

## **Steuerbarkeit von Sanierungsprozessen trotz Insolvenz**

### **Ein Alternativvorschlag zum Diskussionsentwurf des BMJ**

*von Rechtsanwalt/Fachanwalt für Insolvenzrecht Dr. jur. Jürgen Wallner\* / Richter am Amtsgericht Erwin Gerster\* und Rechtsanwalt/Fachanwalt für Insolvenzrecht Rüdiger Weiß\*, Dresden*

*Hauptdefizit in einer Vielzahl von Sanierungsverfahren ist die zu späte Insolvenzantragstellung. Nachteilig für die Sanierungschancen wirken sich zudem normative Schwachstellen des Insolvenzplanrechtes aus. Der DiskE des BMJ soll hierzu Abhilfe schaffen. Der nachfolgende Beitrag zeigt auf, dass sich die Regelungsvorschläge in drei Kategorien einteilen lassen: Ein Teil der Regelungen zur Änderung von Vorschriften des Insolvenzplanrechtes sowie zur Verfahrensstraffung ist sanierungsfördernd unter gleichzeitiger Verbesserung der Befriedigungsaussichten der Insolvenzgläubiger und damit zur Umsetzung zu empfehlen. Das Zusammenspiel der Regelungen zu Verwalterbestellung auf Gläubigervorschlag und debt to equity swap bewirkt hingegen einen massiven Eingriff in die Befriedigungsaussichten der ungesicherten Insolvenzgläubiger und ist daher verfassungsrechtlich bedenklich und zudem im höchsten Maße mittelstandsfeindlich<sup>1</sup>. Letztlich zeigen sich die Regelungen zur Motivation insolvenzbedrohter schuldnerischer Unternehmen zu einer frühzeitigen Insolvenzantragstellung als wirkungslos. Nachfolgender Beitrag entwickelt daher einen alternativen Lösungsansatz für die Erreichung frühzeitiger Insolvenzanträge ohne Verschlechterung der Befriedigungsaussichten der Insolvenzgläubiger. Vorgeschlagen wird die Regelung eines Sanierungsverfahrens als besondere Verfahrensart in der InsO, vgl. dem chapter 11-Verfahren des US-amerikanischen Rechtes. Erreicht der Schuldner festgelegte Parameter zum Beleg der Sanierungseignung, erhält er eine rechtlich abgesicherte Chance, der Gläubigerversammlung unter Förderungspflicht durch den Verwalter ein Sanierungskonzept vorzulegen. Flankiert wird die Neujustierung der Kräftebalance zwischen Insolvenzgläubigern und schuldnerischen Unternehmen durch weitere sanierungsunterstützende Normen, um im Ergebnis die mit der Insolvenzantragstellung drohende Risikorealisation für Reputationsverlust sowie für Verlust privatwirtschaftlicher und unternehmerischer Existenz zu minimieren.*

---

\* Dr. jur. Jürgen Wallner ist Lehrbeauftragter der DIU Dresden International University, Berlin/Dresden, Erwin Gerster ist Richter am AG (Insolvenzgericht), Dresden und Rüdiger Weiß ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht, Erfurt/Dresden.

<sup>1</sup> Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes – Fachserie 2, Reihe 4.1, September 2010, Seite 5 – waren im Zeitraum von Januar bis September 2010 127.066 Insolvenzverfahren zu verzeichnen, darunter lediglich 129 Verfahren mit mehr als 100 Beschäftigten. Auf Schuldnerseite sind daher überwiegend Unternehmen aus dem kleinen Mittelstand insolvenzbetroffen. Aus den Erfahrungen der Verfasser überwiegt zudem mit Blick auf die Kopfzahl der verfahrensbeteiligten Insolvenzgläubiger der Anteil der kleinen und mittleren Unternehmen. Durch den DiskE des BMJ wird in Gesellschafterrechte und die Rechte der ungesicherten Gläubiger ohne Not massiv eingegriffen, so dass die belastenden Regelungen des DiskE vor allem die Unternehmen aus dem Mittelstand treffen.

## **A. Sanierungsrechtliche Ausgangssituation mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung**

### **I. Rechtliche Ausgangssituation**

Aus den Erfahrungen von Konkurs-, Vergleichs- und Gesamtvollstreckungsordnung war es Zielstellung mit Einführung der InsO, wesentliche Verbesserungen für die Befriedigungsaussichten der ungesicherten Gläubiger<sup>2</sup> (Abschaffung von Vorrangrechten), zum Erhalt von Unternehmen (Regelungen zum Insolvenzplan) und für den redlichen Schuldner (Regelungen zur Restschuldbefreiung) zu schaffen. Neben diesen ausdrücklich in § 1 InsO aufgezählten Zielen, welche im Laufe des Insolvenzverfahrens verwirklicht werden sollen, gewährleistet die Verfahrenseinleitung zudem, dass potentielle Schäden für die Vertragspartner des schuldnerischen Unternehmens (sogenannte Neu- und Altgläubigerschäden) minimiert werden. Neuvertragspartner sollen wissen, dass sie mit einem insolventen Teilnehmer am Verkehr kontrahieren und für Altgläubiger soll nach Eintritt der materiellen Krise eine Verringerung der zur Befriedigung vorhandenen Vermögensmasse verhindert werden.

Alle Ziele und Erwartungen, die mit Einleitung und Abwicklung des Insolvenzverfahrens verbunden sind, werden in ihrer Realisierungsaussicht beeinträchtigt, wenn der Insolvenzantrag nicht zeitnah zum Eintritt der materiellen Krise des Unternehmens oder spätestens nach Eintritt eines Insolvenzgrundes gestellt wird.<sup>3</sup> Für die im Zentrum dieses Beitrags stehende Sanierungskomponente folgt dies daraus, dass in der fortschreitenden Zeit nach Kriseneintritt die betrieblichen Belange regelmäßig eine Verschlechterung erfahren, bspw. durch den Verlust von Barliquidität, der Fluktuation von Arbeitnehmern, einbrechender Auftragslage sowie Leistungsverweigerung von Dienstleistern und Lieferanten.

Trotz dieser enormen Bedeutung des Antragstellungszeitpunktes hat es der Gesetzgeber der InsO im Wesentlichen bei der Sanktionierung verspäteter Anträge für die Leitungsorgane haftungsbeschränkter Rechtssubjekte belassen und damit auf die Verhaltenssteuerung durch belohnende Anreize verzichtet.

---

<sup>2</sup> Begr. RegE-InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 81: „Mehr Verteilungsgerechtigkeit lässt sich dadurch herstellen, dass die Konkursvorrechte des § 61 I KO und vergleichbare Vorrechte in anderen gesetzlichen Vorschriften ersatzlos wegfallen. Die einfachen Insolvenzgläubiger können dann deutlich höhere Quoten erwarten als heute.“; S. 90: „Durch den Abbau der Konkursvorrechte wird maßgeblich dazu beigetragen, dass sich die durchschnittlichen Quoten der einfachen Insolvenzgläubiger gegenüber dem gegenwärtigen Rechtszustand erhöhen und dass diese Gläubiger wieder stärker am Ablauf des Insolvenzverfahrens interessiert werden.“

<sup>3</sup> Frind, ZInsO 2010, 1161; Geldmacher, InsO 2010, 696, 698; Uhlenbruck, ZIP 1980, 73, 76.

## **II. Grundlagen der Reform des Sanierungsrechts**

Wie die Stellungnahme der Bundesjustizministerin<sup>4</sup> v. 18.3.2010 auf dem 7. Deutschen Insolvenzrechtstag in Berlin zeigt, wird die zu späte Insolvenzantragstellung auf Regierungsebene als eines der Hauptdefizite bei der praktischen Anwendung der Insolvenzgesetze gesehen. Daneben sollen Schwachstellen, insbesondere des Insolvenzplanrechts, beseitigt werden. Mit dem DiskE<sup>5</sup> für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (im Weiteren DiskE-BMJ) liegt nunmehr ein Gestaltungsvorschlag zur breiten Erörterung in Wissenschaft und Praxis vor.

### **B. Analyse des Diskussionsentwurfs**

#### **I. Grundlagen gesetzlicher Neuregelungen**

##### **1. Gegenstand der Untersuchung**

Der DiskE-BMJ ist Teil des Dreistufenplans der Bundesregierung<sup>6</sup> für eine Reform des Insolvenzrechtes. Auch wenn nach dem zeitlichen Fahrplan des BMJ außergerichtliches Sanierungsverfahren, Konzerninsolvenz und Verwalterauswahl erst zu einem späteren Zeitpunkt zur inhaltlichen Überprüfung und ggf. Neujustierung anstehen, sind diese Themenkomplexe Teil der derzeitigen Diskussion zur Optimierung insolvenzrechtlicher Sanierungsregelungen und sollen daher neben dem DiskE-BMJ in die Analyse der gesetzgeberischen Konzeption mit einbezogen werden.

##### **2. Beziehungsgeflecht von Neu- und Bestandsregelungen**

Aufgrund des weiten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers setzt eine Bewertung der einzelnen Regelungen des DiskE-BMJ voraus, dass der gesetzgeberische Konstruktionsplan des Vorhabens offengelegt wird, um nachzuvollziehen, ob der geplante Anbau an eine bestehende rechtliche Konstruktion mit dieser harmoniert und für sich gesehen geeignet ist, die zu lösenden Aufgaben zu erfüllen. Mit Blick auf die bestehenden Regelungen hat sich jede rechtliche Neuregelung daher an den Hauptzielen des Insolvenzverfahrens, der

---

<sup>4</sup> Abgedruckt in ZInsO 2010, 614 ff.

<sup>5</sup> Abrufbar unter: [http://www.bmj.bund.de/files/-/4694/Diskussionsentwurf\\_Sanierung\\_Unternehmen.pdf](http://www.bmj.bund.de/files/-/4694/Diskussionsentwurf_Sanierung_Unternehmen.pdf).

<sup>6</sup> Siehe Rede der Bundesjustizministerin vom 18.03.2010, abgedruckt in ZInsO 2010, 614 ff.

maximalen gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung, dem Unternehmenserhalt sowie der Förderung einer frühestmöglichen Insolvenzantragstellung zu orientieren, um die vorbeschriebenen Ziele nicht ad absurdum zu führen. Darüber hinaus verdient Betonung, dass diese grundlegenden Zielstellungen des Insolvenzverfahrens nicht in einem Gleichrangverhältnis stehen, da Insolvenzrecht seine inhaltliche Legitimation – unter Verdrängung und Beschränkung der verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsrechte der Insolvenzgläubiger – über die Verfahrenszielstellung der maximalen gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung (par conditio creditorum) erhält.<sup>7</sup> Sanierungsrecht der InsO ist daher niemals bedingungslos, sondern von Verfassungs wegen muss das Hauptziel des Verfahrens immer das Interesse der ungesicherten Insolvenzgläubiger sein. Alle weiteren Zwecke des Verfahrens und jede Optimierung von Einzelzielen haben sich folglich immer daran zu orientieren, dass hierdurch nicht eine Verschlechterung der Befriedigungsaussichten der Insolvenzgläubiger eintritt, auch wenn beispielhaft der Unternehmenserhalt für originär staatliche Zwecke, wie die Stabilisierung der sozialen Sicherungssysteme, von größerer Bedeutung sein kann.

## II. Analyse der Einzelregelungen

Auf den ersten Blick scheinen Regelungszwecke und Einzelregelungen des DiskE-BMJ – da auch wesentliche Forderungen aus der Verwaltungspraxis<sup>8</sup> umgesetzt werden – völlig unkritisch. Eine genauere Analyse wird jedoch zeigen, dass lediglich ein Teil der Regelungen sanierungsfördernd und zugleich im Interesse der ungesicherten Insolvenzgläubiger ist. Die Regelungen zur Stärkung der Gläubigerautonomie und zur Verhinderung der Obstruktion der Gesellschafter bewirken hingegen einen massiven Eingriff in die „Statik“ der bisherigen insolvenzrechtlichen Konstruktion mit der Gefahr einer deutlichen Verschlechterung der Befriedigungsaussichten der ungesicherten Insolvenzgläubiger. Darüber hinaus zeigt sich der gewollte Anreiz früherer Insolvenzanträge durch Stärkung der Eigenverwaltung als wirkungslos.

---

<sup>7</sup> Vgl. Begründung zur KO in Hahn „Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen Band 4“, S. 75: „[...] jeder Gläubiger hat den Anspruch, daß alle Sachen des Schuldners, soweit sie nicht dinglich einem Absonderungsberechtigten verhaftet sind, zur gemeinschaftlichen Theilungsmasse kommen. Dem Rechte des Einen auf die gemeinschaftliche Vertheilung steht die Pflicht des Anderen gegenüber, sich dieselbe gefallen zu lassen. Par conditio omnium creditorum facta est.“

<sup>8</sup> Bork, ZInsO 1999, 485; Uhlenbruck, DZWiR 2000, 15, 16; Smid, DZWiR 2002, 221, 227; Rattunde, ZIP 2003, 596, 599; Sassenrath, ZIP 2003, 1517; Westpfahl/Janjuah, Beilage zu ZIP 3/2008 S. 15; Jaffé/Friedrich, ZIP 2008, 1849; Amend, ZIP 2009, 589, 595; mit konkreten Vorschlägen: Ehlers, ZInsO 2009, 320 ff.; Eidenmüller/Engert, ZIP 2009, 541 ff.; Drouven, ZIP 2009, 1052.

## 1. Sanierungsfördernde Regelungen unter Beachtung aller Insolvenzziele

Die Konzentration der Insolvenzgerichte gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 DiskE-BMJ begründet aus den praktischen Erfahrungen der neuen Länder sowie der Großstadtgerichte die berechtigte Erwartung, dass eine Kompetenzerhöhung auf gerichtlicher Seite - und damit mittelbar auch bei den Verwaltern - eintritt. Ebenfalls positiv zu beurteilen sind die Vorschläge zur Beseitigung der „Störgeräusche“ bei der Gestaltung und Abwicklung von Insolvenzplänen durch die Option der Absicherung von nicht fälligen Masseverbindlichkeiten über einen Finanzplan (§ 258 Abs. 2 DiskE-BMJ), die Beschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten nach Planannahme durch Einführung eines Schlechterstellungsausgleichs (insbesondere die §§ 251, 253 DiskE-BMJ), die Behandlung nicht angemeldeter und ungewisser Forderungen (§§ 254 b, 259 b DiskE-BMJ) sowie die Planermöglichung trotz Masseunzulänglichkeit (§ 210 a DiskE-BMJ). Die Regelung eines vorläufigen Gläubigerausschusses im Eröffnungsverfahren (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 a DiskE-BMJ) stärkt Gläubigerautonomie und verhindert Zielkonflikte und ist daher ebenfalls zu begrüßen.

Alle vorstehenden Regelungsvorschläge optimieren das Sanierungsmittel Insolvenzplan und erhöhen daher dessen Attraktivität, sodass hierdurch die Erreichung aller Insolvenzziele, insbesondere der bestmöglichen gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung und des Unternehmenserhalts gestärkt werden.

Vermisst wird im DiskE-BMJ eine Regelung zum Sanierungsgewinn, da die zwei Erlasse<sup>9</sup> des BMJ aufgrund zwischenzeitlich ergangener Instanzrechtsprechung von FG<sup>10</sup> keine hinreichende Rechtssicherheit für die Ertragssteuern schaffen. Darüber hinaus ist Planersteller und schuldnerisches Unternehmen bei der Gewerbesteuer<sup>11</sup> auf die Kulanz der Kommunen angewiesen, was wiederum ein Rechtssicherheitsdefizit begründet.

<sup>9</sup> BMF-Schreiben vom 27.03.2003, IV A 6 – S2140 – 8/03, BStBl I 2003, 204; BMF-Schreiben vom 22.12.2009, IV C 6 – S2140/07/10001-01, BStBl I 2010, 9.

<sup>10</sup> FG München, Urt. v. 12.12.2007, 1 K 4487/06 – Revision anhängig beim BFH unter VIII R 2/08; FG Münster, Urt. v. 27.05.2004, 2 K 1307/02 AO; BFH, Urt. v. 14.07.2010, X R 34/08.

<sup>11</sup> Für die Gewerbesteuer ist gemäß § 1 GewStG nicht die BRD (Finanzamt), sondern sind die Gemeinden Steuerberechtigter. Die Gemeinden sind jedoch als selbständige Gebietskörperschaft nicht an die BMF-Erlasse vom 27.03.2003 und 22.12.2009 gebunden, so dass es zur Vermeidung einer Anschlussinsolvenz auf die Kulanz der einzelnen Kommunen ankommen kann. Im Fall des Insolvenzplans für die Karstadt Warenhaus GmbH titelte das Handelsblatt am 14.05.2010: „Karstadt wirbt um Steuererlass“ und erklärte: „Bei dem geforderten Verzicht geht es um eine Steuerforderung der Gemeinden von theoretisch bis zu 140 Mill. Euro. Hintergrund ist ein außerordentlicher Ertrag in der Karstadt-Bilanz, der durch einen Forderungsverzicht der Gläubiger von bis zu zwei Mrd. Euro entstehen würde.“. Die Stadt Hoyerswerda hat einen Erlass abgelehnt.

## **2. Befriedigungsfeindliche Regelungen zu Lasten ungesicherter Insolvenzgläubiger**

Die Regelungen zum – für das Gericht - bindenden Verwaltervorschlag durch den stimmrechtsstärksten Gläubiger (regelmäßig auf der Grundlage eines Absonderungsrechtes) und zur Beseitigung des Obstruktionspotentials durch Einbeziehung der Anteilsinhaber in das Insolvenzplanrecht (debt to equity swap) sind, wie zu zeigen sein wird, dem Grunde nach geeignet, Sanierungen zu fördern, jedoch unter weitgehender Aufgabe der insolvenzrechtlichen Hauptzielstellung, der maximalen gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung. Anlass für diese Besorgnis ist, dass bei Umsetzung dieser Regelungsvorschläge das Insolvenzverfahren zu einer „Institutsverwaltung“ zu Gunsten der Absonderungsberechtigten, mit Zuwendung einer Lästigkeitsprämie an die ungesicherten Insolvenzgläubiger für die Mehrzahl der Sanierungssituationen zu werden droht.

### **a. Die Kräftebalance der bisherigen insolvenzrechtlichen Regelungen**

#### **aa. Steuerungsfunktion des Fortführungsmehrwerts**

Nach bisher geltender Insolvenzrechtslage besteht eine Gewalten-Dreiteilung im Insolvenzverfahren, bestehend aus dem Unternehmer/der Geschäftsleitung, den ungesicherten Insolvenzgläubigern und den absonderungsberechtigten Gläubigern. Durch die Ausgestaltung des Vergütungsrechtes, wonach der Insolvenzverwalter das eigene Salär für die Tätigkeit im eröffneten Verfahren aus der freien Masse zu berechnen hat<sup>12</sup>, mithin dem Topf, aus dem auch die ungesicherten Insolvenzgläubiger ihre Insolvenzquote schöpfen wollen, kämpft der Verwalter mit hoher Motivation für die Interessen der ungesicherten Gläubiger.

Darüber hinaus motiviert ihn die Rechtslage zur Behandlung von Absonderungsrechten (gesetzlich regelmäßig lediglich 9 % Massebeitrag - §§ 170, 171 InsO)<sup>13</sup>, sich für einen Unternehmenserhalt einzusetzen. Denn insbesondere bei einem asset deal im Wege einer übertragenden Sanierung besteht für den Insolvenzverwalter die Möglichkeit, eine

---

<sup>12</sup> Gemäß § 1 Abs. 1 InsVV wird die Vergütung des Insolvenzverwalters nach dem Wert der Insolvenzmasse berechnet, auf die sich die Schlussrechnung bezieht (sogenannte freie Masse).

<sup>13</sup> Mit Inkrafttreten der InsO hat der Gesetzgeber über die Vorschriften zu den Feststellungs- und Verwertungspauschalen gemäß der §§ 170, 171 InsO den Status quo der ungesicherten Gläubiger verschlechtert. Vor Inkrafttreten der InsO gab es zwischen Absonderungsberechtigten und Insolvenzverwaltern Usancen der Massebeteiligung im Rahmen freihändiger Verwertungen. Bei Fahrnis und Forderungen belief sich die Massebeteiligung dabei regelmäßig auf 15 %.

Verkaufsposition „Unternehmens- oder Firmenwert“ zu veräußern und damit den Fortführungsmehrwert für die ungesicherten Gläubiger zu generieren.

Da der good will keine fremdrechtsbelastbare Vermögensposition darstellt<sup>14</sup>, schafft die Veräußerung eines laufenden Geschäftes eine hohe Ertragsersparnis für die freie Masse. Dieses Anspruchspotential<sup>15</sup> ist nach Erfahrung der Verfasser in Sanierungsfällen häufig sogar höher als die Summe aller insolvenzspezifischen<sup>16</sup> Ansprüche.

## **bb. Wem dient der Verwalter?**

Zu Recht wird darüber hinaus allseits angenommen, dass der Gang des Insolvenzverfahrens entscheidend von den Aktivitäten des Insolvenzverwalters abhängt. Dies folgt insbesondere daraus, dass dieser Herr über alle im Insolvenzverfahren zusammenlaufenden Informationen<sup>17</sup> ist und zudem die starken Werkzeuge des Anfechtungsrechtes<sup>18</sup> für die Verfahrensziele

---

<sup>14</sup> Der Unternehmens- und Firmenwert (sogenannter „good will“) ist, anders als gewerbliche Schutzrechte, Markenrechte oder Urheberrechte sowie Teilrechtsabspaltungen hiervon (Lizenzen und andere Nutzungsrechte) weder gesetzlich geschützt noch faktisch schützenswert (z. B. im Unterschied zu know how durch Verschwiegenheitsregelungen). Daher kommt eine insolvenzfeste Übertragung an Sicherungsgläubiger nicht in Betracht. Bspw. geht die herrschende Meinung für die know-how-Lizenz davon aus, dass diese als obligatorischer Nutzungsanspruch gemäß § 399 Abs. 1 BGB gesetzlich nicht übertragbar ist (Nachweise hierzu in Wiedemann, *Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz*, Seite 227, Fn. 599 m.w.N.).

<sup>15</sup> Wie insbesondere § 151 InsO (Verzeichnis der Massegegenstände) verdeutlicht, knüpfte die InsO, wie ihr Vorgängergesetz, die KO, an eine Verwertung von Einzelgegenständen an. Außerhalb des Insolvenzverfahrens erfolgen Unternehmensveräußerungen jedoch in aller Regel ertrags- und nicht substanzbasiert. Eine der häufigsten Ermittlungsmethoden für Unternehmenswerte ist dabei die sogenannte Discounted-Cash-Flow-Methode. Bezugsgröße für einen zu ermittelnden Unternehmenswert sind dabei der Unternehmensgewinn unter Hinzusetzung der Abschreibungen. Nach einer üblichen Faustformel beträgt der Unternehmenswert im Durchschnitt das Fünffache des Jahres-Cash-Flows zum Bewertungszeitpunkt. Dieser Ansatz ist für das Insolvenzverfahren nicht wertlos, auch wenn die schuldenrischen Unternehmen in der Regel negative Ergebnisse ausweisen, da unter Berücksichtigung der Unternehmensplanung und der Synergiemöglichkeiten eines Investors Prognosen erstellt werden können, welche Ertragskraft das Unternehmen hat. Lässt sich hierdurch ein ertragsbasierter Unternehmenswert errechnen, hat der Insolvenzverwalter einen Anhaltspunkt zur Bewertung des „good will“. Dieser wird dadurch errechnet, indem die Differenz zwischen Gesamtunternehmenswert und Bewertung der Einzelpositionen gemäß § 151 InsO gebildet wird. Nach den Erfahrungen der Verfasser beträgt dieser Fortführungsmehrwert nicht selten 20 % bis 30 % eines Gesamtkaufpreises, ermittelt aus einem insolvenzrechtlichen Bieterverfahren.

<sup>16</sup> Zu den insolvenzspezifischen Ansprüchen gehören insbesondere Geschäftsführerhaftung gemäß §64 GmbHG, Persönliche Haftung der Gesellschafter gemäß §93 InsO, Nacherwerb gemäß §35 InsO, Insolvenzanfechtung gemäß §§ 129 ff. InsO, Rückschlagsperre gemäß §88 InsO, Pauschalen aus Feststellung und Verwertung gemäß §§ 170 f. InsO oder Zubehörhaftung gemäß §10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG.

<sup>17</sup> Durch den Übergang des Verwaltungs- und Verfügungsrechtes mit Verfahrenseröffnung auf den Insolvenzverwalter ist dieser operatives Handlungsorgan im Insolvenzverfahren. Die Insolvenzpublikationen leiten folglich alle am Verfahren interessierten Beteiligten unmittelbar auf den Insolvenzverwalter. Verstärkt wird dessen Stellung darüber hinaus durch die Möglichkeit der Forderungsanmeldung ausschließlich beim Verwalter (siehe § 174 Abs. 1 InsO) sowie die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners gemäß der §§ 97 ff. InsO.

<sup>18</sup> Die enorme Bedeutung des Anfechtungsrechtes lässt sich aus der Vielzahl der zu den §§ 129 ff. InsO ergangenen Rechtsprechung und Literatur, aber auch die Anstrengungen des BMF und der Sozialversicherungsträger, Privilegien zu erlangen (bspw. die Regelungen des §§ 28 e SGB IV oder die dann nicht in das Gesetzgebungsverfahren gelangte Vorfassung zum Haushaltbegleitgesetz 2011), erkennen.

einsetzen kann. Der Insolvenzverwalter als Zentralfigur des Insolvenzverfahrens sichert daher nach bisher bestehender Rechtslage die *par conditio creditorum* sowie den Unternehmenserhalt. Dabei bildet er einen Gegenpool zu den Absonderungsberechtigten (was man dem Einen gibt, muss man dem Anderen nehmen) und hat eine ambivalente Stellung zum bisherigen Unternehmer. Denn Interessenparallelität zwischen Unternehmer und Insolvenzverwalter besteht *de lege lata* nur so lange, wie es um den Unternehmenserhalt an sich geht. Gibt es jedoch eine Mehrzahl von Interessenten für das schuldnerische Unternehmen und kommt daher eine schnellstmögliche Lösung der Sanierungsaufgabe durch übertragende Sanierung in Betracht, werden die Interessen von Unternehmer und Verwalter, nunmehr in ausschließlicher Repräsentanz für die ungesicherten Gläubiger, diametral.

### **cc. Kampf um die Verwaltergunst**

Allen Versuchen der stimmrechtsstärksten Gläubiger, den Verwalter für die Realisierung von Individualinteressen auf ihre Seite herüberzuziehen, sind sowohl Gesetzgeber<sup>19</sup> als auch die Insolvenzgerichte<sup>20</sup> bisher zu Recht entgegen getreten.

Die mit Einführung der InsO geregelte Stimmenmehrheit zur Verwalterabwahl hat der Gesetzgeber nach sich allseits aufbauendem „Abwahldruck“ auf unbequeme Verwalter durch die aktuelle Regelung zur Stimmen- und Kopfmehrheit gemäß § 57 Satz 2 InsO korrigiert und nicht zuletzt aus vorstehenden Erfahrungen, mithin des Gefügigmachens der Insolvenzverwalter für Individualzwecke durch einzelne Gläubiger, haben die Insolvenzgerichte Verwaltervorschläge durch Absonderungsberechtigte oder die Unternehmen selbst - wobei durchschien, dass eine Steuerung durch Dritte erfolgt ist - unbeachtet gelassen.

---

<sup>19</sup> Begr. zu § 57 S. 2 InsO, BT-Drucks. 14/01, S. 53: „Die Wahl des Insolvenzverwalters, die oftmals als Schicksalsfrage des Verfahrens bezeichnet wird, sollte deshalb so ausgestaltet werden, dass von vornherein keine Besorgnis an seiner Unparteilichkeit aufkommt. Solche Zweifel sind jedoch laut geworden, wenn einzelne absonderungsberechtigte Gläubiger, die ohnehin vom Verfahrensergebnis weitaus weniger betroffen sind als ungesicherte Gläubiger, ihre Stimmkraft ausnützen, um einen Ihnen genehmen Verwalter an die Stelle des vom Gericht bestellten Verwalters zu setzen.“

<sup>20</sup> Nach den Erfahrungen der Verfasser stößt die Beteiligung einzelner Großgläubiger des Verfahrens bei der Einsetzung des Insolvenzverwalters bei Insolvenzgerichten auf besondere Skepsis. Zum Teil offener werden schuldnerische Vorschläge oder gemeinschaftliche Vorschläge einer Mehrzahl von Gläubigern und des schuldnerischen Unternehmens betrachtet.

## b. Die Auswirkungen des Regelungsvorschlags im DiskE-BMJ

Wie vorstehende Kräftebalance de lege lata verdeutlicht, haben die absonderungsberechtigten Gläubiger derzeit nur in Sonderkonstellationen kein gesteigertes Interesse<sup>21</sup> am Unternehmenserhalt, da der Verwalter den Fortführungsmehrerlös regelmäßig in den Topf der ungesicherten Gläubiger führt.

Bei einer Abkehr von objektiver Verwalterbestellung durch das Gericht und Abwahlmöglichkeit des Insolvenzverwalters nur bei Stimmen- und Kopfmehrheit und Neuregelung in der Art, dass der Verwalter durch den oder die stimmrechtsstärksten Gläubiger ausgewählt wird, ist durchaus davon auszugehen, dass zukünftig die absonderungsberechtigten Gläubiger ein starkes Interesse an einem Unternehmenserhalt bekommen werden. Dies liegt daran, dass durch das Zusammenspiel mehrerer Regeln des DiskE-BMJ die Möglichkeit eröffnet wird, den sich nicht im eigenen Sicherungsportfolio befindenden „Unternehmens- oder Firmenwert“ - ohne Teilen mit den ungesicherten Gläubigern über die Gläubigerquote - für sich allein zu beanspruchen.

Türöffner hierzu wäre die Neuregelung über die Einbeziehung der Anteilsinhaber in das Insolvenzverfahren in Kombination mit der Wahl eines von Einzelinteressen geleiteten Verwalters. Erfolgsträchtige Beraterstrategie würde sein, einen Insolvenzverwalter vorzuschlagen, der den Insolvenzplan im Interesse der Sicherungsgläubiger gestaltet und seine Annahme unterstützt. Auf einer ersten Stufe der Sanierung erhalte der Hauptgläubiger im Insolvenzplan alle Geschäftsanteile übertragen. Unter dem Druck vom Hauptgläubiger benötigter Cash-flow-Ausstattung für das schuldnerische Unternehmen akzeptieren alle weiteren Gläubiger zur Verhinderung des Scheiterns der Sanierung eine „Lästigkeitsprämie“ oder im Plan werden bei Widerstand von Minderheitsgläubigern die Gruppen derart

---

<sup>21</sup> Mit Insolvenzantragstellung haben insbesondere Kreditinstitute eine Wertberichtigung der Forderungen vorzunehmen. Diese erfolgt regelmäßig anhand der prognostizierten Sicherheitenerlöse, ohne dass die Insolvenzquoten auf die ungesicherten Anteile erhebliche Bedeutung haben. Entscheidende Fragestellung ist folglich, ob eine Betriebsfortführung einen Mehrerlös bei der Sicherheitenverwertung gegenüber einer Liquidation erwarten lässt. Bei Grundstücken als Hauptsicherungsmittel kommt es weniger auf die Betriebsfortführung, vielmehr auf eine freihändige Verwertung an, welche mit dem Insolvenzverwalter in der Regel durch Gewährung eines Massebeitrages gelingt. Entsprechendes gilt für bewegliches Sachanlagevermögen. Ein deutlicher Mehrerlös könnte im Bereich von Umlaufvermögen für Sicherungsgläubiger erreicht werden, was jedoch durch die Rechtsprechung des BGH zur Anfechtbarkeit der „Wertauffüllungen“ relativiert wird. Einziger harter Motivationsfaktor ist daher häufig, dass sich das Unternehmen in einer ungünstigen Lage befindet, und damit zu befürchten ist, dass bei Betriebseinstellung eine Industriebranche entsteht.

gestaltet<sup>22</sup>, dass die Übernahme aller Geschäftsanteile durch den dominierenden Gläubiger – bei insolvenzbedingt postulierter Wertlosigkeit der Anteile gegen ggf. kleines Entgelt – möglich ist. Im zweiten Sanierungsschritt – regelmäßig schon nach Abschluss des Insolvenzverfahrens und insoweit ohne Publizität<sup>23</sup> – verkauft sodann der Hauptgläubiger als neuer share holder die Gesellschaftsanteile an den bereits ggf. schon im Verfahren durch den Insolvenzverwalter gesuchten Investor. Der nach bisheriger Rechtslage bei fast jeder Unternehmensveräußerung vom Investor bezahlte Kaufpreis für „Unternehmens- oder Firmenwert“ hat sich über die Konstruktion des Insolvenzplanverfahrens für die ungesicherten Gläubiger in Luft aufgelöst. Genau genommen wird er jetzt durch den Wert der shares verkörpert. Der Gegenwert der shares fällt aber ohne Publizität im Verfahren allein dem die Anteile übernehmenden Hauptgläubiger zu.

Die auf den ersten Blick sanierungsfördernde *und* damit für Insolvenzgläubiger günstige Regelung des debt to equity swap entpuppt sich im Zusammenspiel mit den Regelungen zur Einsetzung des Insolvenzverwalters als „Troyanisches Pferd“ unter fast vollständiger Abschaffung der *par conditio creditorum* in Sanierungsfällen.

Zur Verteidigung des debt to equity swap lässt sich nicht einwenden, dass ohne diese Regelung dem in der Tat insolvenzplanschädlichen Obstruktionspotential von Gesellschaftern nicht begegnet werden könnte. Einer der Verfasser dieses Beitrages hat an anderer Stelle<sup>24</sup> aufgezeigt, dass eine Erweiterung der sachenrechtlichen Befugnisse des Insolvenzverwalters zur Ermöglichung der partiellen Universalsukzession durch Insolvenzplan der Gesellschafterobstruktion im Insolvenzplanverfahren – unter Wahrung der Publizität im Verfahren, an wen alle Erlöse des Verfahrens verteilt werden – Abhilfe schaffen kann.

Ebenso wenig kann der Eingriff in die Befriedigungsaussichten der ungesicherten Insolvenzgläubiger dadurch gerechtfertigt werden, dass deren Interesse für die Insolvenzverfahren bislang verschwindend gering ist, anders als die Interessen der sich regelmäßig in den Insolvenzverfahren engagierenden stimmrechtsstarken

---

<sup>22</sup> Die Gruppengestaltung obliegt gemäß § 222 InsO dem Planersteller, welcher neben den obligatorischen Gruppen gemäß § 222 I InsO fakultativ weitere Gruppen (§ 222 II InsO) nach seinem Ermessen bilden kann. Die Einteilung der Gläubiger wird insbesondere auch davon beeinflusst, welches Ziel der Plan verfolgt, so auch *Lüer* in Uhlenbruck, InsO § 222 Rn. 32; *Rüve*, Mehrheitsbeschaffung durch die Gruppenbildung im Insolvenzplanverfahren, 2008, S. 15.

<sup>23</sup> Veräußerungsvorgänge nach Aufhebung des Insolvenzbeschlags unterliegen nicht mehr der Publizität des vormaligen Verfahrens. Daher kann der Neugesellschafter/vormalige Absonderungsberechtigte den share deal ohne Offenlegung eines Kaufpreises abwickeln.

<sup>24</sup> *Wallner*, „Partielle Universalsukzession durch Insolvenzplan“, ZInsO 2010, 1419.

Absonderungsberechtigten. Infolge der Substitution der Rechte aus Einzelzwangsvollstreckung<sup>25</sup> durch die Teilnahme im Gesamtvollstreckungsverfahren mit häufig nur geringer Quotenaussicht für ungesicherte Insolvenzgläubiger übernahm der Gesetzgeber den Gestaltungsauftrag, für – aus ökonomisch nachvollziehbaren Gründen – verfahrensuninteressierte Gläubiger eine optimale Anspruchsrealisierung zu gewährleisten. Die nicht selten zu lesenden Klagen über zu geringe Teilnahme der ungesicherten Gläubiger am Insolvenzverfahren sind daher im Kern eine Fehldeutung der Pflichtenbindungen. Durch den Eingriff des Gesetzgebers in die Anspruchsrealisierung durch Einzelzwangsvollstreckung obliegt es ihm selbst, das Gesamtvollstreckungsverfahren als Junktim für die Beschränkung der Rechte der Insolvenzplangläubiger derart auszugestalten, dass eine maximale Realisierungsaussicht für die Insolvenzgläubiger besteht. Die – lediglich durch Rechtsbeistände sinnvolle – Teilnahme an komplizierten Insolvenzplan- und anderen Sanierungsszenarien kann vor dem Hintergrund der geringen Quotenerwartung<sup>26</sup> nicht Obliegenheit für ungesicherte Gläubiger werden. Lösung kann folglich nur eine objektive Absicherung der Minderheitenrechte im Insolvenzverfahren sein und nicht deren faktische Abschaffung.

### **3. Wirkungslose Regelungen zum Anreiz frühzeitiger Insolvenzantragstellung**

#### **a. Keine Minimierung schuldnerischer Risiken**

Schlussendlich ist auch nicht zu erwarten, dass die Regelungsvorschläge im DisKE-BMJ mit Aufwertung der Eigenverwaltung und intendiertem schuldnerautonomen Verfahrensabschnitt im Eröffnungsverfahren bei drohender Zahlungsunfähigkeit, schuldnerische Geschäftsleitungen in Krisensituationen motivieren werden, zeitiger als bisher Insolvenzantrag zu stellen, da in der Summe aller Regelungen des DisKE-BMJ den

<sup>25</sup> Vgl. § 89 I InsO; , Begr. zu § 100 InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 137: „Das Ziel des Insolvenzverfahrens, die par conditio creditorum schließt das Betreiben der Einzelzwangsvollstreckung aus.“

<sup>26</sup> *Rattunde*, ZIP 2003, 596, 599; *Trams*, NJW-Spezial 2010, 405: „Tatsächlich sind Gläubigerversammlungen, zu denen kein einziger Gläubiger erscheint eher die Regel, denn die Ausnahme. Diese Rechtswirklichkeit ist freilich wenig überraschend, wenn man sich die engen wirtschaftlichen Voraussetzungen vor Augen führt, unter denen eine Mitwirkung an der Gläubigerselbstverwaltung, insbesondere für ungesicherte Gläubiger und Kleingläubiger, überhaupt sinnvoll erscheint. Dem insoweit von ihnen zu erbringenden Zeit-, Personal- und Geldaufwand steht angesichts der erfahrungsgemäß geringen Befriedigungsquote nur in den seltensten Fällen eine adäquate Gegenleistung im Rahmen der Schlussverteilung gegenüber.“

schuldnerischen Unternehmen im Vergleich zum derzeitigen status quo mehr genommen als gegeben wird.

Im Ausgangspunkt ist dabei bereits der gesetzgeberische Ansatz stark zu bezweifeln, dass die Geschäftsleitungen mittelständischer Unternehmen in praktisch relevanter Anzahl motivierbar sind, Insolvenzanträge bei drohender Zahlungsunfähigkeit, mithin weit vor Einsetzen einer handgreiflichen materiellen Krise zu stellen. Da mit der Insolvenzantragstellung regelmäßig der Ruf des Unternehmers, Haus und Hof sowie die existenzsichernde Einnahmequelle in Gefahr geraten und der mittelständische Unternehmer regelmäßig im Überlebenskampf geschult ist, strebt der Gesetzgeber einen bislang in der Praxis an sich nicht vorkommenden Sachverhalt, namentlich die kampflose Aufgabe oder Gefährdung der Existenzgrundlagen an. Alle Verfasser dieses Beitrages waren daher der übereinstimmenden Meinung, dass ein praxisnäheres Ziel sei, die Geschäftsleitungen nach Eintritt des Insolvenzgrundes zu einer schnellstmöglichen Antragstellung zu bewegen.

Sollte jedoch der eine oder andere Unternehmer des wirtschaftlichen Überlebenskampfes müde geworden sein oder sollten Sondersanierungslagen<sup>27</sup> vorliegen, bestünde ein objektiver Anreiz für eine Insolvenzantragstellung bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit jedoch nur dann, wenn das Sanierungsgeschehen trotz Insolvenzantragstellung schuldnerautonom steuerbar bliebe. Jedoch gewährleistet dies die Regelung zur „Vorbereitung der Sanierung“ gemäß § 270e DiskE-BMJ nicht, da die Hauptgläubiger des Verfahrens die Handlungshoheit leicht übernehmen können. Über die Verhandlungen für einen Sanierungsplan ist mindestens der Hauptkreditgeber des schuldnerischen Unternehmens über eingetretene Krise und beantragte Insolvenz zu informieren, was sodann nach den AGB<sup>28</sup> zu einer Kreditkündigung

---

<sup>27</sup> Frühzeitige Insolvenzantragstellungen sind insbesondere bei Fremdgeschäftsleitungen ohne erhebliche eigene wirtschaftliche Beteiligung sowie Unternehmen, welche noch keine Verfestigung im Wirtschaftsraum haben, bshh. start-up-Unternehmen, zu erwarten. Die Sorge, operatives Geschäft könnte durch die Insolvenzantragstellung beeinträchtigt werden, hat insbesondere bei Start-up-Unternehmen nicht das gleiche Gewicht wie bei einem mittelständischen Familienbetrieb, welcher seit mehreren Generationen besteht.

<sup>28</sup> § 19 III AGB Banken: „Kündigung aus wichtigem Grund: Eine fristlose Kündigung der gesamten Geschäftsverbindung oder einzelner Geschäftsbeziehungen ist zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der der Bank deren Fortsetzung auch unter Berücksichtigung der berechtigten Belange des Kunden unzumutbar werden lässt. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, [...] wenn eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Kunden oder der Werthaltigkeit einer Sicherheit eintritt oder einzutreten droht und dadurch die Rückzahlung des Darlehens oder die Erfüllung einer sonstigen Verbindlichkeit gegenüber der Bank – auch unter Verwertung einer hierfür bestehenden Sicherheit – gefährdet ist“; Nr. 26 (2) AGB Sparkassen: „Kündigung aus wichtigem Grund: Ungeachtet anderweitiger Vereinbarungen können sowohl der Kunde als auch die Sparkasse die gesamte Geschäftsbeziehung oder einzelne Geschäftszweige jederzeit fristlos kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, aufgrund dessen dem Kündigenden die Fortsetzung der Geschäftsbeziehung nicht zugemutet werden kann. Dabei sind die berechtigten Belange des anderen Vertragspartners zu berücksichtigen. Für die Sparkasse ist ein solcher Kündigungsgrund insbesondere gegeben, wenn aufgrund der nachfolgend beispielhaft aufgeführten Umstände die Einhaltung der Zahlungsverpflichtungen des Kunden oder

berechtigt, welche wiederum den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit eintreten lässt. Daher hängen die Vorteile der Regelung des § 270 b DiskE-BMJ – insbesondere der Verwaltervorschlag durch den Schuldner – von dem Wohlwollen der zu benachrichtigenden Gläubiger, insbesondere der Kreditgeber des schuldnerischen Unternehmens ab.

Darüber hinaus würde der Schuldner schnell feststellen müssen, dass die marginalen Verstärkungen der schuldnerischen Rechtsposition durch den DiskE-BMJ infolge der gewaltigen Verstärkung der Rechtsposition der stimmrechtsstärksten Gläubiger wertlos sind. Unabhängig davon, wie sich Unternehmer und – regelmäßig hinzu gezogener insolvenz erfahrener – Generalbevollmächtigter um eine Stabilisierung der unternehmerischen Belange ab Insolvenzantragstellung bemühen, kann aufgrund der Regelungen zu Verwalterwahlrecht und debt to equity swap eine Übernahme der Unternehmerrechte durch den Hauptgläubiger des Verfahrens mit nachinsolvenzlicher Veräußerung der shares an einen Drittinvestor nicht verhindert werden. Der bisherige Unternehmer würde daher lediglich Brückendienste bis zur Anteilsübernahme leisten.

Letztlich lässt die im DiskE-BMJ ausschließlich an den Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit geknüpfte angebliche Verstärkung der schuldnerischen Rechtsposition eine Vielzahl von Streitverhältnissen im Eröffnungsverfahren erwarten. Nicht selten wird im Insolvenzantragsverfahren bereits heute als Anlass der Insolvenzantragstellung drohende Zahlungsunfähigkeit angegeben, fast immer auch bei von Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern oder Rechtsanwälten begleiteten Insolvenzschuldern. Im Insolvenzverfahren stellt sich dann jedoch fast immer heraus, dass seit geraumer Zeit nicht mehr drohende Zahlungsunfähigkeit, vielmehr Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, vorliegen. Hängt das Gros der für den Schuldner vorteilhaften Regelungen des DiskE-BMJ jedoch ausschließlich vom objektiven Vorliegen drohender Zahlungsunfähigkeit ab, lässt die Motivationslage beim Schuldner nur in Ausnahmefällen frühere Anträge, jedoch auf breiter Front den Kampf um den wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriff erwarten.

---

die Durchsetzbarkeit der Ansprüche der Sparkasse. auch unter Verwertung etwaiger Sicherheiten - gefährdet wird: a) wenn eine wesentliche Verschlechterung oder eine erhebliche Gefährdung der Vermögensverhältnisse des Kunden oder in der Werthaltigkeit der für ein Darlehen gestellten Sicherheiten eintritt, insbesondere wenn der Kunde die Zahlungen einstellt oder erklärt, sie einstellen zu wollen, oder wenn von dem Kunden angenommene Wechsel zu Protest gehen.“

## b. Funktionsgrenzen der Eigenverwaltung

Darüber hinaus ist es sinnvoll, die problemverursachenden Regelungen zu ändern und nicht zu diesen unter Verstärkung der widerstreitenden Interessen ein Gegengewicht schaffen zu wollen.

Die Eigenverwaltung ist ein wertvolles und verfassungsrechtlich<sup>29</sup> gebotenes Instrument für Verfahrensgestaltungen, in denen die Führung des operativen Geschäftes eines laufenden Geschäftsbetriebs zur Verwirklichung der Gläubigergleichbehandlung und des Unternehmenserhaltes besser beim schuldnerischen Unternehmen selbst als bei einem einzusetzenden Insolvenzverwalter liegt.

Nicht selten - zudem abhängig vom Geschäftsgegenstand - wird dies für große und mittlere Kapitalgesellschaften der Fall sein, da diese über die Leitungsstrukturen ein hinreichendes betriebswirtschaftliches und kaufmännisches know how haben, beispielhaft sind international geschulte Geschäftsleitungen besser als ein frischbestellter Insolvenzverwalter geeignet, Entscheidungen zur Errichtung von Wasser- und Kernkraftwerken<sup>30</sup> oder dem internationalen Handel von Film- und Fernsehrechten<sup>31</sup> zu treffen.

Jedoch sollte nicht verkannt werden, dass das Gros der Insolvenzfälle<sup>32</sup> Unternehmen mit weniger als 100 Arbeitsplätzen betrifft. Bei diesen bedarf es jedoch häufig der betriebswirtschaftlichen Optimierung durch einen geschäftserfahrenen Insolvenzverwalter und aus der Praxis der Verfasser ist es zudem Erwartung der Geschäftsleitungen und Unternehmer, dass der eingesetzte vorläufige und endgültige Insolvenzverwalter ein

<sup>29</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH, Beschluss vom 17.07.2002, IX ZR 195/01) ist bei der Stärke der im Insolvenzverfahren anzuordnenden Sicherungsmaßnahmen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Ist eine weniger belastende Maßnahme daher gleich geeignet, die Gläubigerinteressen in gleicher Art und Weise zu sichern, so muss diese Maßnahme dem stärkeren Eingriff vorgezogen werden. Entsprechendes hat auch für die Eigenverwaltung zu gelten.

<sup>30</sup> Vgl. Verfahren der Babcock Borsig AG; Handelsblatt 12.06.2003: „Anlagebauer wählt Insolvenz in Eigenverwaltung - Babcock geht neuen Weg“.

<sup>31</sup> Vgl. Verfahren der KirchMedia GmbH & Co. KGaA; Sachwalter *Jaffé* im Hamburger Abendblatt 21.06.2002: „ABENDBLATT: Bei Kirch wurde der Weg eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung gewählt. *Jaffé*: Das hat seinen Sinn, weil es sich bei der KirchMedia um ein funktionierendes Unternehmen handelt. Im Rahmen der Eigenverwaltung sind Zuständigkeiten kraft Gesetzes bei der Geschäftsführung verblieben. Ich habe als Sachwalter eine Überwachungs- und Mitwirkungsfunktion. Es ist nicht so wie bei einer normalen Insolvenz, dass jeder Kugelschreiber und jede Bestellung von mir abgezeichnet werden muss. Das gewöhnliche Tagesgeschäft bis zu einem Volumen von zwei Millionen Euro kann von der Geschäftsführung durchgeführt werden.“.

<sup>32</sup> Nach Angaben des statistischen Bundesamtes in Insolvenzverfahren - Fachserie 2 Reihe 4.1 - September 2010, S. 5, waren von Januar 2010 bis September 2010 von insgesamt 127.066 Insolvenzverfahren nur 129 Verfahren mit mehr als 100 Beschäftigten zu verzeichnen, dies entspricht einem Prozentsatz von 0,1 %.

„Zerfließen“ des Unternehmensverbundes verhindert. Im Ausgangspunkt passt daher in einer Vielzahl von Insolvenzfällen die Eigenverwaltung nicht.

Dass ungeachtet dessen auch bei kleinen und mittleren Unternehmen Eigenverwaltung unternehmerseits gegenüber der Regelabwicklung präferiert wird, hat weniger damit zu tun, dass der Unternehmer selbst das Verfahren besser als ein Verwalter abwickeln kann. Vielmehr ist es Erfahrung der Unternehmer, dass der Insolvenzverwalter nach der bestehenden Rechtslage nur solange in ihrem Lager stehen kann, wie sich keine Fremdinvestoren einstellen. Praktisch wird diese Einschätzung dadurch belegt, dass eigenverwaltete Schuldner fast ausnahmslos insolvenzverfahren Generalbevollmächtigte<sup>33</sup> haben und brauchen. Die im DiskE-BMJ als Schuldneranreiz für einen frühzeitigen Antrag vorgesehene Stärkung der Eigenverwaltung soll daher im Kern den aus Sicht der Unternehmer bestehenden Konstruktionsfehler der InsO kompensieren, dass der Insolvenzverwalter nur sehr begrenzt Unternehmerinteressen wahrzunehmen hat. Wie bereits aufgezeigt wurde, ist die Beruhigung der Schuldner jedoch kurzlebig, wenn parallel der stimmrechtsstärkste Gläubiger über die Zuordnung des Verwalters in seine Interessensphäre, ergänzt um die Regelung zum debt to equity swap, Rechtsmacht erhält, um die Unternehmerposition zu entwerten. Die „gestärkte“ Eigenverwaltung hätte daher nicht mehr als Bestandssicherungsfunktion bis zur Übernahme der Unternehmensherrschaft durch Dritte. Dies kann gewollt sein, sollte dann aber auch offen ausgesprochen werden.

Die Erwartung, dass sich durch die Regelungen des DiskE-BMJ Unternehmer zu früheren Insolvenzanträgen motivieren lassen, ist daher nicht berechtigt, vielmehr würde das Misstrauen gegenüber dem Insolvenzverfahren bestätigt und verstärkt.

---

<sup>33</sup> So auch im Fall der Arcandor AG; Der Spiegel 25/2009, S. 71, 73: „Was der Konzern wirklich an Substanz hat, müssen nun andere feststellen - allen voran der Generalbevollmächtigte Piepenburg und der vom Gericht als vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzte Kölner Rechtsanwalt Klaus Hubert Görg, 68. Beide gelten als erfahrene Insolvenzexperten, die schon viele große Fälle erledigt haben. Piepenburg wurde gerufen beim Zusammenbruch des Anlagenbauers Babcock Borsig sowie bei der Sanierung der Handelsketten Ihr Platz und SinnLeffers, und auch für einen möglichen Fall Opel hatte er sich bereitgehalten. [...] Um Arcandor zu retten, strebt Piepenburg ein sogenanntes Insolvenzplanverfahren in Eigenverwaltung an. Dabei bleibt das Management noch im Amt und wird vom Generalbevollmächtigten beraten. Der eigentliche Insolvenzverwalter, der Kölner Anwalt Görg, überwacht die Sanierung und vertritt die Interessen der Gläubiger.“

## **C. Modellwechsel der Verhaltenssteuerung – von Sanktion und personalisiertem Verfahren zu Anreiz und objektiviertem Verfahren**

Wer beabsichtigt, Anreize für frühere Insolvenzanträge zu schaffen, hat zu hinterfragen, welche Motivationslage bei den Geschäftsleitungen/Unternehmern das bisherige Verhalten zu später Antragstellungen trotz Haftungs- und Strafbewehrtheit verursacht.

### **I. Gründe zu später Insolvenzanträge – Die Unternehmersicht**

Bei der Entscheidung über Ob und Zeitpunkt eines Insolvenzantrags haben Geschäftsleitung/Unternehmer Vor- und Nachteile abzuwägen, welche sich an eine Antragstellung oder deren Unterlassen anschließen können. Für die praktisch häufigste Fallgruppe der Geschäftsleiter mit eigenunternehmerischer Beteiligung drohen sich mit der Antragstellung drei Hauptrisiken zu verwirklichen: das Reputationsverlustrisiko, das privatwirtschaftliche Existenzrisiko und das unternehmerische Existenzrisiko.

#### **1. Reputationsverlustrisiko**

Ist die Erwartung in heutiger Zeit an einen Insolvenzantrag stellenden Unternehmer nicht mehr wie Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts unter Geltung der KO „Pistole oder Strick“, kann in Übereinstimmung mit den Äußerungen der Bundesjustizministerin<sup>34</sup> jedoch auch heute nicht von einer Anerkennung der Insolvenz als Realisierung eines marktwirtschaftsimmanenten Risikos<sup>35</sup> ohne stigmatisierende Wirkung gesprochen werden. Insolvenz wird gesellschaftlich nach wie vor als Makel mit der Folge aufgefasst, dass vormalig in der Sozialgemeinschaft nicht selten hoch angesehene Persönlichkeiten ausgegrenzt und von einer weiteren Teilnahme am Wirtschaftsverkehr ausgeschlossen werden<sup>36</sup>.

Das Verharren in mit globaler Wirtschaftswelt nicht mehr in Äquivalenz stehenden Vorstellungen kann jedoch nicht mit einer Grundkonservativität deutscher Tradition erklärt

<sup>34</sup> Rede auf dem 7. Deutschen Insolvenzrechtstag in Berlin vom 18.03.2010, abgedruckt in ZInsO 2010, 614.

<sup>35</sup> Sautter: Unternehmen im Spannungsfeld von Werten, Worten und Taten, schriftliche Fassung eines Vortrages anlässlich der Jahreshauptversammlung 2009 des Vereins für Sozialpolitik, Bildung und Berufsförderung e.V. vom 23.04.2009, Kassel.

<sup>36</sup> Vgl. DIE ZEIT 03.04.2003 Nr.15: „Kirch: Alle gegen Leo; Ein Jahr nach der Pleite: Staatsanwälte und Insolvenzverwalter wollen an das Privatvermögen des ehemaligen Medienzaren Kirch“.

werden. Der Gesetzgeber der KO<sup>37</sup> und die das Gesetz prägende Rechtsprechung<sup>38</sup> haben mit dem auf Liquidation und schnellstmögliche Versilberung von Vermögenspositionen angelegten Konkursrecht die Meinungsbildung wesentlich beeinflusst. Hieraus folgt eine Verantwortung für die Veränderung des status quo.

## 2. Privatwirtschaftliches Existenzrisiko

Ungeachtet der gesellschaftsrechtlichen Organisationsform bekommt der mittelständische Unternehmer nur dann Kredit, wenn der Kreditgeber das Bekenntnis zum Unternehmen durch persönliche Risikoübernahmen manifestiert bekommt. Kredite für das Unternehmen sind im Mittelstand nur zu erhalten, wenn die Obligos durch Personalsicherheiten oder Realsicherheiten der Gesellschafter gesichert sind. Damit droht mit der Insolvenzantragstellung auch häufig der Verlust von „Haus und Hof“ sowie der Einnahmequellen für die gesamte Familie des Unternehmers. Die Sorge um die private Existenz wird auch nicht dadurch obsolet, dass die Möglichkeit besteht, parallel zum Unternehmensinsolvenzverfahren im Rahmen einer Privatinsolvenz Restschuldbefreiung zu erlangen; lediglich bei - zum Zeitpunkt der Antragstellung noch unbekannter - Möglichkeit der Übernahme von Aktivvermögensgegenständen durch besonders Interessierte aus dem nahen oder weiteren Familienverbund würde der drohende Verlust der Existenzgrundlagen unternehmerseits akzeptabel abgemildert.

## 3. Unternehmerisches Existenzrisiko

Letztlich begründet die Insolvenzantragstellung eine Gefahrensituation für den Unternehmer durch Verlust des Unternehmens. Einerseits kann dieser dadurch eintreten, dass ein Fremdinvestor zum Zuge kommt, ohne dass das Unternehmen selbst eine faire Chance erhalten hat, ein eigenes Sanierungskonzept vorzustellen. Andererseits droht Gefahr für das

---

<sup>37</sup> Vgl. Begründung zur KO in Hahn „Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen Band 4“, S. 40: „In der That bringt der Konkurs ein gerichtliches Verfahren mit sich; sein Zweck ist, die verschiedenen Gläubiger wegen ihrer zusammentreffenden Ansprüche aus einem nicht zureichenden Vermögen zu befriedigen, und um diesen Zweck zu erreichen, muß das Vermögen des Schuldners in Beschlag genommen und teilbar gemacht, es müssen die Ansprüche der Gläubiger zur Theilnahme festgestellt werden. S. 41: „Eine gewisse Ähnlichkeit ist unverkennbar mit der Liquidation einer kaufmännischen Firma.“

<sup>38</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 10.04.1979, VI ZR 77/77 = NJW 1980, 55; BGH, Urt. v. 04.12.2966, IX ZR 47/86 = NJW 1987, 844, 845: „§ 117 KO begründet die Pflicht des Konkursverwalters, das zur Masse gehörende Vermögen des Gemeinschuldners in Besitz zu nehmen und zu verwerten. Daraus ist abgeleitet worden, dass das Konkursverfahren vom Streben nach beschleunigter Liquidation beherrscht ist.“

Unternehmen daraus, dass mangels Leitbilds eines gesetzlichen „Sanierungsverfahrens“<sup>39</sup> der Verfahrensgang nach Antragstellung auch für beratene Schuldner nicht objektiv vorhersehbar und überprüfbar ausgestaltet und folglich der bestmögliche Umgang mit den Ressourcen des schuldnerischen Unternehmens nicht abgesichert ist. Die Ängste der Unternehmer können insbesondere aus Kompetenz- und Motivationsdefiziten oder Überlastung des Verwalters sowie sanierungsfremden Interessen einzelner Verfahrensbeteiligter gespeist sein.

Aufgrund der annähernden Volldelegation der Verantwortung für die bestmögliche Verwendung der unternehmerischen Ressourcen an Einzelpersonen des Verfahrens<sup>40</sup>, mit stark begrenzter Überprüfbarkeit der veranlassten Entscheidungen, klagen sowohl Unternehmer als auch Berater, dass insbesondere das Insolvenzantragsverfahren eine „Black Box“ darstellt. Prägnant hat ein Unternehmer seine Sorge wie folgt beschrieben: „Wenn ich einen Insolvenzantrag stelle, weiß ich nicht, ob ich den Metzger oder den Notarzt bekomme. Beide haben einen weißen Kittel an“. Hierbei ist der Kontrollverlust<sup>41</sup> an einen gerichtlich eingesetzten vorläufigen Insolvenzverwalter nicht alleinige und wichtigste Risikoquelle, da eine Vielzahl von insolventen Unternehmen die Unterstützung der geschäftserfahrenen eingesetzten Insolvenzverwalter unter Nutzung der sichernden Regelungen der InsO (insbesondere Vollstreckungsschutz gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO, Kündigungsschutz gemäß § 112 InsO oder Verwertungsschutz gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO) benötigt.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass das Vertrauen insolvenzbedrohter Unternehmen in eine faire Gestaltung des Interessenausgleichs durch die insolvenzrechtlichen Regelungen gering ist. Der Umfang des „beredten Schweigens“ durch verweigerter oder verspäteter Antrag ist enorm.

---

<sup>39</sup> Die Generalklauseln der §§ 21, 22 InsO, wonach das Insolvenzgericht die für eine Massesicherung erforderlichen Maßnahmen trifft, wurden anders als bei der Fallgruppenbildung bspw. zu § 242 BGB bislang durch die Rechtsprechung nicht nachvollziehbar und mit Präjudizcharakter präzisiert. Darüber hinaus befinden sich in der InsO lediglich „Sanierungsinseln“, welche der Gesetzgeber auf dem Fundament der KO, welche wiederum auf Versilberung des schuldnerischen Vermögens durch Liquidation abzielte, aufgebaut hat.

<sup>40</sup> § 56 I InsO normiert lediglich das Merkmal der „Geeignetheit“; die konkrete Auswahl des Insolvenzverwalters obliegt dem Gericht und muss nicht begründet werden, vgl. *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck* § 56, Rn 54, 55.

<sup>41</sup> In der Untersuchungsreihe von ZIS und Euler Hermes für das Jahr 2006 ist die „Kontrollverlustangst“ als Grund für verspätete Insolvenzanträge nicht angeführt, vgl. *Bitter, Röder* in *ZInsO* 2009, 1283, 1287, statt dessen werden fehlendes Vertrauen in das Insolvenzverfahren, Hoffnung auf Besserung und die Angst vor Bloßstellung als Gründe benannt. Die Analyse des BMJ, die Schuldner scheuten den Kontrollverlust durch Verfahrenseröffnung, ist daher als nicht erschöpfend anzusehen.

## II. Konstruktionsplan eines Anreizmodells unter Wahrung der Insolvenzziele

Eine interessengerechte Lösung zur Motivation der Geschäftsleitungen/Unternehmer für eine frühzeitige Insolvenzantragstellung verringert die Risikopotentiale für das schuldnerische Unternehmen und seine Inhaber in einem größtmöglichen Umfang, ohne die Verwirklichung der Insolvenzziele maximale gleichmäßige Befriedigung der Insolvenzgläubiger und Unternehmenserhalt zu beeinträchtigen.

Dieses Ergebnis kann erreicht werden durch normative Vorgabe des Leitbilds eines Sanierungsverfahrens in der InsO. Tragende Säulen sind dabei die Erfüllung von qualitativen Anforderungen durch das schuldnerische Unternehmen im Sinne von Obliegenheiten zum Nachweis der Sanierungseignung, die Berechtigung des schuldnerischen Unternehmens bis zur ersten Gläubigerversammlung zusammen mit dem eingesetzten vorläufigen und endgültigen Insolvenzverwalter einen Sanierungsplan zur abschließenden Entscheidung der Gläubigerversammlung zu erarbeiten und vorzulegen, der Planvorlageauftrag an den Insolvenzverwalter als Regelfall sowie die Auswahl von Verwaltern mit Erfahrungen bei der Anwendung aller Sanierungsmittel zur Unterstützung der Entwicklung eines Sanierungsplans durch das schuldnerische Unternehmen selbst. Dem Insolvenzverwalter wird mit der Regelung eines vorläufigen Gläubigerausschusses bereits im Eröffnungsverfahren die umfassende Berichterstattung an die Gläubigergemeinschaft ermöglicht. Letztlich werden sanierungsunterstützende Normen, insbesondere im Eröffnungsverfahren sowie im Insolvenzplanverfahren, ergänzt. Durch vorstehenden Regelungskanon erhält der Schuldner die Möglichkeit, in jedem Falle ein eigenes Sanierungskonzept mit Unterstützung der geschäftserfahrenen Insolvenzverwalter zu erarbeiten und dies der Gläubigerversammlung zu präsentieren. Die letzte Entscheidung über die Annahme des Sanierungskonzeptes des schuldnerischen Unternehmens oder die Präferenz alternativer Konzepte hat ausschließlich die Gläubigerversammlung.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Die aus der Funktion des Insolvenzverfahrens als Junktum für die gesetzlich abgeschnittene Möglichkeit der Anspruchsverfolgung durch Einzelzwangsvollstreckung gerechtfertigte Gläubigerautonomie im Insolvenzverfahren lässt es nicht zu, dass der Schuldner der Gläubigergemeinschaft einen Sanierungsweg aufzwingen kann. Ungeachtet dessen erhält der Schuldner jedoch auch dann eine faire Chance für sein eigenes Sanierungskonzept, wenn die letzte Entscheidung nicht bei ihm selbst liegt. Dies liegt daran, dass die Schuldner ihre eigenen Unternehmen besser als jeder außenstehende Dritte kennen und daher Risikoabschläge wie ein fremder Käufer nicht vornehmen müssen. Erfahrungsgemäß ist eine Vielzahl von Fremdinvestoren lediglich bereit, Kaufpreise für Unternehmen im Insolvenzverfahren mit erheblichen Nachlässen zu bezahlen. Insoweit besteht für die schuldnerischen Unternehmen bei einer Insolvenzplangestaltung unter neuer finanzwirtschaftlicher Ausrichtung eine gute Möglichkeit, konkurrenzfähige Angebote für die Gläubigerbefriedigung zu machen.

### III. Rechtliche Ausgestaltung des Sanierungsverfahrens

#### 1. Einführung einer neuen Verfahrensart

Für eine gesetzgeberisch unterstützte Beseitigung der stigmatisierenden Wirkung eines Insolvenzverfahrens zur Restrukturierung von Unternehmen ist die Ergänzung der Verfahrensarten der InsO um ein „Sanierungsverfahren“ (Insolvenzaktenzeichen: IS) geeignet. Aus den Erfahrungen des US-amerikanischen Chapter 11-Verfahrens<sup>43</sup> lässt sich ableiten, dass bereits eine entsprechend ausgestaltete Verfahrensart für die betroffenen Verkehrskreise assoziieren kann, dass es sich nicht um eine Abwicklung des Unternehmens, vielmehr um eine Restrukturierung handelt. Das in die InsO eingebettete Sanierungsverfahren würde dabei auch die Diskussion um ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren<sup>44</sup> obsolet machen und der berechtigten Kritik<sup>45</sup> an einem solchen Verfahren Rechnung tragen. Ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren als Insolvenzverfahren „Light“ kann nicht die gleiche Restrukturierungswirkung wie die Sanierungswerkzeuge der InsO haben. Damit werden die Krisenunternehmen nicht wieder in dem Maße leistungswirtschaftlich und finanzwirtschaftlich optimiert, dass ein langfristiger Unternehmenserhalt sichergestellt ist.

Darüber hinaus stünde ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren immer in einem unlösbaren Konflikt zur InsO, da bei erfolgreichem Durchlaufen die Insolvenzplanregelungen ihre Bedeutung vollständig verlieren würden und bei einem Scheitern der außerinsolvenzlichen Sanierung die Situation durch das Vorverfahren derart verschlechtert wird – es muss Gründe für das Scheitern des Vorverfahrens geben –, dass auch mit den Sanierungswerkzeugen der InsO nicht mehr erfolgversprechend agiert werden kann. Die InsO würde mit Blick auf Sanierungsfälle überflüssig.

Vorzugswürdig erscheint eine Ergänzung des 10. Teils der InsO um einen 4. Abschnitt nach § 334 InsO.

---

<sup>43</sup> Chapter 11 regelt – als ein Abschnitt des Insolvenzrechts der Vereinigten Staaten (US bankruptcy code) – eine vom Gericht überwachte Reorganisation der Unternehmensfinanzen. Bei Insolvenz eines Unternehmens stehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten offen: das Unternehmen reicht seinen Fall unter „Chapter 7“ (Liquidation) ein, oder es beantragt eine Insolvenz nach „Chapter 11“ (Reorganisation).

<sup>44</sup> Vgl. *Ehlers* in ZInsO 2010, 257ff; *Geldmacher* in ZInsO 2010, 696ff; *Hölzle* in NZI 2010, 207ff; *Schmitz-Winnenthal*, *Reuter* in ZVI 2010, 41ff; *Frind* in ZInsO 2010, 1161ff; ders. in ZInsO 2010, 1426ff; *Pape* in ZInsO 2010, 1582, 1583.

<sup>45</sup> *Frind* in ZInsO 2010, 1161ff; ders. in ZInsO 2010, 1426ff; *Pape* in ZInsO 2010, 1582, 1583.

## **2. Schuldnerobliegenheiten zur Glaubhaftmachung der Sanierungseignung**

Wer eine faire Chance zur Restrukturierung erwartet und bekommt, dem ist abzuverlangen, dass bei Antragstellung objektive Sanierungseignung des Unternehmens vorliegt.

### **a. Schuldnerbelohnung bei frühzeitiger Antragstellung**

In Übereinstimmung mit dem DiskE-BMJ sollte der Schuldner Zugang zum Sanierungsverfahren in den Fällen haben, in denen bei Antragstellung objektiv noch drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt und nicht schon Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Abweichend zum DiskE-BMJ sollten die Vergünstigungen des Sanierungsverfahrens auch nicht dadurch wegfallen, dass nach Antragstellung Insolvenzgründe eintreten, da der Schuldner ab Antragstellung keinen Einfluss mehr auf das Verhalten seiner Gläubiger/Kreditgeber hat. Zur Glaubhaftmachung objektiv vorliegender drohender Zahlungsunfähigkeit hat der Schuldner dem Insolvenzgericht mit dem Antrag eine Deckungsbeitragsrechnung der letzten drei Monate vor Antragstellung vorzulegen, wonach der Deckungsgrad zwischen fälligen Verbindlichkeiten und liquiden Mitteln durchweg mindestens 90 % betrug. Die Deckungsbeitragsrechnung ist von einem Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer, der einen vollständigen Überblick über die Finanzbuchhaltung des schuldnerischen Unternehmens hat, zu bestätigen.

### **b. Schuldnerbelohnung bei Vorliegen wichtiger operativer Kenndaten**

Aufgrund der Einschätzung der Verfasser, dass der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit keine große praktische Bedeutung erlangen wird, sollte objektive Sanierungseignung auch dann angenommen werden, wenn essentialia negotii eines laufenden Geschäftsbetriebes vom Unternehmer gesichert wurden. Gesetzlich sollten folgende Mindestbedingungen für die Annahme einer Sanierungseignung festgeschrieben werden:

- Barliquidität zur freien Verfügung des vorläufigen Insolvenzverwalters in Höhe eines halben Monatsumsatzes aus dem Durchschnitt der letzten 3 Monate vor Insolvenzantragstellung,
- Freie Verfügbarkeit aller betriebsnotwendigen Produktionsmittel (Sachanlagevermögen),

- Stabilität einer revolvingen Auftragsvorlage für mindestens 3 Monate ab Insolvenzantragstellung,
- Zurückliegen der Fälligkeit der Löhne und Gehälter aller betriebsnotwendigen Arbeitnehmer maximal eine Woche,
- Lageberichterstellung über die Gründe der Krise, die veranlassten sowie die nach Einschätzung des Unternehmens weiteren erforderlichen Maßnahmen zur Überwindung der Krise.

Eine Grundliquiditätsausstattung ist erforderlich, da nach aktueller Rechtsprechung des BGH<sup>46</sup> Liquidität aus der Einziehung abgetretener Forderung nicht mehr ohne ausdrückliche Zustimmung der Sicherungsgläubiger für die Betriebsfortführung verwendet werden darf. Da Verhandlungen zu einem Massekredit mehrere Tage oder Wochen in Anspruch nehmen können, verhindert die Liquiditätsgrundausrüstung die Unterbrechung eines laufenden Geschäftsbetriebes. Die betriebsnotwendigen Produktionsmittel stehen dann zur freien Verfügbarkeit, wenn Fremdeigentümer oder Sicherungsnehmer bei Antragstellung (ausgenommen bei Sicherungsübereignungen) ohne sichernde Maßnahmen des Insolvenzgerichtes nach den geschlossenen Verträgen nicht berechtigt sind, diese dem Unternehmen zu entziehen. Insbesondere ist dies der Fall, wenn der Schutz des § 112 InsO noch besteht. Von Stabilität einer revolvingen Auftragslage ist auszugehen, wenn die Auftragslage über einen fest bestimmten Zeitraum vertraglich gesichert ist, oder bei Kurzläufigkeit von Auftragsabwicklungen die Kundenbeziehungen nicht als gestört anzusehen sind. Die Einbeziehung der Lieferanten in die Schuldnerobligationen wird aus den praktischen Verwaltungserfahrungen nicht für erforderlich erachtet, da bei Sicherstellung der Bezahlung ab Antragstellung regelmäßig sogar mit den bisherigen Lieferanten eine weitere Zusammenarbeit erfolgt oder Substitution möglich ist. In Ergänzung und/oder anstelle des Lageberichtes war die Erstellung eines Sanierungskonzeptes als Schuldnerobligation zu erwägen. Jedoch spricht hiergegen, dass sich mit Insolvenzantragstellung die Interessenlagen regelmäßig neu einstellen und folglich vormals teuer erkaufte Sanierungsgutachten wertlos sind. Darüber hinaus sollte dem Unternehmer selbst möglich sein, eine Sanierungssituation vorzubereiten und nicht eine Beraterabhängigkeit installiert werden.

---

<sup>46</sup> BGH, Urt. v. 21.01.2010, IX ZR 65/09 = ZIP 2010, 739.

### **3. Förderpflicht des Verwalters für die Erarbeitung eines unternehmerischen Sanierungskonzeptes**

Der Insolvenzverwalter wird gesetzlich verpflichtet, das schuldnerische Unternehmen bei der Erarbeitung eines eigenen Sanierungskonzeptes zu unterstützen und dem Insolvenzgericht sowie dem ggf. eingesetzten vorläufigen Gläubigerausschuss mindestens mit der Gutachtenerstattung und zur ersten Gläubigerversammlung zu berichten. Der Berichtsumfang umfasst dabei die mit dem Antrag vom Unternehmen glaubhaft gemachten Kriterien zur Sanierungseignung unter Berücksichtigung des Entwicklungsstandes im Verfahren.

Die Förderpflicht des Insolvenzverwalters für das schuldnerische Sanierungskonzept entbindet ihn jedoch nicht davon, alternativen Sanierungswegen, ggf. durch Eintritt von Investoren, nachzugehen. Der Insolvenzverwalter wird daher, ungeachtet der Förderpflicht für den Schuldner, zur Objektivität bei Beurteilung der Sanierungsaussichten verpflichtet. Im Ergebnis zeigt sich dadurch seine Bindung zur Realisierung der Insolvenzziele maximale gleichmäßige Gläubigerbefriedigung, nachgefolgt von Unternehmenserhalt.

### **4. Insolvenzplanvorlage als Regelfall**

Der Insolvenzverwalter hat nicht nur bei Gläubigerauftrag einen Insolvenzplan vorzulegen, vielmehr wird die Insolvenzplanvorlage zur Regel. Sofern eine Sanierung durch Insolvenzplan nicht in Betracht kommt, hat der Insolvenzverwalter die eine Planvorlage hindernden Umstände ausführlich darzulegen und den Gläubigerorganen sowie dem schuldnerischen Unternehmen hierüber zu einem frühestmöglichen Zeitpunkt Bericht zu erstatten, welcher wiederum die bei Antragstellung erfüllten Obliegenheiten zur Annahme der Sanierungseignung im fortgeschriebenen Zustand behandeln muss.

### **5. Auswahl des geeigneten Verwalters in Sanierungsverfahren**

#### **a. Grundlagen der Verwalterauswahl in Sanierungsfällen**

Wie die Offenlegung der Kräftebalance im Insolvenzverfahren verdeutlicht hat, gibt es zwischen den drei Hauptbeteiligten des Verfahrens, dem Schuldner, den Insolvenzgläubigern und den Absonderungsberechtigten nur begrenzte Interessenparallelität, wobei die Entscheidung des Gesetzgebers de lege lata, den Insolvenzverwalter uneingeschränkt der

Sphäre der ungesicherten Gläubiger zuzuordnen, grundsätzlich richtig, jedoch mit Blick auf eine Motivation der Unternehmer zu frühzeitigen Insolvenzanträgen, nicht optimal ist. Besser justiert wird die Kräftebalance unter Schaffung wirklicher Anreize für eine frühere Insolvenzantragstellung durch die gesetzliche Normierung eines Sanierungsleitbildes, unterstützt durch einen Verwalter, der im Verfahrensabschnitt zwischen Antragstellung und erster Gläubigerversammlung das unternehmerische Sanierungskonzept fördert, jedoch die Objektivität behält, der Gläubigerversammlung die beste Option zur maximalen Gläubigerbefriedigung und zum Unternehmenserhalt herauszuarbeiten.

Ein Verwalter, der diese Aufgaben sachgerecht erfüllen soll, muss zum Einen die Kompetenz haben, Restrukturierung zu begleiten und zum Anderen die Erwartung des Unternehmers nach Förderung seines Konzeptes und der Gläubiger nach Objektivität zur Erreichung der maximalen Gläubigerbefriedigung bestmöglich erfüllen.

Verfehlt wäre die Zuordnung des Verwalters in die Sphäre der gesicherten Gläubiger. Der Gesetzgeber sollte nicht dem Fehlschluss unterliegen, dass die *par conditio creditorum* ein Grundsatz ist, der dem stimmrechtsstärksten Gläubiger dient, vielmehr trägt dieser Grundsatz auch die Wahrung der Minderheitenrechte der anderen Gläubiger durch die verfassungsrechtlich zu legitimierende Beschränkung der Rechte aus Einzelzwangsvollstreckung durch das Insolvenzverfahren als Junktim selbst in sich<sup>47</sup>.

Die Ausgestaltung der Verwalterrechtsstellung in einer Art und Weise, die einem Missbrauch durch die stimmrechtsstärksten Gläubiger Tür und Tor öffnet, ist aufgrund der Schutzverpflichtung für Minderheitsgläubiger verfassungsrechtlich nicht zulässig und auch nicht geeignet, frühzeitige Insolvenzantragstellungen zu erreichen.

#### **b. Kein Vorschlag für Unternehmen ohne Sanierungseignung**

Die Verfasser haben zunächst erwogen, einen Vorschlag zur generellen Verwalterbestellung<sup>48</sup> für alle Insolvenzverfahren zu entwickeln, jedoch hiervon mit Blick auf den weiten

---

<sup>47</sup> Ausdruck des Minderheitenschutzes im Rahmen der InsO ist bspw. § 78 InsO, der die Aufhebung von Mehrheitsbeschlüssen zu Lasten der Gläubigergemeinschaft zulässt oder der Minderheitenschutz gemäß § 251 InsO im Insolvenzplanverfahren.

<sup>48</sup> Bei einer generellen Regelung des Verwalterwahlrechtes sollte der Gesetzgeber berücksichtigen, dass die Öffnung der Verwaltermärkte durch das Bundesverfassungsgericht die bisher lediglich regional tätigen, für Großverfahren qualifizierten Insolvenzverwalter animiert, nunmehr verteilt auf das gesamte Bundesgebiet nach Bestellungen zu streben. Hintergrund hierfür ist erfahrungsgemäß nicht, dass der Fokus auf eine Vielzahl

Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und Verlautbarungen zu den gesetzgeberischen Aktivitäten, wonach bereits an einer Berufsordnung für Insolvenzverwalter gearbeitet wird, abgesehen. Vielmehr wurde der Vorschlag, angelehnt an die Regelung des § 270 b Abs. 4 DiskE-BMJ (Verwalterwahlrecht durch den Schuldner), auf das vorgeschlagene Sanierungsverfahren beschränkt.

### c. **Stellungnahme**

Im Ergebnis wird daher vorgeschlagen, dass die Insolvenzgerichte gesetzlich verpflichtet werden, neben den allgemeinen Verwalterlisten, gesonderte Listen für Sanierungsverwalter einzurichten. Aus dem Kreise aller bei dem jeweiligen Insolvenzgericht gelisteten Insolvenzverwalter sind auf Antrag die Insolvenzverwalter als Sanierungsverwalter zu listen, die den Nachweis geführt haben, dass hinreichende praktische Erfahrungen mit allen Sanierungsmitteln vorhanden sind. Voraussetzung hierfür ist, dass der jeweilige Verwalter fünf Insolvenzplanverfahren erfolgreich abgeschlossen und die jeweiligen Pläne erstellt hat, zudem in den letzten fünf Jahren zehn übertragende Sanierungen durchgeführt hat, bei denen jeweils mindestens fünf Arbeitsplätze gemäß § 613 a BGB auf den Erwerber im Rahmen einer übertragenden Sanierung übergegangen sind. Schlägt der Schuldner in einem Sanierungsverfahren einen Insolvenzverwalter oder Sachwalter vor, darf das Insolvenzgericht von dem Vorschlag nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person bei dem Insolvenzgericht nicht als Sanierungsverwalter gelistet und/oder für das konkrete Verfahren offensichtlich ungeeignet ist. Im letztgenannten Fall bedarf die Ablehnung einer rechtlich überprüfbaren Begründung.

Dieser Vorschlag berücksichtigt den Ansatz im DiskE-BMJ, wonach der Schuldner bei Gewährleistung einer Sanierungseignung die „Belohnung“ der Verwalterauswahl erhält. Jedoch erscheint es dabei nicht notwendig, die zwischenzeitlich seit Jahren bei einer Vielzahl von Insolvenzgerichten vorgenommenen Qualitätssicherungsaktivitäten (beispielhaft das

---

kleinerer oder mittlerer Verfahren liegt, jedoch wird eine Beauftragung damit in Kauf genommen, um Großverfahren erhalten zu können. Um diesen, nach bisheriger Rechtslage geschaffenen Anreiz für „Grauverwaltungen“ zu kanalisieren und den hochqualifizierten Verwaltern bundesweit eine faire Chance zum Erhalt von Großverfahren zu eröffnen, sollte der Gesetzgeber überprüfen, ob nicht eine Kategorienbildung über Größenklassen der zu verwaltenden Insolvenzschnuldner eine befriedigende Marktstruktur im Berufsbild der Insolvenzverwalter schafft. Bspw. könnte – angelehnt an das Modell der Rechtsanwälte beim Bundesgerichtshof – eine Bundesverwalterliste eingeführt werden unter Regelung eines numerus clauses der Listenplätze. Die Bundesverwalter könnten dabei bspw. für Unternehmen mit mehr als 100 Arbeitnehmern zuständig sein. Unter der Kategorie der Bundesverwalter wären darüber hinaus zwei weitere Kategorieebenen denkbar, die Landesverwalter für Unternehmen von 20 bis unter 100 Arbeitnehmern und die Regelverwalter für alle anderen Verfahren.

Modell beim Amtsgericht Hannover) durch ein Übergehen der gerichtlichen Listungen zu entwerten. Auch die Gläubigerinteressen sind hinreichend geschützt durch die gesetzliche Verpflichtung des Insolvenzverwalters zur Objektivität bei der Erzielung der maximalen Gläubigerquote und darüber hinaus bleibt es bei der Abwahlmöglichkeit des Verwalters in der ersten Gläubigerversammlung, welche insbesondere dann zum Tragen kommen wird, wenn der Insolvenzverwalter die gesetzlichen Vorgaben eines nunmehr normativ ausgeprägten Sanierungsleitbildes missachtet. Jedoch sollte durch die Gläubigerschaft auch wiederum nur ein Verwalter gewählt werden können, der bei dem jeweiligen Insolvenzgericht als Sanierungsverwalter gelistet war. Hierdurch wird erreicht, dass sanierungsfremde Motive weitgehend an Bedeutung verlieren.

Die Verfasser dieses Beitrages sehen das zweifelsfrei im Insolvenzverfahren bestehende Konfliktpotential zwischen den Hauptkräften des Verfahrens am besten moderiert durch Verwalter, bei deren Bestellung und Kontrolle sowohl das Gericht, der Schuldner, aber auch die Gläubiger beteiligt sind. Die Zuweisung des Verwalters ausschließlich in eine Interessenssphäre begründet nicht die Erwartung, dass eine praktische Konkordanz der widerstreitenden Interessen im Insolvenzverfahren gelingen kann.

## **6. Sanierungsunterstützende Normen**

Die im DiskE-BMJ vorgesehenen sanierungsfördernden Regelungen, wie in diesem Beitrag bereits unter B. II. 1. näher ausgeführt, sollten ergänzt um Normen zum Sanierungsgewinn in inhaltlicher Anlehnung an die Erlasse des BMF umgesetzt werden. Darüber hinaus besteht weiterer Regelungsbedarf wie folgt:

### **a. Erweiterung von § 112 InsO**

§ 112 InsO sollte über den Anwendungsbereich für Miet- und Pachtverhältnisse hinaus auf alle Dauerschuldverhältnisse über betriebsnotwendige Gegenstände und Rechtsverhältnisse erstreckt werden. Sanierung ist für alle Beteiligten vorteilhaft, so dass die Sonderbehandlung für Miet- und Pachtverhältnisse sachlich nicht gerechtfertigt ist.

### **b. Erweiterung von § 119 InsO**

Für das Sanierungsverfahren sollten alle vertraglichen Regelungen, welche eine Vertragsbeendigung infolge Insolvenzantragstellung oder Insolvenzverfahrenseröffnung vorsehen, für unwirksam erklärt werden, wenn die Vertragsbeendigung bei Insolvenzantragstellung nicht bereits vorlag. Hat ein Unternehmen in der Krisensituation die strengen Obliegenheiten im Sanierungsverfahren erreicht, ist es nicht mehr vertretbar, dass den Vertragspartnern, obwohl gesetzlich Sanierungseignung bejaht wird, eine Vertragsbeendigung erlaubt wird. Insbesondere würde dann auch die Sanierung in der Baubranche unter Berücksichtigung von § 8 Nr. 2 VOB nicht von vornherein aussichtslos sein.

### **c. Einbeziehung von Personal- und Realsicherheiten in das Insolvenzplanverfahren**

Nicht selten scheitern Sanierungen daran, dass zwar mit dem Insolvenzplan ein interessengerechter Ausgleich zwischen allen Gläubigern des Verfahrens gelingt, jedoch über Personal- und Realsicherheiten der Gesellschafter/Unternehmer ein mittelbares Ausbluten der sanierten Unternehmen über lange Zeit - ungeachtet des Wertes dieser Sicherheiten ohne Insolvenzplan - erfolgt. Die Sicherungsnehmer dieser Drittsicherheiten erhalten durch die Planregeln einen „Zufallsfund“ nur dadurch, dass die Unternehmer ihre Unternehmen nicht verlieren wollen. Ohne materielle Schlechterstellung dieser Drittsicherungsnehmer kann über das Schlechterstellungsverbot des Insolvenzplans eine umfassende Sanierung erreicht werden. Eine solche Regelung kann zu früheren Insolvenzanträgen erheblich motivieren, da das Risiko des privaten Existenzverlustes behandelt und minimiert wird.

### **d. Konzerninsolvenzrecht für Rechtssubjekte unter deutscher Jurisdiktion**

Mit Blick auf Unternehmensgruppen sollte eine einheitliche örtliche Zuständigkeit für alle Rechtssubjekte einer Unternehmensgruppe/eines Konzerns, welche jeweils einzeln deutschem Insolvenzrecht unterliegen, gelten. Für alle Mitglieder einer Unternehmensgruppe wäre ein Verwalter zu bestellen. Bei Insolvenzbetroffenheit von Unternehmensgruppen-Mitgliedern ohne die Holding, sollte das für die Gesellschaft mit der höchsten Belegschaftszahl zuständige Insolvenzgericht für alle Gruppenmitglieder zuständig werden, i. Ü. das für die Holding zuständige Gericht.

Darüber hinaus sollte der für die Unternehmensgruppe/den Konzern zuständige Insolvenzverwalter berechtigt sein, über die Regelungen des Insolvenzplans eine neue Unternehmensstruktur herzustellen. Regelungsmittel hierfür wären die neuen Vorschriften über die „partielle Universalsukzession“. Da ein für alle Gruppenmitglieder eingesetzter Insolvenzverwalter kein Sonderinteresse für eines der Rechtssubjekte einer Unternehmensgruppe hat, kann eine Schlechterstellung der Gläubiger eines einzelnen Gruppenmitglieds über einen Schlechterstellungsausgleich in entsprechender Heranziehung von § 168 Abs. 2 letzter HS InsO vermieden werden.

#### **e. Neutralisierung des Konfliktpotentials zwischen Marktkonformität unternehmerischen Verhaltens und Insolvenzverfahrensregime**

##### **aa. Entstehensgründe des Konfliktes**

Mit der InsO hat der Gesetzgeber auf eine seit Inkrafttreten der KO auf Liquidation und Versilberung von Einzelvermögensgegenständen ausgerichtete Grundplatte Sanierungsinseln platziert, wodurch eine Vielzahl von Konfliktsituationen entstehen mussten. Vor Inkrafttreten der InsO hätte der Gesetzgeber daher auch erwägen können, laufende Geschäftsbetriebe mit Sanierungseignung bereits ab Insolvenzantragstellung wie Beteiligungen an Personengesellschaften entsprechend § 84 InsO zu behandeln und damit sinnbildlich wie eine Tochtergesellschaft der Insolvenzmasse bei Geschäftsführung durch einen Sachwalter, vorläufigen Insolvenzverwalters oder Insolvenzverwalters, ausgestaltet mit der Befugnis, aufoktroierte Verbindlichkeiten bei der Masse zu belassen. Ein solch radikal abweichender Ansatz hat zwischenzeitlich wohl keine hohe Umsetzungschance.

Jedoch sollten bestimmte Konfliktslagen, welche aus dem Aufbau des Sanierungsrechts auf ein auf Liquidation angelegtes Fundament resultieren, nicht als bestandsgeschützt angesehen werden. Dies betrifft vor allem, mit Blick auf laufende Unternehmen mit Sanierungseignung, den Eintritt in das eröffnete Insolvenzverfahren durch die Wirkung der Verfahrenseröffnung und den Austritt aus Insolvenzverfahren bei Sanierung durch Insolvenzplan.

##### **bb. Beschlagnahme nach Insolvenzplan**

Mit dem Regelungsvorschlag des DiskE-BMJ zu § 258 Abs. 2 bestätigt das BMJ vorstehende Gedankenführung, indem die für kein Unternehmen sinnvolle und für die meisten

Unternehmen unmögliche Befriedigung aller nicht fälligen Verbindlichkeiten nur aufgrund des Austritts des Unternehmens aus einem Insolvenzverfahren nicht mehr kategorisch verlangt wird. Die im DiskE-BMJ vorgeschlagene Lösung einer Absicherung durch Beifügung eines Finanzplanes zum Insolvenzplan ist akzeptabel, jedoch nach diesseitiger Auffassung nicht einmal erforderlich, da die Massegläubiger gemäß § 61 InsO hinreichend geschützt sind. Warum bei gelungener Sanierung und Rückkehr in das übliche laufende Geschäftsleben eine stärkere Sicherung als vorher im laufenden Insolvenzverfahren oder bei allen anderen Unternehmen ohne Insolvenzverfahren erforderlich ist, erschließt sich nicht.

### **cc. Insolvenzbeschlagn versus Betriebsfortführung**

Regelungsbedarf besteht jedoch nicht nur bei Aufhebung des Insolvenzbeschlagn im Insolvenzplanverfahren, vielmehr auch bei Begründung des Insolvenzbeschlagn mit Verfahrenseröffnung. Dies zeigen die umfassenden Diskussionen zu Einzelermächtigung<sup>49</sup> und Treuhandkonto<sup>50</sup> bei der Absicherung der Vertragspartner des schuldersichen Unternehmens im Zeitraum zwischen Begründung der Zuständigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters und Verfahrenseröffnung sowie die dogmatisch weitgehend ungelöste Problematik, wie ein rechtssicherer Personalabbau in laufender Betriebsfortführung zu erfolgen hat, abstrakt formuliert die generelle Frage, wie mit aufoktroierten Masseverbindlichkeiten in laufenden Geschäftsbetrieben umzugehen ist.

### **dd. Stellungnahme**

Vorgeschlagen wird daher, dass der vorläufige schwache Insolvenzverwalter kraft Gesetzes die Berechtigung erhält, Vertragspartnern des schuldersichen Unternehmens gegenüber die Erklärung abzugeben, dass Verbindlichkeiten aus den Rechtsverhältnissen der Schuldner ab einem vom vorläufigen Verwalter anzugebenden Zeitpunkt, der jedoch nicht früher als die Begründung seiner Zuständigkeit sein darf, Masseverbindlichkeiten im Rang des § 55 Abs. 2 InsO werden. Da der vorläufige schwache Insolvenzverwalter nach der Rechtsprechung des BGH<sup>51</sup>, genauso wie der starke vorläufige Insolvenzverwalter verpflichtet ist,

<sup>49</sup> BGH, Urt. v. 18.07.2002; IX ZR 195/01 = ZIP 2002, 1625; *Pape*, ZIP 2002, 2277, 2284; *Haarmeyer/Pape*, ZInsO 2002, 845; *Prütting/Stickelbrock*, ZIP 2002, 1608; *Wiester*, NZI 2003, 632; *Ries*, ZInsO 2003, 599; *Schönfelder*, WM 2007, 1489, 1490; *Hofmann*, ZIP 2007, 833.

<sup>50</sup> *Bähr*, ZIP 1998, 1553, 1559; *Bork*, NZI 1999, 337; *Heidrich/Prager*, NZI 2002, 653, 655; *Undritz*, NZI 2003, 136, 141; *Wiester*, NZI 2003, 632; *Frind*, ZInsO 2003, 778, 779; *Marotzke* ZInsO 2005, 561, 566; *Uhlenbruck*, § 22 Rn 194.

<sup>51</sup> BGH, Beschluss vom 13.04.2006 – IX ZB 158/05 – ZInsO, 2006, 595 ff.

masseschädigende Handlungen zu verhindern, ist nicht nachvollziehbar, warum der vorläufige schwache Insolvenzverwalter die stärkste Massebelastung durch Zustimmung zu einer Bezahlung selbst rechtlich bewirken kann, nicht jedoch die Sicherstellung der Vertragspartner ab dem Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung, wofür nach bisheriger Rechtslage Einzelermächtigungsbeschlüsse des Insolvenzgerichtes erforderlich sind. Da der Gesetzgeber zudem bei Einführung der InsO von der starken vorläufigen Insolvenzverwaltung als Regelfall ausgegangen war<sup>52</sup>, würde vorstehender Vorschlag der praktischen Präferenz der schwachen vorläufigen Insolvenzverwaltung wohl am Besten entsprechen und die Gerichte entlasten. De lege lata ist zudem nicht erklärlich, warum Verwalter größeren Begründungsaufwand und Gerichte stärkere Prüfungspflichten haben, wenn bei schwacher vorläufiger Insolvenzverwaltung weniger Befugnisse übertragen werden, als bei einer starken vorläufigen Insolvenzverwaltung. Daher fragen Insolvenzrichter bei Einzelermächtigungsanträgen nicht selten nach, ob der Verwalter nicht eine starke Verwaltung haben wolle.

Darüber hinaus sollte § 209 InsO dahingehend geändert werden, dass alle Verbindlichkeiten des Eröffnungsverfahrens, welche gemäß Erklärung des vorläufigen schwachen oder Handlung des vorläufigen starken Verwalters den Rang des § 55 Abs. 2 InsO erhalten haben, im Fall der Masseunzulänglichkeit wie Neumasseverbindlichkeiten zu behandeln sind. Gleiches sollte für alle Masseverbindlichkeiten ab dem Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung gelten, welche aus dem laufenden Geschäft stammen und nicht aufkrotyiert sind. Hierdurch würde im Ergebnis erreicht, dass gerichtliche Einzelermächtigungen und Treuhandkonten obsolet werden und dem Verwalter leichter möglich ist, die Unternehmen leistungs- und finanzwirtschaftlich den Marktbedingungen anzupassen, ohne Rechte der Vertragspartner des schuldnerischen Unternehmens (beispielhaft freizusetzende Arbeitnehmer oder Vertragspartner nicht mehr benötigter Dauerschuldverhältnisse) zu beeinträchtigen. Derzeit gelingt der Verwaltungspraxis trickreich gleiche Ergebnisse unter Ausnutzung der Rechtsprechung des BGH zur Befriedigungsfolge zwischen Neu- und Altmasseverbindlichkeiten nach Masseunzulänglichkeitsanzeige zu erreichen. Jedoch werden bei allen Beteiligten erhebliche Kapazitäten gebunden, um dem Konstruktionsdefizit der InsO

---

<sup>52</sup> Begr. HBeglG 2011, BT-Drucks 17/3030, S. 42: „In der Begründung des Regierungsentwurfs der Insolvenzordnung zu § 55 (vgl. Bundestagsdrucksache 12/2443 S. 126) klingt die Erwartung an, dass Personen, die Geschäfte mit einem vorläufigen Insolvenzverwalter abschließen oder ihm gegenüber ein Dauerschuldverhältnis erfüllen, dass sie mit dem Schuldner vereinbart hatten, besonders geschützt sind, da ihnen regelmäßig nach Verfahrenseröffnung eine Masseverbindlichkeit zusteht. Diese Erwartung wurde nicht erfüllt, da die Gerichte regelmäßig vorläufige Verwalter bestellen, auf die die Verfügungsbefugnis über das schuldnerische Vermögen nicht übergeht (so genannte schwache Verwalter)“; *Vallender* in Uhlenbruck § 22, Rn 1.

einer Platzierung von Sanierungsinseln auf eine auf Liquidation angelegte Grundplatte, gerecht zu werden.

#### **D. Formulierungsvorschlag für einen Alternativ-Geszentwurf zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen**

Der Entwurfstext für die inhaltlichen Änderungen der InsO gemäß den Ausführungen dieses Beitrages wird spätestens ab dem 1.3.2011 auf der Internetseite [www.wallnerweiss.de](http://www.wallnerweiss.de) zur Einsicht veröffentlicht. Darüber hinaus wird ein Blog eingerichtet, mit der Hoffnung, dass eine möglichst breite Diskussion angeregt wird.

#### **E. Fazit**

Der DiskE-BMJ ist nur begrenzt geeignet, normative Schwachstellen des Insolvenzplanrechtes zu beseitigen und ist nicht geeignet, Unternehmen zu einer frühzeitigeren Insolvenzantragstellung zu veranlassen. Als sanierungsfördernd sollten aus dem DiskE-BMJ umgesetzt werden:

- Vorschläge zur Konzentration der Insolvenzgerichte,
- Absicherung von nichtfälligen Masseverbindlichkeiten über Finanzplan,
- Beschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten nach Planannahme durch Einführung eines Schlechterstellungsausgleichs,
- Behandlung nicht angemeldeter und ungewisser Forderungen,
- Planermöglichung trotz Masseunzulänglichkeit,
- Zulassung eines vorläufigen Gläubigerausschusses im Eröffnungsverfahren.

Das Zusammenspiel der Regelungen im DiskE-BMJ von für das Gericht bindendem Verwaltungsvorschlag durch den stimmrechtstärksten Gläubiger und debt to equity swap führt zu einer weitgehenden Aufgabe der insolvenzrechtlichen Hauptzielstellung, der maximalen gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung in Sanierungssituationen und ist daher weder sachlich gerechtfertigt noch verfassungskonform.

Die Regelungsvorschläge im DiskE-BMJ zur Aufwertung der Eigenverwaltung und Einführung eines schuldenautonomen Verfahrensabschnittes des Eröffnungsverfahrens bei

drohender Zahlungsunfähigkeit erweisen sich als wirkungslos zum Anreiz frühzeitiger Insolvenzanträge.

Alternativ wird daher ein Modellwechsel der Verhaltenssteuerung vorgeschlagen, weg von ausschließlicher Sanktion und personalisiertem Verfahren hin zu Anreiz und objektiviertem Verfahren. Dieses Ergebnis kann durch normative Vorgabe des Leitbildes eines Sanierungsverfahrens in der InsO erreicht werden. Tragende Säulen sind dabei:

- Beleg der Sanierungseignung durch das schuldnerische Unternehmen durch Glaubhaftmachung gesetzlich vorgegebener Kenndaten,
- Förderpflicht des Insolvenzverwalters für ein Sanierungskonzept des Schuldners,
- Insolvenzplanvorlage als Regelfall,
- Neugestaltung des Verwalterwahlrechts in Sanierungsfällen,
- Einführung weiterer sanierungsunterstützender Normen, namentlich Erweiterung von § 112 InsO, Erweiterung von § 119 InsO, Einbeziehung von Personal- und Realsicherheiten ohne Massezugehörigkeit in das Insolvenzplanverfahren, Rahmenregelungen zum Konzerninsolvenzrecht für Rechtssubjekte unter deutscher Jurisdiktion sowie die Neutralisierung des Konfliktpotentials zwischen Marktkonformität unternehmerischen Verhaltens und Insolvenzbeschlagnahme bei Verfahrenseröffnung.

Im Zusammenspiel vorstehender Regelungen wird erreicht, dass für Insolvenzschuldner eine hohe Transparenz der Verfahrensabläufe entsteht, eine faire Chance zur Entwicklung eines eigenen Unternehmenskonzepts mit Planvorlage an die Gläubigerversammlung eingeräumt wird, jedoch die abschließende Entscheidung, welcher Sanierungsweg die maximale Gläubigerbefriedigung bringt, der Gläubigerversammlung überlassen bleibt.