

Prof. Dr. Reinhard Bork

Geschäftsführender Direktor des
Seminars für Zivilprozess- und Allgemeines Prozessrecht
der Universität Hamburg

Kurzgutachten

zu Fragen der Gläubigerbevorzugung
im (vorläufigen) Insolvenzverfahren

erstattet

im Auftrag der

Albert Ziegler GmbH & Co.KG

handelnd mit Zustimmung

des vorläufigen Insolvenzverwalters

RA Dr. Bruno M. Kübler

im Oktober 2011

Gliederung

SACHVERHALT	1
AUFTRAG	3
STELLUNGNAHME	4
A. PFLICHTENBINDUNG DES VORLÄUFIGEN INSOLVENZVERWALTERS.....	4
I. § 21 ABS. 2 S. 1 NR. 1 UND 2 INSO.....	4
II. § 60 ABS. 1 INSO	5
B. ANWENDUNG AUF DEN KONKRETEN FALL.....	6
I. GLÄUBIGERGLEICHBEHANDLUNG	6
1. <i>Sondervorteile für die Kommunen</i>	6
a) Schadensermittlung	6
b) Unterwerfung	8
c) Kostenverteilung	8
d) Ergebnis zu 1.....	9
2. <i>für die Betriebsfortführung nicht unerlässlich</i>	9
3. <i>Ergebnis zu I.</i>	10
II. KEINE MISSACHTUNG VON RECHTEN ANDERER BETEILIGTER.....	10
C. ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE	12

Sachverhalt

Herr RA Dr. Bruno M. Kübler hat mich in seiner Eigenschaft als vorläufiger Insolvenzverwalter der Albert Ziegler GmbH & Co. KG gebeten, in einem Kurzgutachten zu folgendem Sachverhalt Stellung zu nehmen:

Herr Dr. Kübler wurde durch Beschluss des Amtsgerichts Aalen vom 16. August 2011 zum vorläufigen Insolvenzverwalter über das Vermögen der Albert Ziegler GmbH & Co. KG (im Folgenden kurz: Schuldnerin) bestellt. Diese betreibt ein Unternehmen für Feuerwehrfahrzeugherstellung und -ausrüstung. Die Aufträge für die Fahrzeuge werden im Wesentlichen von den Kommunen erteilt. Der (derzeit noch: vorläufige) Insolvenzverwalter beabsichtigt, das Unternehmen der Schuldnerin zu sanieren, sei es im Wege der übertragenden Sanierung durch Veräußerung an einen Investor, sei es im Wege der Sanierung der Schuldnerin selbst.

Gegen die Schuldnerin und drei andere Feuerwehrfahrzeughersteller (im Folgenden: die Hersteller) hatte das Bundeskartellamt am 28. Januar 2011 eine Geldbuße von € 8 Mio. wegen kartellrechtswidrigen abgestimmten Verhaltens erlassen. Daraufhin stellten die Kommunen Schadensersatzansprüche in den Raum. Zur Aufklärung etwaiger Schäden und deren Regulierung erklärten sich die Hersteller – einschließlich der Schuldnerin – grundsätzlich bereit, mit der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände einen Vertrag zu schließen, mit dem die Lademann & Associates GmbH (im Folgenden kurz: die Gutachter) beauftragt werden sollte, Eintritt und Umfang etwaiger Schäden zu ermitteln. Der Vertrag, der bisher nicht unterschrieben ist, bezeichnet die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände als Partei zu 1. und die Hersteller als die Parteien zu 2. bis 5. In dem mir vorliegenden Entwurf heißt es u. a. wörtlich:

Präambel

(...) Die im Deutschen Städtetag und Deutschen Städte- und Gemeindebund vertretenen Kommunen vermuten, dass ihnen aufgrund dieses Verhaltens der Parteien zu 2. bis 5. ein finanzieller Schaden durch überhöhte Preise bei der Beschaffung solcher Feuerwehrgroßfahrzeuge entstanden sei; die Parteien zu 2. bis 5. gehen davon aus, dass ein solcher Schaden nicht bei den – auch nicht bei einzelnen – Kommunen eingetreten ist.

Der Vertrag regelt im Weiteren, dass die ebenfalls an dem Vertrag beteiligten Gutachter von den Herstellern beauftragt und von ihnen auch bezahlt werden sollen. In der derzei-

tigen Entwurfsfassung nicht geregelt, aber angedacht ist weitergehend die Unterwerfung der Parteien zu 2. bis 5. unter das Ergebnis des Gutachtens. Wegen der weiteren Einzelheiten nehme ich auf den mir vorliegenden (undatierten) Vertragsentwurf Bezug.

Die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände drängt nun darauf, dass dieser Vertrag von der Schuldnerin trotz des beantragten Insolvenzverfahrens abgeschlossen wird und dass der vorläufige Insolvenzverwalter dazu seine Zustimmung erteilt.

Zwischenzeitlich wurde treuhänderisch für die Gläubigergemeinschaft die Ziegler Safety GmbH & Co. KG gegründet, die zukünftig als Vertriebsgesellschaft für den Fall fungieren soll, dass die Schuldnerin selbst, insbesondere für die Kommunen, nicht mehr als Vertragspartner für zukünftige Aufträge in Betracht kommen sollte.

Auftrag

Es soll – wegen der besonderen Eilbedürftigkeit: in einem Kurzgutachten – zu der Frage Stellung genommen werden, ob der vorläufige Insolvenzverwalter pflichtgemäß handelt, wenn er die Zustimmung zu diesem Vertrag verweigert.

Stellungnahme

Zur Beantwortung der mir gestellten Gutachtenfrage lege ich zunächst einige Grundsätze zur Pflichtenbindung eines vorläufigen Insolvenzverwalters dar (A.), bevor ich anschließend auf die Besonderheiten des konkreten Falles eingehe (B.).

A. Pflichtenbindung des vorläufigen Insolvenzverwalters

Die Insolvenzordnung regelt die Pflichtenbindung eines vorläufigen Insolvenzverwalters nur ansatzweise.

I. § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 InsO

Bei der Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters und der Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts handelt es sich, wie sich aus § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 InsO ohne weiteres ergibt, um Sicherungsmaßnahmen, die das Gericht anordnet, um für die Gläubiger nachteilige Veränderungen in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten (§ 21 Abs. 1 S. 1 InsO). Daraus folgt, dass der vorläufige Insolvenzverwalter die Aufgabe hat, das Vermögen des Schuldners zu sichern und zu erhalten.¹ Das verbietet es, das Schuldnervermögen mehr als für die Betriebsfortführung unvermeidlich zu belasten und einzelnen Gläubigern Sondervorteile zu verschaffen, die mit dem insolvenzrechtlichen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung (*par condicio creditorum*) unvereinbar sind. So sind beispielsweise vom vorläufigen Insolvenzverwalter vorgenommene (oder mit seiner Zustimmung vom Schuldner vorgenommene) Schenkungen, die einem Empfänger etwas zuwenden, was dann der Gläubigergesamtheit in der Masse fehlt, als insolvenzzweckwidrig unwirksam.² Unzulässig ist auch die Erfüllung von Forderungen, die im eröffneten Verfahren einfache Insolvenzforderungen wären: Zu Erfüllungshandlungen, die einem Gläubiger volle Befriedigung verschaffen, während alle anderen sich mit der – dann auch noch um den Erfüllungsbetrag reduzierten – Quote begnügen müs-

¹ Vgl. etwa BGH ZIP 2011, 1419 Rdnr. 49; Jaeger-Gerhardt, InsO, Bd. 1, 2004, § 22 Rdnr. 201 ff.; Kreft-Kirchhof, Heidelberger Kommentar zur InsO, 5. Aufl. 2008, § 22 Rdnr. 48; Kübler/Prütting/Bork-Pape, InsO, Stand Mai 2011, § 22 Rdnr. 54.

² BGHZ 146, 165, 172 = ZIP 2001, 296, 298.

sen, ist der vorläufige Insolvenzverwalter nur berechtigt, wenn sie für die Betriebsfortführung unerlässlich sind oder sonstwie der Massevermehrung dienen.³

II. § 60 Abs. 1 InsO

Vor diesem Hintergrund ergibt sich der Pflichtenkreis eines vorläufigen Insolvenzverwalters mittelbar aus der Haftungsnorm des § 60 Abs. 1 InsO, die auf den vorläufigen Insolvenzverwalter über § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 InsO anwendbar ist. Nach dieser Vorschrift ist der (vorläufige) Verwalter allen Beteiligten zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft die Pflichten verletzt, die ihm nach der Insolvenzordnung obliegen, wobei er für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften (vorläufigen) Insolvenzverwalters einzustehen hat.

Diese Haftungsnorm muss der vorläufige Insolvenzverwalter in seine Überlegungen einbeziehen, wenn er darüber entscheidet, ob er einer Handlung des Schuldners seine Zustimmung erteilt. Grundsätzlich steht diese Entscheidung in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Die Zustimmung ist freilich, selbst wenn sie haftungsrechtlich geboten sein sollte, nicht einklagbar: Es gibt keinen Primäranspruch gegen den vorläufigen Insolvenzverwalter auf Zustimmung. Vielmehr ist eine durch Zustimmungsverweigerung geschädigte Person auf Sekundäransprüche, also auf Schadensersatzansprüche aus § 60 InsO verwiesen.

Bei der Entscheidung über die Zustimmung ist der vorläufige Insolvenzverwalter einerseits an den Sicherungszweck gebunden, macht sich also schadensersatzpflichtig, wenn er einer Handlung zustimmt, mit der das Schuldnervermögen in vermeidbarer Weise zulasten der Gläubigergesamtheit vermindert wird. Andererseits darf er die insolvenzfesten Rechte anderer Beteiligter nicht missachten. Das bedeutet, dass er Rechtshandlungen zu deren Gunsten zustimmen darf, wenn – aber auch nur wenn – dadurch die Gläubigergesamtheit nicht beeinträchtigt wird, die Rechtshandlung also letztlich allen Beteiligten zum Vorteil gereicht.⁴

³ BGH ZIP 2004, 2442, 2444.

⁴ Vgl. BGH ZIP 2011, 1419 Rdnr. 29, 32.

B. Anwendung auf den konkreten Fall

Wendet man diese allgemeinen Überlegungen auf den vorliegenden Fall an, so ergibt sich Folgendes:

I. Gläubigergleichbehandlung

Auszugehen ist von dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, der es dem vorläufigen Insolvenzverwalter untersagt, Handlungen des Schuldners zuzustimmen, die einen einzelnen Gläubiger (oder eine Gruppe von Gläubigern) gegenüber der Gläubigergesamtheit bevorzugt (I.), ohne dass das für die Betriebsfortführung unerlässlich ist oder sonstwie der Massevermehrung dient (II.).

1. Sondervorteile für die Kommunen

Der hier zu begutachtende Vertrag bevorzugt die Kommunen erheblich.

a) Schadensermittlung

Er ermöglicht ihnen in erster Linie die Ermittlung des Schadens dem Grunde und der Höhe nach und nimmt ihnen damit das Prozessrisiko ab, das sie ohne den Vertrag selbst zu tragen hätten. Wird nämlich der Vertrag nicht geschlossen, so müssen sie in einem Schadensersatzprozess den Schaden nachweisen. Damit sind sie verpflichtet, dem Gericht alle Umstände vorzutragen, aus denen sie einen Schaden ableiten. Die Kommunen tragen also prozessrechtlich die Darlegungs- und Beweislast.⁵

⁵ Dieser These steht die Entscheidung des Kartellsenats des BGH vom 28. Mai 2005 (KRB 2/05 = NJW 2006, 163) nicht entgegen. Diese Entscheidung betraf nicht die zivilprozessuale Darlegungs- und Beweislast, sondern die strafrechtliche Überzeugungsbildung in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren. Der Senat hat hier zu dem Strafschärfungsgrund des „Mehrerlöses“ ausgeführt, dass ein solcher Mehrerlös bei Kartellverstößen indiziert sei, dass der Richter aber gleichwohl eine „sichere Überzeugung“ gewinnen müsse, so dass der Tatrichter die Wahrscheinlichkeitsaussage anhand weiterer Beweismittel daraufhin zu überprüfen habe, ob sie im konkreten Fall zur Gewissheit werde. Dafür spielten auch die zeitliche Dauer und die Intensität der Kartellabsprachen eine Rolle. Diese Entscheidung ist auf den Zivilprozess nicht übertragbar, denn es geht hier nicht um den Mehrerlös bei der Schuldnerin, sondern um den Schaden bei den Kommunen. Und selbst wenn das Zivilgericht den Schaden für indiziert halten und dann der Höhe nach schätzen dürfte, würde das doch an der nachfolgenden Argumentation nichts ändern. Denn auch gegenüber dieser prozessualen Situation bringt der hier untersuchte Vertrag noch eine Verschärfung, weil er den Kommunen umfassende Informationen gewährleisten soll, mit denen sie die Klage auch ohne Indizwirkung und Schätzung schlüssig machen können. Für die Schuldnerin führt das zu einer weiteren Verschlechterung der Prozesslage. Wer sich gegen Indizien verteidigen muss, hat lediglich solche Infor-

Daran ändert auch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nichts. In einem solchen Verfahren müssten die Kommunen ihre Schadensersatzansprüche zur Insolvenztabelle anmelden (§ 174 Abs. 1 S. 1 InsO). Dabei dürfte es ihnen im ersten Zugriff nicht gelingen, den Insolvenzverwalter von dem Bestehen der Forderungen – die die Kommunen ausweislich der Präambel des Vertragsentwurfs selbst nur vermuten und die die Parteien zu 2. bis 5. bestreiten – zu überzeugen, so dass dieser verpflichtet wäre, der Anmeldung gemäß § 176 InsO zu widersprechen mit der Folge, dass die Kommunen gegen den Insolvenzverwalter im ordentlichen Verfahren einen Feststellungsprozess führen müssten (§§ 179 f. InsO), in dem sie wiederum die Darlegungs- und Beweislast hätten.

Die Darlegung und Beweisführung wird ihnen aber aller Wahrscheinlichkeit nach nicht leicht fallen, weil ihnen die Informationen fehlen, die sie für eine substantiierte Darlegung des Schadens und damit für einen schlüssigen Klagevortrag benötigen. Diese Informationen soll ihnen der hier zu begutachtende Vertrag erst verschaffen. Der Vertrag ist also letztlich darauf gerichtet, potentiellen Gläubigern, deren Ansprüche von der Schuldnerin bestritten werden, beim „Schlüssigmachen“ ihrer Klagen zu helfen.

Ein solches Vorgehen verstößt gegen die in § 179 Abs. 1 InsO enthaltene insolvenzrechtliche Wertung, dass es Sache der Inhaber streitiger Forderungen ist, ihre Ansprüche im Prozesswege mit dem damit verbundenen Prozessrisiko (soweit dieses eben reicht) zu verifizieren. Wenn ein vorläufiger Insolvenzverwalter einem Vertrag zustimmt, der dem Gläubiger dieses Prozessrisiko abnimmt und es auf die Masse verlagert, dann handelt er grundsätzlich insolvenzzweckwidrig, denn es ist nicht seine Aufgabe, die Passivmasse zu vermehren, indem er seine Hand dazu reicht, den Inhabern nicht berücksichtigungsfähiger Forderungen zur Partizipation an der Insolvenzmasse zu verhelfen. Der Insolvenzverwalter muss nicht schlüssig dargelegte Ansprüche bestreiten, und der vorläufige Insolvenzverwalter darf diese Wertung des Gesetzes nicht da-

mationen vorzulegen, die das (aufgrund der Indizwirkung zunächst überzeugte) Gericht wieder unsicher machen, während der Vertrag darauf abzielt, die Kommunen mit soviel Material zu versorgen, dass sie das Gericht ihrerseits überzeugen können. Es ist unter dem Aspekt des Prozessrisikos nicht dasselbe, ob man Indizien entkräften oder das Gericht von einem bestimmten Tatbestandsmerkmal überzeugen muss. Jede vertragliche Abweichung von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln, auch die Abnahme eines prozessualen „Restrisikos“, verbessert die Position des Vertragspartners zulasten der Gläubigergesamtheit und ist damit insolvenzzweckwidrig.

durch unterlaufen, dass er dem Gläubiger vor der Verfahrenseröffnung das Prozessrisiko abnimmt.

Tut er das trotzdem, so handelt er pflichtwidrig und macht sich gegenüber der Gläubigersamtheit schadensersatzpflichtig. Denn die Gläubigergruppe der Kommunen erhält durch den Vertrag einen erheblichen Vorteil gegenüber anderen Gläubigern, deren Forderungen streitig sind und denen die Schuldnerin nicht dabei hilft, die Klage schlüssig zu machen. Das geht jedenfalls zulasten aller übrigen Gläubiger, deren Forderungen unbestritten sind, denn sie müssen dann den im Insolvenzverfahren erzielten Liquidationserlös über die Insolvenzquote mit einer Gläubigergruppe teilen, die ohne den Vertrag aller Wahrscheinlichkeit nach bei der Ausschüttung nicht beteiligt würde. Das verstößt in massiver Weise gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz.

b) Unterwerfung

Dasselbe gilt vor diesem Hintergrund natürlich erst recht, falls sich die Schuldnerin (immer: mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters) dem Ergebnis des mit dem Vertrag in Auftrag gegebenen Gutachtens unterwirft, was der Vertragsentwurf derzeit nicht vorsieht, aber nach den mir erteilten Informationen noch Verhandlungsgegenstand ist. Es würde damit einer in jeder Hinsicht ungesicherten Gläubigergruppe ein Titel verschafft, jedenfalls aber die Beweislast abgenommen. Auch das ist eine Bevorzugung dieses Gläubigers und damit ein Verstoß gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz.

c) Kostenverteilung

Ein Sondervorteil liegt schließlich auch in der Kostenverteilung. Nach dem Vertragsentwurf sollen die Gutachter allein von den Beteiligten zu 2. bis 5. bezahlt werden. Eine Kostenbeteiligung der Kommunen ist nicht vorgesehen. Das ist angesichts des Umstandes, dass die Kommunen ihre Ansprüche nur „vermuten“ und die Gegenseite sie deziert bestreitet, keine faire Regelung. Sie nimmt den Kommunen das Kostenrisiko ab, das sie sonst zunächst einmal allein zu tragen hätten und es erst und nur dann auf die Gegenseite abwälzen könnten, wenn die Ansprüche zur Überzeugung des Gerichts festgestellt sind. Auch das bevorzugt die Kommunen vor allen anderen Gläubigern mit bestrittenen Forderungen und benachteiligt die Gläubigersamtheit elementar.

d) Ergebnis zu 1.

Im *Ergebnis* wird man daher festhalten können, dass den Kommunen durch den hier zu prüfenden Vertrag zulasten der Gläubigergesamtheit und damit unter Verstoß gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz erhebliche Sondervorteile eingeräumt werden.

2. für die Betriebsfortführung nicht unerlässlich

Gleichwohl könnte ein solcher Verstoß gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz gerechtfertigt sein, wenn er für die Betriebsfortführung unerlässlich wäre und deshalb letztlich doch der Gläubigergesamtheit zugute käme. Das könnte man hier unter folgendem Aspekt erwägen:

Nach den mir erteilten Informationen soll das Unternehmen der Schuldnerin saniert und fortgeführt werden, sei es im Wege der übertragenden Sanierung, sei es im Wege der Rettung der Schuldnerin selbst. Das setzt die weitere Einwerbung von Aufträgen der Kommunen voraus. Diese könnten aber vergaberechtlich daran gehindert sein, weiter mit der Schuldnerin oder einer Rechtsnachfolgerin zu kontrahieren, wenn die Schuldnerin nicht im Zuge einer „Selbstreinigung“ bei der Ermittlung des durch das kartellrechtswidrige Verhalten möglicherweise verursachten Schadens mitwirkt, weil dieses Verhalten auf die fehlende vergaberechtliche Zuverlässigkeit der Schuldnerin schließen lassen könnte. Verhielte es sich so, wäre der (vorläufige) Insolvenzverwalter möglicherweise genötigt, trotz der insolvenzrechtlichen Einwände an der Schadensermittlung mitzuwirken, um so die Betriebsfortführung zu gewährleisten, die dann letztlich allen Gläubigern zugute kommt.

Ob es einen solchen vergaberechtlichen Grundsatz gibt und wie weit er außerhalb der Insolvenz reicht, vermag ich mangels vergaberechtlicher Fachkompetenz nicht zu beurteilen. Jedenfalls müsste er hier hinter den insolvenzrechtlichen Wertungen zurücktreten. Wenn das Insolvenzrecht im Interesse der Gläubigergesamtheit verlangt, dass sich der (vorläufige) Insolvenzverwalter jeder Mitwirkung an der Schadensermittlung und der damit verbundenen Besserstellung eines einzelnen Gläubigers enthält, dann kann das Vergaberecht nicht im Interesse eines einzelnen Gläubigers oder einer Gläubigergruppe etwas anderes fordern. Deren Interessen müssen vielmehr hinter denen der

Gläubigergesamtheit zurücktreten, denn nur das entspricht dem Grundsatz der *par condicio creditorum*.⁶ Die Wertungen des Insolvenzrechts verbieten es deshalb, aus der Verweigerung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters auf die mangelnde vergaberechtliche Zuverlässigkeit der Schuldnerin zu schließen. Diese Verweigerung ist kein Indiz für unzureichende „Selbstreinigung“ und damit für fehlende Zuverlässigkeit, sondern sie ist insolvenzrechtlich geboten. Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung verlangt, dass sich die insolvenzrechtlichen Vorgaben, die vom Gesetzgeber nicht im Interesse der Schuldnerin, sondern im Interesse der Gläubigergesamtheit aufgestellt sind, auch vergaberechtlich durchsetzen.

Das alles gilt natürlich erst recht, wenn künftig nicht die Schuldnerin, sondern die Ziegler Safety GmbH & Co. KG treuhänderisch im Interesse der Gläubigergemeinschaft am Markt agiert. Die Entscheidung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters der Schuldnerin, sich an der Schadensermittlung nicht zu beteiligen, besagt nichts über die Zuverlässigkeit der neuen Vertriebsgesellschaft. Diese Entscheidung ist insolvenzrechtlich geboten und sie kann einer neuen Gesellschaft, die selbst niemals kartellrechtswidrig gehandelt hat, nicht zugerechnet werden. Folglich kann die Entscheidung auch ihre Zuverlässigkeit unter dem Aspekt der „Selbstreinigung“ nicht in Frage stellen.

Im *Ergebnis* ist daher der Abschluss des Vertrages für die Betriebsfortführung nicht unerlässlich.

3. Ergebnis zu I.

Damit ist festzuhalten, dass die Kommunen im Falle des Vertragsabschlusses zum Nachteil der Masse und damit unter massivem Verstoß gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz ungerechtfertigte Sondervorteile zum Nachteil der Masse bekommen.

II. Keine Missachtung von Rechten anderer Beteiligter

⁶ Grundsätzlich dazu, dass Interessen eines einzelnen Gläubigers, die die Rechtsordnung außerhalb der Insolvenz energisch schützt, in Insolvenznähe im Interesse der Gläubigergesamtheit zurücktreten müssen, BGHZ 167, 11 = ZIP 2006, 916 Rdnr. 9; BAG ZIP 2011, 1628 Rdnr. 12.

Abschließend bleibt zu prüfen, ob in der Entscheidung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, sich an der Schadensermittlung nicht zu beteiligen, eine unzulässige Missachtung von Rechten anderer Beteiligter im Sinne der oben⁷ referierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt. Diese Frage ist in aller Klarheit und Kürze zu verneinen.

Zum einen kommt eine solche Missachtung von Rechten anderer Beteiligter nur in Betracht, wenn das zu untersuchende, möglicherweise gebotene Verhalten masseneutral ist. Das ist hier aber nicht der Fall, da der Abschluss des Vertrages die Masse belastet. Insoweit kann auf die Ausführungen zu I.1. verwiesen werden.

Zum anderen haben die Kommunen und ihre Spitzenverbände kein Recht auf den Abschluss dieses Vertrages, die Erteilung der Zustimmung durch den Insolvenzverwalter oder die in dem Vertrag vorgesehene Mitwirkung. Daher missachtet der (vorläufige) Insolvenzverwalter solche Rechte auch nicht, wenn er den Vertrag nicht unterschreibt.

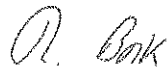
⁷ Bei Fn. 4.

C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Die wesentlichen Ergebnisse dieses Gutachtens können wie folgt zusammengefasst werden:

- 1) Wird der bisher als Entwurf vorliegende Vertrag von der Schuldnerin geschlossen, so liegt darin eine massive Verletzung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung, weil der Vertrag den Kommunen zulasten der Gläubigersamtheit ungerechtfertigte Sondervorteile bringt, die für die Betriebsfortführung nicht erforderlich sind.
- 2) Die insolvenzrechtlichen Wertungen müssen sich nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung auch vergaberechtlich durchsetzen, da sie die Interessen der Gläubigersamtheit schützen wollen, hinter denen die Interessen der Kommunen als einer einzelnen Gläubigergruppe zurücktreten müssen.
- 3) Angesichts dessen darf der vorläufige Insolvenzverwalter einem Vertragsschluss durch die Schuldnerin nicht zustimmen. Er handelt also pflichtgemäß, wenn er die Zustimmung verweigert.

Hamburg, den 17. Oktober 2011



(Prof. Dr. R. Bork)