr gesamtes Vermögen verwertbar. Jedoch verleiht die persönliche Haftung ihrer Mitglieder dem Unternehmen einen persönlichen Einschlag. In Verbindung mit den Umständen, unter denen die Gesellschaft ihre Geschäfte betreibt, kann es vorkommen, dass man Betriebsmittel einer einzelnen beteiligten natürlichen Person als Instrument ihrer Berufsausübung zuzurechnen hat. Dann müssen Verwalter und Gläubiger gewisse Gegenstände aus dem Vermögen der insolventen Gesellschaft loslassen.

Wiederum anders stellt sich die Frage einer Ausgliederung unentziehbarer Objekte, wenn nicht die Gesellschaft, sondern ihr Mitglied falliert. Zum Vermögen des Mitgliedes gehört der Gesellschaftsanteil. Dieser ist indessen auch dann, wenn der Gesellschafter als Geschäftsführer gewissermaßen durch die Gesellschaft berufstätig war, nicht gegen den Vollstreckungszugriff immun. Er wird, je nach den vom Statut der Gesellschaft eröffneten Möglichkeiten, als Ganzes verwertet, als in einen Abfindungsanspruch wegen Ausscheidens verwandelt oder als ein Auseinandersetzungsguthaben wegen Auflösung nach Kündigung. Sich bei Umwandlung des Anteils in Abfindung oder Auseinandersetzung aus dem Anteil herauschälende einzelne

Gegenstände können je nach den Umständen trotz der Gesellschaftsstruktur als persönlich vom Schuldner – und das ist hier der Anteilsinhaber – zur Berufsausübung verwendet erscheinen. Selbst im Falle der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, wo die Vermögenssphären strikt getrennt sind, ist solche persönliche Benutzung durch den Schuldner als Geschäftsführer nicht auszuschließen. Wo persönliche Nutzung bejaht werden kann, ist ihre Fortsetzung insbesondere von §§ 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, 36 Abs. 1 Satz 1 InsO geschützt. Erst recht ist persönliche Nutzung denkbar, wo ein Gegenstand nicht dem Eigentum nach in das Gesellschaftsvermögen (*ad sortem*) übergegangen war, sondern der anteilhabende Schuldner es der Gesellschaft bloß zur Nutzung (*ad usum*) überlassen hatte, um dann als Geschäftsführer damit zu arbeiten.

### **d. Kein Zugriff auf Beschlagfreies**

Mit Hilfe seines beschlagfreien Vermögens wirtschaftet der Schuldner eigentlich wie jeder andere Wirtschaftsteilnehmer auch. Trotzdem findet insoweit keine Zwangsvollstreckung statt. Die Exklusivität des Insolvenzverfahrens ist für die Insolvenzgläubiger in § 89 Abs. 1 InsO auf das Vermögen außerhalb der Insolvenzmasse ausgedehnt. Dies findet man nicht etwa nur deswegen, weil außerhalb der Insolvenzmasse sich ohnehin nur Unpfändbares ansammeln kann, nachdem allein Unverwertbares aus dem bei Verfahrenseröffnung Vorhandenen beschlagfrei war und vom Neuerwerb das Pfändbare stets zur Masse zieht. Vielmehr ist die Anordnung in § 89 Abs. 1 InsO ganz grundsätzlich. Sogar Neugläubigern gegenüber beansprucht das Insolvenzverfahren zum Teil grundsätzlichen Vorrang (§ 89 Abs. 2 InsO betreffend künftige Forderungen des Schuldners gegen Drittschuldner). Besonders ärgerlich ist diese Außenwirkung für die Neugläubiger deswegen, weil sie trotz fortwährender Abschöpfung des Pfändbaren durch

den Insolvenzverwalter nicht am Insolvenzverfahren beteiligt sind. Es ist auch nicht etwa so, dass ihnen gegenüber der (nicht verwaltende) Schuldner Masseverbindlichkeiten im Sinne von § 53 InsO begründete, welche vorab zu bedienen wären oder (mit Verzögerung) in die Einzelzwangsvollstreckung geführt werden dürften (§ 90 InsO). Die Vernachlässigung der Neugläubiger muss Erstaunen hervorrufen. Denn die Beschlagfreiheit von Vermögensteilen dient doch gerade dazu, weiterhin Wirtschaft betreiben zu können. Soll dies effizient sein, müssen die neuen Schuldverhältnis-Partner mindestens ebenso gute Zugriffsmöglichkeiten haben wie die alten. Im übrigen fragt sich, wieso in Unpfändbares nicht diejenigen Gläubiger die Vollstreckung betreiben dürfen, mit welchen der Schuldner zur Deckung des Mindestbedarfes Geschäfte betreibt. Das zielt nun allerdings nicht auf die Unpfändbarkeit eines Objektes wegen seiner beruflichen Nutzung, sondern auf die Erschließung von Einkünften und ist auch keine Besonderheit des Insolvenzrechts, sondern gilt für Vollstreckung überhaupt. Gewisse Rücksicht nimmt das Gesetz hier nur auf Unterhaltsgläubiger. Sie können in Unpfändbares vollstrecken, soweit das Unpfändbare eigens für sie bestimmte Wertmassen enthält (§§ 850d ZPO, 36 Abs. 1 Satz 2 InsO; eventuell eigens angereichert aus der Insolvenzmasse gemäß § 100 InsO), und sie sind auch nicht durch das Insolvenzverfahren behindert (§ 89 Abs. 2 Satz 2 InsO). Im Gegenteil sollen sie sich am Insolvenzverfahren gar nicht beteiligen (§ 40 Satz 1 InsO).

#### **e. Kein Konkurrenzverbot**

Von Außenwirkung ist schließlich die Feststellung, dass sich nirgends ein Verbot ermitteln lässt, wonach der Schuldner dem Verwalter keine Konkurrenz betreiben dürfe. Der Verwalter wird mit den Gläubigern über die Fortführung eines Betriebes des Schuldners befinden (§ 157 InsO). Inzwischen kann der Schuldner

bereits die Kundschaft auf einen von ihm im selben Geschäftsfelde neu begründeten Betrieb gelenkt haben. Sowohl der bisherige, nun im Insolvenzbeschlagn befindliche Betrieb als auch der neue (von Erträgen oberhalb des Pfändbaren abgesehen) beschlagfreie gehört dem Schuldner – nicht dem Verwalter und auch nicht den Gläubigern. Gegenüber sich selbst hat der Schuldner keine Rücksichtnahmeobliegenheit. Das allgemeine Obstruktionsverbot und Kooperationsgebot geht nicht dahin, dass der Schuldner die Hände in den Schoß legen müsste. Im Gegenteil ist es höchst wünschenswert, dass er sich am Markt engagiert.

### **3. Bekanntheit als Außenwirkung**

#### **a. Eröffnung wesentlicher Verfahrensschritte**

Eine für den Erfolg der Verwertungs- oder Sanierungsbestrebungen entscheidende Außenwirkung ist die Kenntnis der Marktteilnehmer vom laufenden Verfahren. Jeder Gläubiger ist daran interessiert, möglichst früh von allen Verfahrensschritten zu erfahren. Er ist jedoch nicht notwendig daran interessiert, dass alle anderen Gläubiger diese Kenntnis ebenfalls erlangen. Auch die Kenntnis Dritter muss nicht sein Wunsch sein. Mit dem Bekanntheitsgrad des Verfahrens können Erlöschancen steigen, aber auch gegenläufig fallen, Sanierungen glücken oder missglücken. Zweifellos ist mit Publizität des Verfahrens der Warnung des Marktes vor neuen Geschäften mit dem Schuldner (als natürliche Person wirtschaftliche Existenz außerhalb des verhafteten Vermögens habend) gedient – obwohl doch eine möglichst frühe Wiedereingliederung des Schuldners in den Markt wünschenswert zu sein scheint. Streben nach Bekanntheit des Verfahrens steht schließlich immer in einem Konflikt mit dem Grundrecht des Schuldners auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG).

Anlässe und Wege der Publizität von Insolvenz und ihrer verfahrensmäßigen Bewältigung sind vielfältig. Die in den allgemeinen Regeln vorgestellten Werkzeuge amtlicher Zustellung (§ 8 InsO) und öffentlicher Bekanntmachung in dazu bestimmtem Blatt (§ 9 InsO) sind nicht die einzigen. Anlässe bieten bereits Verfügungsbeschränkungen im Eröffnungsverfahren (§ 23 InsO). Sodann finden die Hauptentscheidungen vor den Augen der Öffentlichkeit statt – jedenfalls, soweit sie daran interessiert ist und auf einschlägige Informationen achtet. Namentlich die Eröffnung ist mittels Bekanntmachung (in Bayern beispielsweise im Bayerischen Staatsanzeiger und zusätzlich in Tageszeitungen) bei zusätzlicher Veröffentlichung im Bundesanzeiger (§ 30 Abs. 1 InsO) sowie Zustellung an Beteiligte (§ 30 Abs. 2 InsO) publik. Auf Antrag des Verwalters geschieht die gerichtliche Bekanntmachung europaweit (Art. 21 EuInsVO<sup>1</sup>). Das europäische Insolvenzrecht setzt dabei kein eigenes Regelwerk der Bekanntmachung, sondern knüpft (wie gemäß Art. 4 EuInsVO stets) an die Vorschriften des mitgliedstaatlichen Insolvenzverfahrensrechts an. Es multipliziert sozusagen die Publizität. Das deutsche Insolvenzrecht benötigt freilich ergänzende Vorschriften zur praktischen Durchführung grenzüberschreitender (das heißt hier: exportierender) Bekanntmachung; Ansätze dafür bietet § 16 EGGVG. Kosten europaweiter Bekanntmachung zählen zu den Verfahrenskosten (Art. 23 EuInsVO). Damit rücken sie zu Masseverbindlichkeiten auf (§ 53 Fall 1 InsO). Europaweit ist auch die Gläubigerunterrichtung durch das Gericht (Art. 40, 42 EuInsVO). Sie kann formlos geschehen. Wünscht das Gericht

---

<sup>1</sup> Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 2000 L 160/1, Seiten 1 ff. In Kraft ab 31. Mai 2002 (Art. 47 EuInsVO).

Zustellung, so verfährt es nach der europäischen Zustellungsverordnung<sup>2</sup>.

Herkömmliche Bekanntmachung ist schwer zu erschließen, wenn man sie nicht ständig auswertet. Spätere Erkundigung verlangt ungefähre Kenntnis von einem maßgeblichen Zeitpunkt, um gezielt die einschlägigen Ausgaben konsultieren zu können. Aber auch für dauerhafte zugängliche Unterrichtungsmöglichkeit Außenstehender ist gesetzlich gesorgt. Zwar besteht bislang kein amtliches zentrales Verzeichnis für alle in Deutschland oder gar für alle in der Europäischen Union eröffneten Insolvenzverfahren. Doch lässt § 9 InsO für die öffentliche Bekanntmachung ein dazu bestimmtes elektronisches Informations- und Kommunikationssystem zu. Die Abweisung des Eröffnungsantrages wird im Schuldnerverzeichnis registriert (§ 26 Abs. 2 InsO). Basisinformationen finden sich in den allgemeinen Registern (§§ 31 ff. InsO). Solche können wiederum europaweit bedient werden (Art. 22 EuInsVO). Auch diese Kosten zählen zu den Verfahrenskosten (Art. 23 EuInsVO) und damit zu den Masseverbindlichkeiten.

Der Mühe aktiver Nachforschung oder beständiger Auswertung sind zahlreiche Stellen enthoben, denen unaufgefordert Mitteilungen zu machen sind. Grundlage dafür ist Unterabschnitt XIIa der Anordnung über Mitteilung in Zivilsachen, bundeseinheitlicher Verwaltungsvorschrift aus Vereinbarung zwischen Bundesminister der Justiz und Landesjustizverwaltungen, fußend auf § 15 EGGVG. Mit leichter Verzögerung nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung in die Anordnung eingefügt,

---

<sup>2</sup> Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 2000 L 160/1, Seiten 37 ff. In Kraft ab 31. Mai 2002 (Art. 25 EuZustVO).

sind dort neben den schon im Gesetz aufgeführten Mitteilungen beispielsweise Nachrichten von der Nichteröffnung mangels Masse oder der Verfahrenseröffnung an das Arbeitsamt wegen der Arbeitnehmer des Schuldners, an das Arbeitsgericht (wo dann um Kündigungsschutz gerungen werden wird), an die gesetzliche Krankenversicherung und an das Finanzamt zu senden.

Schließlich sorgt auch der Markt für Verbreitung der Information. Fachblätter – man denke nur an den gelben Beihefter „Insolvenzreport“ zur „Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht“ (ZInsO) – und Auskunftsdienste geben regelmäßige Auflistungen oder Einzelnachrichten. Auskunftsdatenbanken halten Angaben für Nachfragen bereit. Je nach Person des Schuldners und Umfang des Verfahrens erfreut die Insolvenz sich einer zum Teil höchst lebhaften Aufmerksamkeit der allgemeinen Medien. Neue wirtschaftliche Existenz erlebt dann ein Schuldner oder sein Geschäftsführer gelegentlich durch die Vermarktung seiner Lebensbeichte, was nicht nur die ungebrochene Mischung aus Unverfrorenheit und Größenwahn desjenigen belegt, sondern auch manche zurückliegende Fahrlässigkeit der Geschäftswelt zutage fördert. Kurz und gut ist das Desaster allgemeinkundig.

## **b. Eröffnung detaillierten Wissens um die wirtschaftliche Lage des Schuldners**

Zusätzliche schwerwiegende Außenwirkung entfaltet die weitestgehende Transparenz des Schuldnervermögens. Sie ist für eine dem Staat obliegende gleichmäßige und berechenbare, willkürfreie Erfassung und Abwicklung notwendig. Sie zerstört aber auch alle Chancen, die auf rasche Entschlossenheit und Vertraulichkeit beruhen. Der Verwalter macht das Vermögen, insbesondere ein Unternehmen des Schuldners durchsichtig. Er erstellt ein Masseverzeichnis (§ 151 InsO), ein

Gläubigerverzeichnis (§ 152 InsO), eine Vermögensübersicht (§ 153 InsO). Letztere ist bei Entwicklung eines Insolvenzplanes prognostisch mit Ergebnis- und Finanzplan fortzuschreiben (§ 229 InsO). Natürlich enthält auch der Hauptteil eines Insolvenzplans sensible Information, sowohl im darstellenden Teil (§ 220 InsO) als auch im gestaltenden Teil (§ 221 InsO). Die Verzeichnisse und ein Insolvenzplanentwurf werden zur Einsichtnahme bei Gericht niedergelegt (§§ 154, 234 InsO). Ein Insolvenzplanentwurf ist zuvor noch dem Gläubigerausschuss (falls gemäß § 67 InsO eingesetzt) zuzuleiten, darüber hinaus einem Betriebsrat und dem Sprecherausschuss leitender Angestellter (§ 232 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Die darauf folgenden Stellungnahmen werden gleichfalls zur Einsicht niedergelegt (§ 234 InsO). Ständig unterrichtet sich der Gläubigerausschuss im allen Angelegenheiten des Vermögens zwecks Überwachung des Insolvenzverwalters (§ 69 InsO). Die Mitglieder des Gläubigerausschusses müssen nicht notwendig allein dem Kreis der Gläubiger entstammen (§ 67 Abs. 3 InsO). Vielfache Kommunikation über den Kreis der Verfahrensteilnehmer hinaus ist damit nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern geradezu bezweckt.

Die Außendarstellung bereitet Auslagerung von Kompetenz als weitere Außenwirkung vor. Die Gläubigerversammlung beschließt über Ende oder Fortsetzung des Vermögensbestandes (§ 157 Satz 1 InsO), eventuell den Versuch eines Insolvenzplans (§ 157 Satz 2 InsO). Jederzeit kann sie neue, anderslautende Entscheidung treffen (§ 157 Satz 3 InsO). Aktionen der Verwaltung oder Verwertung von besonderer Bedeutung wie namentlich Veräußerung des Unternehmens, eines Betriebes, des Warenlagers, eines Grundstücks, sind an Zustimmung von Gläubigerausschuss oder Gläubigerversammlung gebunden (§§ 160 ff. InsO).

Die Niederlegung des Verzeichnisses angemeldeter Forderungen (§ 175 InsO) entfaltet gleichfalls Außenwirkung. Sie bereitet die Zuweisung von Prüfungsgewalt an die Gläubigerversammlung im

Prüfungstermin (§§ 176 ff. InsO) vor. Man bedenke, dass die dort getroffene Feststellung später einem gerichtlichen Erkenntnis als Titel gleichsteht, sofern nicht der Schuldner Widerstand leistete (§ 201 Abs. 2 Satz 1 InsO nach Aufhebung; gegebenenfalls mit § 215 Abs. 2 InsO nach Einstellung oder § 257 Abs. 1 Satz 1 InsO nach Insolvenzplan). Ein nächster Transfer von Information besteht in der Niederlegung des Verteilungsverzeichnisses nebst Bekanntmachung von Hauptdaten (§ 188 InsO).

Die nach allem hergestellte vollkommene Transparenz des Vermögens und seiner Behandlung ist viel gründlicher als diejenige aus gewöhnlicher Offenlegung von Jahresabschlüssen (§§ 325 ff., 340I, 341I HGB) – welche nach § 155 InsO unberührt bleibt. Betriebsgeheimnisse, Strukturen, Kundenkontakte, Abläufe, Systeme eines Betriebes, Unternehmens oder Unternehmensverbundes treten offen zu Tage. Unter gewöhnlichen Umständen würde dieses Wissen eifersüchtig gehütet. Schon die allgemeinen Publizitätsvorschriften empfinden Unternehmensträger regelmäßig als unangemessen weitgehend und geschäftsschädigend. Vollkommene Offenlegung erschwert Geschäftskontakte und Veräußerungen. Es ist hier nicht unlauterer Verdeckung von Schwierigkeiten das Wort zu reden. Doch drückt das offenkundige Versaghaben eines Unternehmens den Preis für die Übernahme dieses Unternehmens oder einzelner Betriebe hieraus, da der Erwerber den Makel des Versagens (wenn auch abgeschwächt) in sein wohlbestelltes Haus einschleppt.

#### **4. Grenzüberschreitende Abwicklung des Insolvenzverfahrens**

##### **a. Auswärtige Anerkennung des Verfahrens**

Außenwirkung heißt auch Grenzüberschreitung in der Verfahrensabwicklung. Im Grundsatz findet universelle

Abwicklung statt. Das Insolvenzverfahren wird ein für allemal durchgeführt. Die vom Insolvenzgericht wahrgenommene Hoheitsgewalt entfaltet Wirkungen im Ausland, soweit sich nicht das Ausland dagegen sperrt. Auswärts belegenes Vermögen fällt in die Masse. Es unterfällt der Verfügungsgewalt des Verwalters und der Verwertung. Vermögensverschiebungen ins oder im Ausland werden wie inländische durchbrochen. Schwebende Geschäfte (im Sinne von §§ 103 ff. InsO) und Aufrechnungen finden grenzüberschreitende Erledigung. Auswärtige Gläubiger nehmen an der Anmeldung von Forderungen teil. Auswärtige Wirkung eines in Deutschland nach deutschem Insolvenzrecht eröffneten Verfahrens (und gegebenenfalls schon Vorwirkungen des Eröffnungsverfahrens) kann das deutsche internationale Insolvenzrecht zwar nicht anordnen. Aber es darf sich darauf verlassen, dass auswärtige Rechtsordnungen in ihrem jeweiligen internationalen Insolvenzrecht (unter dem Vorbehalt des *ordre public*) die Anerkennung eines deutschen Insolvenzverfahrens vorsehen, so wie es Art. 102 Abs. 1 EGIInsO tut. Abgesichert ist wechselseitige Anerkennung überdies in diversen Abkommen und ab dem 31. Mai 2002 in der europäischen Insolvenzverordnung (Art. 16 Abs. 1 EuInsVO).

Die Außenwirkung jenseits der Staatsgrenzen vermag durchaus örtliche Bemühungen (vor oder in einem Insolvenzverfahren) zu durchkreuzen. Europäisches Insolvenzrecht entzieht den Mitgliedstaaten die autonome Festlegung der Zuständigkeit für ein universelles Insolvenzverfahren. Von vornherein ist nur in einem einzigen Mitgliedstaat ein sogenanntes Hauptinsolvenzverfahren denkbar (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO). Woanders gibt es lediglich Territorialverfahren, und zwar – anders als in Art. 102 EGIInsO – unabhängig von der zeitlichen Reihenfolge. Wo mangels Zuständigkeit kein Hauptinsolvenzverfahren zulässig ist, kann – und das auch nur ausnahmsweise – nur ein „Partikularverfahren“ eröffnet werden, obwohl noch kein Hauptinsolvenzverfahren

existiert (Art. 3 Abs. 4 EuInsVO). Kam es bereits zu einem Hauptinsolvenzverfahren, so tritt im anderen Staate das Territorialverfahren als „Sekundärinsolvenzverfahren“ hinzu (Art. 3 Abs. 3, 16 Abs. 2 EuInsVO). Die Territorialverfahren sind, wenn jünger als das Hauptinsolvenzverfahren, allein als Liquidationsverfahren zulässig (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EuInsVO). Eine Sanierungsmöglichkeit ist damit beim Hauptinsolvenzverfahren zentralisiert. Ein älteres Territorialverfahren (Partikularverfahren) kann der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens in ein Liquidationsverfahren umzuwandeln verlangen (Art. 37 Abs. 1 EuInsVO). Immerhin genießt das deutsche Insolvenzverfahren als ein eigentümliches Kombinationsverfahren stets das Prädikat eines Liquidationsverfahrens, selbst wenn es tatsächlich auf eine vergleichsweise Lösung mittels Insolvenzplan hinausläuft (Art. 2 Buchst. b EuInsVO mit Anhang B). Auf jeden Fall wäre es nützlich, wenn sich in Deutschland eine Praxis einspielen sollte, ein Verfahren im Eröffnungsbeschluss ausdrücklich mit den Prädikaten „als Hauptinsolvenzverfahren“, „als Partikularverfahren“ oder „als Sekundärinsolvenzverfahren“, womöglich unter Angabe des einschlägigen Artikels aus der europäischen Insolvenzverordnung, zu versehen. Ähnliches kennt man aus dem Zivilprozess, wo das „Urteil“ nur ein normales „Endurteil“ im Gegensatz zu den besonders benannten Urteilen wie „Teilurteil“, „Vorbehaltsurteil“, „Schlussurteil“, „Anerkenntnisurteil“, „Verzichtsurteil“, „Versäumnisurteil“ darstellt.

## **b. Preisgabe der Verheißung von Rechtsschutzgewähr**

Die Frage drängt sich auf, ob die europäische Zentralisierung der Verfahrenszuständigkeit nicht mitgliedstaatliche Hoheit unzulässig preisgibt. Der Bürger hat gegen den Staat als Inhaber des Gewaltmonopols Anspruch auf Rechtsschutzgewähr in Zivilsachen.

Spiegelbildlich darf und muss der Staat die Ausübung von Rechtsschutzgewähr für sich beanspruchen. Dies tut er durch die Angebote von Erkenntnisverfahren, Einzelzwangsvollstreckung und Gesamtvollstreckung. Verzichtet er zugunsten eines anderen Mitgliedstaates der europäischen Gemeinschaft auf die Wahrnehmung der Gesamtvollstreckung, so baut er Rechtsschutzgewähr ab. Man mag dies trotz Wechsel des Hoheitsträgers als dadurch kompensiert ansehen wollen, dass dem Abbau im eigenen Staate ein Aufbau oder immerhin eine Bekräftigung im anderen Staate entspricht. Dafür wird indessen zu verlangen sein, dass die auswärtigen Durchsetzungsmöglichkeiten keine geringeren als die heimischen sind.

Nun deckt sich in der Tat die Zuständigkeitsbestimmung des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO nicht völlig mit derjenigen des § 3 InsO. Das heißt: Wollte man § 3 InsO nicht allein unmittelbar für die Zuständigkeitsverteilung innerhalb Deutschlands, sondern als Werkzeug deutschen internationalen Insolvenzverfahrensrechts auch für die europaweite Zuständigkeitsbestimmung einsetzen, käme nicht immer dasselbe Ergebnis heraus wie bei Beurteilung nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO. Denn § 3 InsO knüpft hauptsächlich an den allgemeinen Gerichtsstand und damit an den Sitz an (§§ 13, 17 ZPO). Nur bei selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit verdrängt deren Schwerpunkt die Sitzanknüpfung (§ 3 Abs. 1 Satz 2 InsO). Hingegen begründet Art. 3 Abs. 1 Satz 1 EuInsO die Zuständigkeit generell beim Mittelpunkt der hauptsächlichsten Interessen des Schuldners. Der Sitz einer Gesellschaft oder juristischen Person dient lediglich der Vermutung des Interessenmittelpunktes (Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO). Der Schwerpunkt selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit deckt sich aber nur bei Gesellschaften und juristischen Personen mit demjenigen eines Interessenmittelpunktes überhaupt. Das Auseinanderklaffen der Zuständigkeitsregeln ist vom europäischen Insolvenzrecht als selbstverständlich vorausgesetzt. Denn sonst bedürfte es nicht der ergänzenden

Vorschriften über das Verhältnis von weiteren (territorialen) Verfahren zum europäisch zentralisierten Hauptinsolvenzverfahren. Nimmt man nun hinzu, dass die Eröffnungsvoraussetzungen sich nach dem jeweiligen mitgliedstaatlichen Insolvenzrecht richten (Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EuInsVO) und sich ihrerseits nicht notwendig decken, so kann es vorkommen, dass dem Gläubiger die Durchsetzung per heimischer Gesamtvollstreckung entzogen ist. Genau diesen Fall nimmt Art. 3 Abs. 4 Buchst. a EuInsVO als Anlass für ein ausnahmsweise statthaftes heimisches Partikularverfahren. Ein heimisches Hauptinsolvenzverfahren bleibt jedoch endgültig ausgeschlossen. Auswärtiges Vermögen lässt sich damit nicht fassen. Dafür muss der Gläubiger grenzüberschreitende Einzelzwangsvollstreckung anstrengen.

Mit diesem Ergebnis kann man sich nur durch Verbindung von zwei Gesichtspunkten beruhigen: Erstens halte man die Einzelzwangsvollstreckung für ebenso effizient wie die Gesamtvollstreckung und entnimmt dem Anspruch auf Rechtsschutzgewähr keine notwendige Mehrgleisigkeit in paralleler Bereithaltung von Erkenntnis, Einzelzwangsvollstreckung und Gesamtvollstreckung. Zweitens zähle man zur unentziehbaren Rechtsschutzgewähr nicht die vom Heimatstaat unmöglich garantierbare Aussicht auf auswärtige Durchsetzung, sondern nimmt solche Aussicht nur als angenehme Zutat, an deren Schmälerung der Heimatstaat nach freiem Belieben (hier: durch Teilnahme an der europäischen Verordnung) mitwirken darf. Der Gedanke der Wechselseitigkeit – was im einen Fall den heimischen Gläubiger unangenehm trifft, wird im anderen den auswärtigen beschneiden – wird hingegen das Einzelschicksal nicht rechtfertigen. Er verhindert nur, dass nicht schon wegen genereller Unausgewogenheit die Regelung unhaltbar ist.

### 5. Einzelne Verwalteraktivitäten

Von den unter Grenzüberschreitung gefassten Außenwirkungen können die auf §§ 80, 148 InsO fußenden Verwalteraktivitäten auch ohne Grenzüberschreitung als Außenwirkungen gefunden werden. Dasselbe gilt für Handlungen des Sachwalters oder eines Gläubigers, wenn diese einzelne Verwalteraufgaben gesetzlich übernehmen. So hat als in fremdes Vermögen hineinreichend die Anfechtung (§§ 129 ff. InsO; § 280 InsO; § 313 Abs. 2 Satz 2 InsO) ebenso Außenwirkung wie die Entscheidung über das Schicksal nicht beiderseits völlig abgewickelte Geschäfte (§§ 103 ff. InsO). Es liegt auf der Hand, dass hier unter Umständen Vertrauen zerschlagen wird, welches für eine Fortsetzung des Vermögens dringend benötigt wird. Diese Sorge ist nicht schlicht damit vom Tisch zu wischen, dass die Vertrauenswürdigkeit offensichtlich fehlt und das Gesetz das nur nachvollziehe. Damit lassen sich nur die extremen Fälle gezielter Mitwirkung an Zugriffsvereitelung und böswilligen Vordrängens vor andere auf Befriedigung Wartende erledigen.

Weitere Maßnahmen von Außenwirkung können im Widerruf nach Verbraucherrecht bestehen. Dadurch lassen sich unter Umständen erhebliche Vermögenswerte für die Verwertung freimachen. Störungen der Vertrauensbeziehung werden für das verhaftete Vermögen weniger eine Rolle spielen, da es nicht um selbständige Wirtschaft, sondern um Privatgeschäfte geht. Immerhin könnte ein negatives Erlebnis des Geschäftspartners in dem Privatgeschäft des Schuldners auf den Umgang des Marktes mit dem Verwalter bei Geschäften in einem etwa daneben bestehenden unternehmerischen Umfeld durchschlagen. Überhaupt fördert ein getätigter Widerruf spätere eigene Geschäftskontakte des Schuldners im privaten oder im unternehmerischen Bereich nicht. Die Widerrufsfrage betrifft nicht nur einen schmalen Zeitbereich. Grundsätzlich stehen nur zwei Wochen zur Verfügung, die bei Verfahrenseröffnung zumeist

abgelaufen sind (§ 355 Abs. 1 BGB; dieses und die folgenden Zitate beziehen sich auf die Zeit nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform). Dann bleibt nur noch Anfechtung. Aber Mangel an Belehrung hält den Fristenlauf auf (§ 355 Abs. 2 BGB). Dann hat nach „modernisiertem“ Schuldrecht der Schuldner ein halbes Jahr Zeit (§ 355 Abs. 3 BGB).

Diese Zeit wird bei Verfahrenseröffnung nicht immer schon abgelaufen sein. Mängel in der Widerrufsbelehrung sind sehr wahrscheinlich. Auch wenn die Fürsorge des Gesetzgebers nicht vergaß, dem Bundesminister der Justiz eine Ermächtigung zu erteilen, durch Rechtsverordnung Inhalt und Gestaltung der Belehrung festzulegen (Art. 245 Nr. 1 EGBGB). Außerdem kann es je nach Geschäft Sonderregelungen zum Beginn der regulären Frist und damit Raum für die Höchstfrist geben. Man denke an das in der Euphorie der schönsten Wochen des Jahres eingegangene und im Zweifel überteuerte, daher besonders viel Masse bindende time-sharing-Geschäft. Beim Teilzeitwohnrechtvertrag erlaubt das Gesetz, der Reiflichkeit des Entschlusses misstrauend und den Verbraucher vor sich selbst schützend, den Widerruf (§ 485 Abs. 1 BGB). Ist der Vertrag indessen unvollständig, beginnt der Fristenlauf nicht (§ 485 Abs. 4 BGB). Was zum schriftlichen Vertrag gehört, sagt § 484 Abs. 1 Satz 5 BGB. Unter anderem sind es die Angaben aus einem notwendigen Prospekt. Der Prospekt wiederum ist in § 482 BGB geregelt. Wegen der Aussagekraft desselben geht die Verweisung weiter auf Artikel 242 EGBGB (§ 482 Abs. 2 BGB). Von der dort dem Bundesjustizminister erteilten Verordnungsermächtigung ist dann der Weg gar nicht mehr weit zu der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht. Diese gewann der Gesetzgeber unter Selbstvornahme nach zahlreichen weiteren Ermächtigungen aus dem Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 239 ff. EGBGB) aus Umbau der Verordnung über Informationspflichten von Reiseveranstaltern. § 2 der Verordnung über

Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht enthält dann den bereits aus dem nicht minder regelungswütigen Teilzeitwohnrechtegesetz bekannten Katalog unumgänglicher Angaben bis hin zur Saunabnutzungsordnung. Praktischerweise ist dieser Katalog ergänzt um die Anforderungen an die Belehrung (siehe Art. 245 Nr. 1 EGBGB). Um alles ganz klar zu machen, ist in Art. 245 Nr. 2 EGBGB eigens eine ergänzende Ermächtigung an den Bundesjustizminister erteilt, damit er regeln möge, wie die Widerrufsbelehrung mit den Prospektangaben zu verbinden ist. Auch dieser Mühe enthebt das Gesetz die Ministerin indessen, weil das Gesetz ohnehin aus dem Ministerium stammt, und gelangt unmittelbar zu der feinsinnigen Anforderung, dass der Prospekt die Belehrung außerdem enthalten müsse (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht). Bei allem ist notfalls der Export deutschen oder europäisch-verwandten Verbraucherschutzes nach Art. 29 und 29a EGBGB zu bedenken. Es ist nahezu undenkbar, dass irgendein time-sharing-Geschäft korrekt zustande kommt. Ob allerdings der Verbraucher jemals die Fortdauer seines Widerrufsmöglichkeit bemerkt? Als geübter Verbraucher gewiss. Aber auch die Verwalter unter Ihnen werden nach diesen Bemerkungen zur Beurteilung in der Lage sein. Für den noch untrainierten Verbraucher ist dann die Insolvenz ein Geschenk des Himmels.

### **6. Nochmals: Innenwirkung und Außenwirkung bei Bewirtschaftung des Vermögens**

Noch unter einigen weiteren Gesichtspunkten bedeutet die Bewirtschaftung der Masse zugleich Innenwirkung und Außenwirkung. Der Verwalter nutzt alle Vermögensbestandteile einzeln oder in einem Funktionszusammenhang. Er tut dies zunächst auf eigene Faust (§ 148 Abs. 1 InsO), später eventuell gestärkt und verstärkt durch Beschluss der Gläubigerversammlung

(§ 157 Satz 1 Fall 2 InsO), aber (dann allerdings rasch abflachend) auch ohne solchen Beschluss. Das geht vordergründig zu Lasten aller Gläubiger, dient aber letztlich der Ertragsverbesserung und damit den Gläubigern, vielleicht aber auch anderen eingangs genannten Zielen. Absonderungsberechtigte genießen Ausgleich nach §§ 169, 172 InsO. Im übrigen bleibt Haftung des Verwalters nach § 60 InsO unberührt.

Wenn oben die Gefahren unbekümmerter Publizität beschworen wurden, so darf man nicht die immer noch verbleibenden Informationslücken übersehen. Mit dem Verweis auf die allfälligen Bekanntmachungen ist die Frage nicht abgetan, ob ein Außenstehender, er mag schon Gläubiger sein oder nicht, die Fortführung des Schuldnervermögens als einer insolventen Masse durchschauen kann. Die Einstufung seiner neuen Geschäfte mit dem Verwalter als Masseangelegenheit (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO) ist keine Garantie für Erfüllung. Nicht jedes Geschäft tätigt der Verwalter höchstpersönlich und unter Identifikation seiner selbst als Verwalter. Vieles werden die schon vor dem Insolvenzverfahren beschäftigten Mitarbeiter des Schuldners erledigen. Deckt jedes ihrer Telefonate die Insolvenz auf? Später in einer Insolvenzplan-Erfüllungsphase, die doch in Zerschlagung (mittels erneuten Insolvenzverfahrens) zurückfallen kann (vergleiche § 255 Abs. 2 InsO), wird man nicht länger Geschäftspapier mit dem Aufdruck „i. L.“ (in Liquidation) einsetzen wollen? Welche Offenheit ist zu erwarten, wenn der Schuldner selbst die Verwaltung übernimmt (§§ 270 ff. InsO)? Und welche, wenn der Schuldner außerhalb der Masse eigenständige Wirtschaft betreibt? Ist es nicht im Sinne ersprießlicher weiterer wirtschaftlicher Aktivitäten mit der Insolvenzmasse oder abseits von ihr geradezu nötig, das ungütige Geschick geheim zu halten? Dann aber die Grenze zum Betrug zu streifen oder zu überschreiten? Besonders empfindlich stellt sich die Diskretionsfrage bei der nur vorläufigen Verwaltung (§§ 21 f. InsO).

## 7. Vergleich statt Insolvenzverfahren

Resümiert man die vorstehende Skizze, so scheint sich als Empfehlung an Schuldner und Gläubiger zu ergeben, so lange als möglich sich um einen Vergleich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens zu bemühen. Ist es erst einmal zum Insolvenzverfahren gekommen, haben Anstrengungen um Aufstellen eines Insolvenzplans kaum Erfolgsaussicht. Wenn Vergleichspotential vorhanden ist, tritt es in der Regel schon früher zutage. Dies setzt freilich professionelle Geschicklichkeit im Vermitteln und auch persönliche Einsatzbereitschaft voraus. Einem Falliten gebriert es vermutlich mindestens an einem von beidem. Absurderweise sieht das Gesetz (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO) ausgerechnet für den im Zweifel unbeholfensten Schuldner, den Verbraucher oder sonstigen „kleinen“ Schuldner, das informelle Selbst-ist-der-Mann-Insolvenzverfahren sogar zwingend vor. Und wenn dieser do-it-yourself-Konkurs scheiterte, muss der Schuldner seinem Eröffnungsantrag noch ein weiteres Konzept, den Schuldenbereinigungsplan, beifügen (§ 305 Abs. 1 Nr. 4 InsO). Das Insolvenzplanverfahren ist sozusagen ins Eröffnungsverfahren und in die Zeit davor vorverlagert. Ist dieser zweifache Versuch aber durchschritten, kennt das dann anlaufende Insolvenzverfahren (§ 311 InsO) nur noch das andere Extrem alleiniger Zerschlagung (Ausschluss des Insolvenzplans in § 312 Abs. 3 InsO), einem vom Schuldner verschiedenen Verwalter (Ausschluss der Eigenverwaltung in § 312 Abs. 3 InsO) zu überlassen. Dass bei fortschreitendem Verfahren vielleicht doch verstecktes Sanierungspotential oder immerhin Verständigungsmöglichkeiten sichtbar werden, spielt keine Rolle mehr.

Vielleicht rechnet der Gesetzgeber fest damit, dass die privatautonome Schuldenregulierung billiger und effizienter ist. Weil private Ordnungsbemühungen diskret bleiben. Wenn sie denn glücken, wenn also allseitige Mitwirkung gegeben ist. Jeder

Verwalter, Treuhänder, Sachwalter, Richter weiß neben Bedrückendem Erfolgsgeschichten zu berichten. Es gibt gelungene Liquidationen, in denen schlimmste Verwicklungen entwirrt und beachtliches Vermögen entdeckt oder zurückgeholt wurden, wo optimale Verwertung gelang. Es gibt durchgreifende Gesundungen festgefahrener Vermögen aus dem förmlichen Verfahren heraus. Zugleich wird man aber häufig den Gedanken nicht abwehren können, dass dieser Erfolg vielleicht noch gesteigert wäre, wenn ein Insolvenzverfahren gar nicht erst hätte eröffnet werden müssen. Erfolg und Imagination noch größeren Erfolges sind freilich eine Betrachtung aus dem Nachhinein, wo man bekanntlich stets klüger ist. Liegt nicht vielleicht doch eine Stärke gerade in dem allzu durchsichtigen, kostenträchtigen und schwerfälligen Insolvenzverfahren?

## **8. Vorzug des Insolvenzverfahrens**

Sie liegt eben in diesen Attributen. Das Insolvenzverfahren besticht durch seine Regelmäßigkeit und Berechenbarkeit, Langsamkeit und Förmlichkeit. Durch das prinzipielle Gleichgewicht der Gläubiger. Durch seine Möglichkeit, Widerstände zu überwinden. Durch das Prinzip der Mehrheit unter den Gläubigern. Durch die Gleichgültigkeit einer Passivität des Schuldners. Durch Zwangsmittel und Anfechtung, die das Vermögen erfassen helfen. Durch die Absicherung des Vertrauens in Zuverlässigkeit und Gerechtigkeit sowohl bei Zerschlagung als auch bei planmäßiger Abwicklung (§ 226 InsO). Durch doppelte Kontrolle eines Planes (§§ 231, 248 InsO). Durch das Angebot, die Planerfüllung unter Überwachung zu stellen und damit sozusagen das Insolvenzverfahren zu verlängern (§ 260 InsO). Durch Feststellung der Ansprüche (§§ 174 ff. InsO), die zwar nicht geradezu gerichtliche Erkenntnis ist (falls sie nicht nach §§ 179 ff. InsO hinzutritt), aber immerhin einen gerichtsförmigen Rahmen hat,

gleichmäßige Bedienung nach sich zieht (§§ 187 ff. InsO; gemäß 292 Abs. 1 Satz 2 InsO auch in der Wohlverhaltensperiode vor Restschuldbefreiung) und zur Not einen Vollstreckungstitel erzeugt (§§ 201 Abs. 2 Satz 1, 215 Abs. 2 Satz 2 InsO).

Auf diese Vorteile muss sich der Blick richten, nicht auf die wenig berechnete Hoffnung, bei all der Kostenlast, welche das förmliche Verfahren auslöst, einen in der Summe (monetär wie in allen anderen Aspekten) günstigeren Ertrag zu erzielen. Die Hoffnung auf den Verfahrensumständen entsprechenden guten Ertrag allerdings ist berechtigt. Die Verwalter sind Professionelle und Neutrale. Sie wissen, auf welchen Wegen sie den Zugang des Schuldnervermögens oder seiner Bestandteile zum Markt erhalten oder wiedergewinnen. Sie wissen die Chancen zu nutzen, die es mit sich bringt, dass mit Verfahrenseröffnung das Misstrauen der Beteiligten, man werde ohne Lenkung durch staatlich gesetzte Regeln zu kurz kommen, seine Grundlage verliert. Womit ich Ihnen gesagt habe, was Sie schon immer wussten.