

Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/c03ef5aa-82bf-4a6d-835d-2ac0dca996b3>

Zeitschrift	ZInsO - Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
Autor	Dr. Volker Beissenhirtz
Rubrik	ZInsO - Aufsätze
Referenz	ZInsO 2011, 57 - 71 (Ausgabe 3 v. 13.01.2011)
Verlag	Carl Heymanns Verlag

Beissenhirtz, ZInsO 2011, 57

Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen

von Rechtsanwalt Dr. Volker Beissenhirtz, LL.M., Berlin*

Die Bundesregierung macht mit der Reform des Insolvenzrechts ernst: Zum Jahresende ist das sog. Bankenrestrukturierungsgesetz in Kraft getreten und auch die Reform der InsO durch das "Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen" (ESUG) ist schon so weit fortgeschritten, dass die Verantwortlichen mit einem Inkrafttreten noch im Jahr 2011 rechnen. Damit wäre die erste Stufe des von Frau Bundesministerin Leutheusser-Schnarrenberger angekündigten Drei-Stufen-Plans abgearbeitet. Der Blick kann also getrost auf die nachfolgende Stufe der Reformbestrebungen gerichtet werden. In dieser Stufe soll u.a. die Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens geprüft werden. Im nachfolgenden Artikel beleuchtet der Autor den aktuellen Stand der Diskussion, beleuchtet die Entwicklung in anderen Rechtsinstituten und Ländern und unterbreitet darauf aufbauend Vorschläge für die konkrete Ausgestaltung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens.

I. Einleitung

Mehr als 10 Jahre nach Inkrafttreten der InsO ist eine Diskussion über die Notwendigkeit weiterer Reformen, die über die InsO an sich hinausgehen, auf breiter Front in Gang gekommen.¹ Dies dürfte zu einem großen Teil der Finanzkrise, aber auch den - echten oder vermeintlichen - Schwächen der InsO² zu verdanken sein. Der Fokus der Diskussion ist auf eine Erhöhung der Zahl der sanierten Unternehmen gerichtet. So sieht bereits der Koalitionsvertrag der schwarz-gelben Bundesregierung eine umfassende Reform vor, durch die vorrangig die Restrukturierung und Fortführung von sanierungsfähigen Unternehmen erleichtert werden soll - sogar mit dem bislang in der InsO noch nicht enthaltenen Ziel der Arbeitsplatzzerhaltung.³

Ferner sollen die rechtlichen Rahmenbedingungen für außergerichtliche Sanierungsverfahren für Unternehmen im Vorfeld der Insolvenz verbessert werden. In diesem Sinne hatte sich der Berliner Landesverband der CDU bereits im Oktober 2009 für die Schaffung eines "Unternehmens-Sanierungsgesetzes" ausgesprochen.⁴ In ihrer

viel beachteten Rede zum 7. Deutschen Insolvenzrechtstag hat die Bundesministerin der Justiz, Frau Leutheusser-Schnarrenberger, dann, etwas zurückhaltender, eine vertiefte Beschäftigung der Legislative mit der Möglichkeit eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens in der zweiten Stufe einer umfassenden Reform des Insolvenz- und Sanierungsrechts angekündigt.⁵ Am 8.6.2010 hat sich schließlich die Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen mit einem Antrag an den Bundestag gewandt, in dem u.a. die Errichtung eines geeigneten rechtlichen Rahmens für außergerichtliche Sanierungsverfahren gefordert wird.⁶

Dieser positiven bis zumindest ergebnisoffen-neutralen Haltung der Politik stehen Bedenken insbesondere aus der (Insolvenzverwalter-)Praxis und Teilen der Literatur entgegen. So zogen im Rahmen eines gemeinschaftlich von BMWi und BMJ veranstalteten Kolloquiums zur Sanierung im Vorfeld von Insolvenzverfahren namhafte Experten bereits die Sinnhaftigkeit eines eigenständigen Sanierungsverfahrens neben dem Insolvenzplanverfahren in Zweifel.⁷ Auch in der juristischen Literatur wird z.T. ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren abgelehnt. So befürchtet Eidenmüller die Gefahr einer "Übersanierung" durch die Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens. Allein aufgrund der Existenz eines solchen Sanierungsverfahrens würden die Geschäftsleiter zunächst immer ein Sanierungsverfahren ansteuern. Diesbezüglich verweist er auf die Erfahrungen mit Verfahren nach Chapter 11 US-Bankruptcy Code in den USA.⁸ Auch warnt er vor Systembrüchen aufgrund divergierender Abstimmungssysteme im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren und im Insolvenzplanver-

Beissenhirtz: Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen - ZInsO 2011
Ausgabe 3 - 58>>

fahren.⁹ *Frind* vertritt die Ansicht, dass ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren schon deswegen sinnlos sei, weil auch dieses nicht die Hauptursachen für das Scheitern von Unternehmenssanierungen beseitigen würde, nämlich insbesondere die Tatsache, dass sich Unternehmer zu spät mit der Notwendigkeit zur Einleitung von Sanierungsschritten auseinandersetzen würden.¹⁰ Er zeigt dann auch mehrere Problembereiche auf, die seiner Ansicht nach durch ein Sanierungsgesetz nicht geregelt werden könnten, wie z.B. Festlegung des Startzeitpunkts, Überwachung des Verfahrens etc. Auch *Uhlenbruck* ist der Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens gänzlich abgeneigt, da er ein Verfahren angesichts der vorhandenen Instrumentarien als sinnlos ansieht.¹¹

Angesichts der massiven Widerstände insbesondere aus der Politik gegen ein reguläres Insolvenzverfahren von Opel im vergangenen Jahr¹² stellt sich dann aber die Frage, wie - ohne ordnungspolitisch fragwürdige Eingriffe des Staats - die Sanierung eines solchen Konzerns ablaufen soll, wenn es nicht ein Verfahren außerhalb der Insolvenz geben soll. Zumindest institutionelle Gläubiger und Teile der Literatur befürworten denn auch mit anscheinend großer Mehrheit die Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens.¹³

Es darf mit Fug und Recht bezweifelt werden, dass die mit der Reform der InsO¹⁴ angestrebten - von einer breiten Mehrheit der Fachöffentlichkeit getragenen (und auch vom Autor unterstützten) - Verbesserungen lediglich des Insolvenzplanverfahrens, der Eigenverwaltung und der Verwalterauswahl ausreichen werden, um die seit 1999 durchgehend geringe Quote von etwa einem Insolvenzplan auf 100 Insolvenzverfahren¹⁵ auch nur zu verdoppeln - was immer noch nicht zur viel beschworenen "Sanierungskultur" führen würde.¹⁶ Bedenken sollte man zunächst, dass nach empirischen Erhebungen die Geschäftsführer den Insolvenzantrag im Durchschnitt erst 10 Monate nach Eintritt der materiellen Insolvenz stellen.¹⁷ Diese verspätete Insolvenzantragstellung ist als eines der Haupthindernisse auf dem Weg zu einer erfolgreichen Sanierung identifiziert worden.¹⁸ Die Gründe hierfür sind wohl dokumentiert: unrealistische Hoffnungen aufseiten des

Managements, dass sich die Krise quasi von selbst wieder heilen würde¹⁹ oder auch die Angst vor der Stigmatisierung durch die Insolvenz.²⁰ Warum sollte ein Gesellschafter-Geschäftsführer, einen Insolvenzantrag zu einem früheren Zeitpunkt stellen, wenn ihm nach den angestrebten Reformen im Insolvenzplanverfahren sogar der Verlust der Gesellschafterstellung aufgrund des dann neu eingeführten "Debt-Equity-Swaps" droht? Selbst wenn er Einfluss auf die Verwalterauswahl nehmen kann (so ihm die Gläubiger nicht auch hier schon "dazwischenfunken"), bleibt auf jeden Fall zunächst das Stigma der Insolvenz. Möglicherweise wird diese Stigmatisierung bei einem Erfolg der Reformen und damit häufigere Sanierungen im Insolvenzverfahren abnehmen. Zunächst ist das jedoch ein frommer Wunsch und angesichts der Tatsache, dass die über 10 Jahre zurückliegende mit eben diesem Ziel verfolgte Einführung der InsO nicht wesentlich zum Abbau der Stigmatisierung beigetragen hat, dürfte die Etablierung der "Sanierungskultur" noch etliche Jahre in Anspruch nehmen.

Der Autor vertritt deswegen die Ansicht, dass wegen der zukünftigen Möglichkeit des Debt-Equity-Swaps im deutschen Insolvenzrecht die Einführung eines frühzeitigen Sanierungsverfahrens notwendig ist. Ziel dieses Plädoyers für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren ist es, zunächst die Prämissen für diese Art des Sanierungsverfahrens herauszuarbeiten, danach sowohl bereits vorhandene deutsche als auch ausländische vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren im Hinblick auf die erarbeiteten Prämissen und ihre Transferierbarkeit auf deutsches Recht darzustellen, um anschließend erste Vorschläge für ein eigenständiges deutsches vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren zu skizzieren.

Das der Verweis auf die ausländischen Erfahrungen sinnvoll ist, wird allein schon durch die Sanierungsquoten in anderen Rechtsordnungen belegt: So werden in Frankreich im Rahmen der Sanierungsverfahren (mandat ad hoc, procédure de conciliation, procédure de sauvegarde und redressement judiciaire) je nach empirischer Erhebung von 16 %²¹ bis zu über 30 %²² der Unternehmen saniert. In den USA werden 21 % der Unternehmensinsolvenzverfahren als Chapter 11-Verfahren geführt.²³ Schließlich werden in England²⁴ im Rahmen von company voluntary arrangements 4,3 % der antragstellenden Unternehmen saniert.²⁵ Im Vergleich dazu werden in Deutschland lediglich in 1,3 % der eröffneten Insolvenzverfahren Insolvenzpläne zur Sanierung genutzt²⁶

Beissenhirtz: Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen - ZInsO 2011
Ausgabe 3 - 59<<>>

und in 10 % - 20 % der Verfahren wird eine übertragende Sanierung durchgeführt.²⁷ Bedenkt man, dass in einer Umfrage von Euler Hermes²⁸ die Insolvenzverwalter geäußert haben, dass in Unternehmen mit einem Umsatz von 5 € - 50 Mio. € in 10 % der Fälle eine Sanierung mithilfe eines Insolvenzplanes und in 56 % der Fälle eine Sanierung mittels übertragender Sanierung möglich wäre, dann ist erkennbar "Luft nach oben", wenn es um die Steigerung der Zahl der Unternehmenssanierungen geht. Wie auch die ausländischen Erfahrungen zeigen, dürfte ein Gutteil davon durch (kostengünstigere) Sanierungen außerhalb der Insolvenz zu erreichen sein.

II. Prämissen und Ziele eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens

Bundeswirtschaftsminister *Brüderle* fasste die Prämissen für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren

prägnant unter "früh, schnell, still" zusammen.²⁹ Für Gläubiger und Schuldner liegt der *Reiz* eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens aktuell vorrangig in den wahrgenommenen Schwächen des Insolvenzverfahrens: Dem Verlust des Einflusses auf die Verfahrensteuerung (Planbarkeit des Verfahrensausganges, Verwalterauswahl), dem Stigma der Insolvenz an sich und dem Zeit- und Wertverlust, den ein solches Verfahren potenziell mit sich bringt.

Somit müsste ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren ggf. nicht unbedingt früher einzuleiten sein, als ein Insolvenzverfahren, es müssten aber auf jeden Fall die (neudeutsch) "incentives" dafür gelegt werden, dass die zuständigen Organe möglichst früh ein derartiges Verfahren ansteuern. Fraglos ist ein Motivator zur frühen Antragstellung die Planbarkeit des Verfahrens. Hierzu gehört der Einfluss auf die Wahl eines etwaigen Kontrollorgans. Das Verfahren selber muss schneller und unkomplizierter zu durchlaufen sein, als das eigentliche Insolvenzverfahren. Um die Stigmatisierung durch eine Insolvenz zu vermeiden, sollte es auch geheim ablaufen (können). Schließlich wird eine derartige Reform nur dann Erfolg haben, wenn sie sich auch pekuniär für alle Beteiligten lohnt: Dementsprechend müssen die Befriedigungsquoten höher als in einem Insolvenzverfahren sein und die Kosten niedriger.

Fraglich ist auch, wie die Gläubiger in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise in ein außergerichtliches Sanierungsverfahren gezwungen werden können, wenn sie die Zustimmung verweigern. So können sog. "Akkordstörer" nach derzeitiger Rechtslage nicht durch einen vorinsolvenzlichen Vergleich gebunden werden, sie können also ungestört ihre Forderungen in voller Höhe eintreiben.³⁰ Das Recht der Akkordstörer beruht auf dem Grundsatz des "*pacta sunt servanda*", also dem verfassungsrechtlich geschützten Prinzip der Vertragsautonomie. Ein (staatlich verordneter) Eingriff in derartige vertraglich vereinbarte Rechte bedarf einer Rechtfertigung. Im Insolvenzverfahren liegt die Rechtfertigung für den Eingriff darin, dass nicht genug Vermögen zur Verfügung steht, um alle Forderungen vollständig zu befriedigen. Die Frage ist also, wo diese Rechtfertigung beim vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren liegen soll. Der Wille, Arbeitsplätze zu sichern, dürfte als Rechtfertigung wohl nicht ausreichen.

Ungeachtet der neueren Rechtsprechung des BGH zur Sanierungspflicht des Gesellschafters ("Sanieren oder Ausscheiden"),³¹ dürfte die zwangsweise Einbindung der Gesellschafter in einen solchen Sanierungsvergleich aber nicht nur aus rechtsstaatlichen Aspekten zu unterlassen sein: Wie schon oben angesprochen, dürfte die Einführung eines Debt-Equity-Swaps in das Insolvenzplanverfahren bei den Gesellschaftern nicht gerade einen Anreiz zur frühzeitigen Sanierung darstellen. Ein vergleichbarer Zwangsmechanismus im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren, der im Endeffekt zum Herausdrängen des Gesellschafters führt, dürfte nicht zielführend sein und wird deswegen an dieser Stelle nicht weiter erörtert.

Die nunmehr zu diskutierende Frage ist, ob ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren diesen bunten Strauß an Erwartungen wird erfüllen können, ohne andere, implizite, Ziele, wie z.B. Rechtssicherheit für alle Beteiligten, zu vernachlässigen.

III. (Rechts-)vergleichende Betrachtungen

Die Idee einer Sanierung außerhalb des Insolvenzverfahrens ist auch in Deutschland nicht neu - vor der Einführung der InsO existierte schon die VergIO.³² In neuerer Zeit wurde auch das Schuldverschreibungsgesetz (SchVerschrG) entscheidend reformiert, sodass es in Bezug auf von der Regelung erfasste strukturierte Finanzierungen bereits eine außergerichtliche Schuldenbereinigungsmöglichkeit vorsieht. Auch sollte nicht

vergessen werden, dass die InsO bei der Insolvenz natürlicher Personen (*Verbraucherinsolvenzverfahren*) ein vorgeschaltetes "Sanierungsverfahren" vorsieht, ohne dessen Durchführung die Einleitung eines Insolvenzverfahrens sogar unzulässig ist.

In anderen Rechtssystemen ist die Idee einer "vorinsolvenzlichen" Sanierung ebenfalls mehrfach und z.T. erfolgreich in Gesetzesform umgesetzt worden, so z.B. mit dem (mittlerweile aus der Versenkung geholten) *scheme of arrangement* oder dem *company voluntary arrangement* in England, der *procédure de conciliation* oder der *procédure de sauvegarde* in Frankreich, um nur die Beispiele aus zwei Rechtskreisen zu nennen.

Beissenhirtz: Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen - ZInsO 2011
Ausgabe 3 - 60<<>>

Nachfolgend sollen die angesprochenen deutschen und ausländischen Sanierungsverfahren jeweils unter den zuvor unter 2. entwickelten Prämissen dargestellt und auf ihre Transferierbarkeit in ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren für Unternehmen geprüft werden.

1. (Vorinsolvenzliche) Sanierungsverfahren im deutschen Recht

Allen nachfolgenden deutschen Verfahren ist gemeinsam, dass jeweils eine unabhängige Person (Vergleichsverwalter, Treuhänder etc.) zugezogen wird, die das Sanierungsverfahren im Interesse aller Beteiligten (beim Schuldverschreibungsgesetz allerdings nur die Interessen der Gläubiger) durchführen soll.

a) Sanierung nach der Vergleichsordnung

Das Vergleichsverfahren nach der VerglO und der grundsätzliche Vorrang des Vergleichs vor dem Konkurs beruhen auf dem Grundgedanken, dass die Sanierung stets besser sei, als die Zerschlagung.³³ Allerdings mussten auch die Kommentatoren zur VerglO schließlich konstatieren, dass sie die in sie gesetzten Erwartungen nicht mehr erfüllte, da nur in 0,9 % der Insolvenzverfahren (Konkurs- und Vergleichsverfahren zusammengenommen) ein Vergleich geschlossen werden konnte.³⁴ Als maßgebliche Gründe für das Scheitern der VerglO wurden identifiziert: Das Erfordernis des Vorliegens eines Konkursgrundes (Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung, vgl. § 2 Abs. 1 Satz 3 VerglO), weil hierdurch der Eintritt ins Vergleichsverfahren zu einem zu späten Zeitpunkt erfolgte.³⁵ Ferner war die starre Regelung über einen Mindestsatz des den Gläubigern anzubietenden Vergleichs von zumindest 35 % der ursprünglichen Forderung zu unflexibel und der Mindestsatz war zu hoch angesetzt.³⁶ Schließlich dürfte auch die erforderliche hohe Zustimmungsquote, nämlich eine Kopfmehrheit von 50 % und einer Summenmehrheit von 75 % der anwesenden Gläubiger für die geringe "Nutzung" des Vergleichsverfahrens verantwortlich sein.³⁷ Hinzuzufügen ist, dass das Verfahren natürlich aufgrund der obligatorischen Einschaltung des Gerichts alles andere als geheim war.

Dementsprechend wurde das Vergleichsverfahren auch durch das Insolvenzplanverfahren in der InsO ersetzt, wobei die Gründe, die damals zum Scheitern der VerglO führten, z.T. auch beseitigt wurden. So ist neben dem auf 50 % der Summen- und Kopfmehrheit abgesenkten Mehrheitserfordernis (§ 244 InsO) auch keine Mindestquote mehr erforderlich. Auch wurde zumindest rechtstechnisch dem Verlangen nach einem möglichst

frühen Verfahrensbeginn durch die Einfügung eines weiteren Insolvenzgrundes (Drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO) Rechnung getragen.³⁸

b) Außergerichtliche Vergleichsordnung von Karl Künne

Die auf Privatinitiative von *Karl Künne* entstandene und seinerzeit sehr bekannte (und wohl auch häufig angewandte)³⁹ Außergerichtliche VerglO (nachfolgend auch AußerVerglO genannt) sah einen Vergleich zur "Gesundung und Erhaltung des schuldnerischen Unternehmens" (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AußerVerglO) vor. Unter ausdrücklichem Verweis auf die Grundregelung des Vergleichs in § 779 BGB hob *Künne* in § 1 AußerVerglO hervor, dass der außergerichtliche Vergleich auf der Freiwilligkeit, dem Vertrauen und der wirtschaftlichen Einsicht der Gläubiger beruhe. Dementsprechend wurde für einen derartigen Vergleich auch die Zustimmung aller Gläubiger vorausgesetzt.⁴⁰ Allerdings wurde der schon damals bekannten Akkordstörproblematik in § 54 AußerVerglO Rechnung getragen, indem unter bestimmten Bedingungen ein anderer Gläubiger die Forderung des Akkordstörers aufkaufen und so den Vergleich zustande bringen konnte.⁴¹

Das ganze Verfahren sollte ohne Gerichtsbeteiligung ablaufen, allerdings konnte der Treuhänder gem. § 8 AußerVerglO die allgemeinen Vollstreckungsschutzrechtsbehelfe (z.B. nach § 765a ZPO) zum Schutze des Schuldnervermögens geltend machen. Somit war also die Einschaltung des Gerichts für eine Art "Not-Moratorium" vorgesehen. Zum jetzigen Zeitpunkt dürfte allerdings zweifelhaft sein, ob ein Gericht auf Verlangen eines nicht-legitimierten Treuhänders die Vollstreckung aussetzen würde.

Interessant ist auch, dass die AußerVerglO ausdrücklich die Bevorzugung sog. "Kleingläubiger" als Ausnahme zum sonstigen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung vorsah, vgl. § 49 Abs. 3 AußerVerglO. Auch wenn diese Regelung nach der Kommentierung nur Forderungen bis zu höchstens 100 DM und bis zu höchstens 10 % der Gesamtforderungen umfassen sollte,⁴² so stellt eine solche "Kleingläubigerprivilegierung" gerade bei der Restrukturierung komplexer Finanztransaktionen wie Leveraged Buyouts auch bei höheren Forderungen von Warenlieferanten eher den Regel- als den Ausnahmefall dar. Vielfach werden diese (im Vergleich zu Banken und Fonds) "Kleingläubiger" nicht einmal der Vergleichsverhandlungen gewahrt. Den beteiligten Finanzinstitutionen ist bewusst, dass die Nichtzahlung von Lieferanten etc. zu einem noch viel größeren Schaden führen könnte, da aufgrund der vermuteten Zahlungseinstel-

Beissenhirtz: Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen - ZInsO 2011
Ausgabe 3 - 61<<>>

lung der Goodwill leiden würde. Deswegen nehmen sie häufig die erforderlichen "haircuts" (Teilverzichte) allein auf ihr Konto.

c) Schuldverschreibungsgesetz

Nach einer jahrelangen Diskussion wurde 2009 endlich das sog. SchVerschrG von 1899 neu gefasst.⁴³ Vor der Reform wurde insbesondere kritisiert, dass eine Restrukturierung der betreffenden Schuldverschreibungen in Form eines Teilverzichtes auf die Hauptforderung außerhalb eines Insolvenzverfahrens nicht möglich war.⁴⁴ Diese materielle Beschränkung sowie die umständlichen Verfahrensregelungen werden auch als Hauptgründe

für die "Migration" der deutschen Unternehmen *Schefenacker* und *Deutsche Nickel* nach England und ihre dortige Restrukturierung angeführt.⁴⁵ Durch die Reform wurde zunächst der Anwendungsbereich des Schuldverschreibungsgesetzes erweitert, insbesondere wurde aber die Möglichkeit eingeführt, durch eine qualifizierte Mehrheit von 75 % der abstimmenden Anleihegläubiger (gerechnet nach Summen, vgl. §§ 5 Abs. 4, 6 Abs. 1 SchVerschrG) auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens eine Stundung, den vollständigen oder teilweisen Verzicht auf Zinsen, die Stundung, den Teilverzicht auf oder den Nachrang von Hauptforderungen, die Umwandlung in Gesellschaftsanteile, den Austausch oder die Freigabe von Sicherheiten, den Verzicht auf Kündigungsrechte und sogar den Austausch des Schuldners zu beschließen, soweit die Anleihebedingungen dies vorsehen.⁴⁶

Ein wie auch immer geartetes Moratorium besteht während der Restrukturierungsphase nur für die gebundenen Anleihegläubiger, nicht aber gegenüber Drittgläubigern der Gesellschaft.

Das Schuldverschreibungsgesetz ermöglicht also die Bindung von Akkordstörern durch Mehrheitsbeschluss auch außerhalb des Insolvenzverfahrens. Ferner besteht für die Gläubigerversammlung die Möglichkeit, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen und diesem bestimmte Befugnisse zu übertragen.⁴⁷ Ohne tiefer auf die Details des Schuldverschreibungsgesetzes einzugehen, wird deutlich, dass zumindest in Fällen einer gleichartigen Gläubigerstruktur (hier: Anleihegläubiger) unter bestimmten vertraglich vereinbarten Bedingungen auch in die Rechte der Gläubiger eingegriffen werden kann, ohne dass das Insolvenzverfahren eingeleitet werden muss.

d) Außergerichtliche Schuldenbereinigung vor dem Verbraucherinsolvenzverfahren

Wie die Regelungen zur Verbraucherinsolvenz zeigen, wird eine außergerichtliche Schuldenbereinigung in Deutschland gesetzlich nicht nur anerkannt, sondern ist (bzw. ihr Scheitern) als Vorstufe zur Restschuldbefreiung gesetzlich zwingend vorgeschrieben, vgl. § 305 Abs. 1 InsO. Demnach hat der Schuldner, der die Durchführung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens anstrebt, mit seinem Insolvenzantrag die Bescheinigung einer "geeigneten Stelle" vorzulegen, aus der sich der erfolglose Versuch einer außergerichtlichen Schuldenbereinigung innerhalb der letzten 6 Monate vor Antragstellung ergibt. Der obligatorische Charakter des Versuchs der außergerichtlichen Schuldenbereinigung wird auch gerade mit Kostenentlastungen der öffentlichen Kassen begründet.⁴⁸ Ferner soll der mehrstufige Aufbau des Verbraucherinsolvenzverfahrens den Beteiligten verdeutlichen, dass es für sie günstiger ist, sich auf der ersten oder zweiten Ebene zu einigen, auf denen sie noch flexible Gestaltungen wählen können.⁴⁹

Auch hier wird (in Form der "geeigneten Stelle")⁵⁰ wieder ein unabhängiger Dritter eingeschaltet, der die widerstreitenden Interessen der Beteiligten moderieren soll.⁵¹ Es besteht allerdings während des Verfahrens kein Moratorium.⁵² Im Verfahren der außergerichtlichen Schuldenbereinigung besteht zudem keine Möglichkeit, etwaige Akkordstörer einzubinden,⁵³ dies kann erst in der gerichtlichen Schuldenbereinigung nach den Regelungen des § 309 InsO erfolgen.

Das Gesetz selber sieht keine Regelungen über Form und Inhalt des Schuldenbereinigungsplans vor, allerdings sollte er schon unter arbeitsökonomischen Gesichtspunkten so ausgestaltet sein, dass er in einem ggf. nachfolgend durchzuführenden gerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahren ebenfalls verwendet werden kann.⁵⁴

Das häufige Scheitern der außergerichtlichen Schuldenbereinigung wird auch gerade auf die mangelnde Einigungsbereitschaft der Gläubiger, namentlich der öffentlich-rechtlichen, zurückgeführt.⁵⁵ Auf der anderen Seite wird der

Beissenhirtz: Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen - ZInsO 2011
Ausgabe 3 - 62<<>>

Vorwurf erhoben, dass die vorgelegten Schuldenbereinigungspläne unprofessionell vorbereitet seien und die Schuldner nicht umfassend informieren würden.⁵⁶

Während die Zahl der eröffneten Verbraucherinsolvenzverfahren statistisch genau erfasst wird, nach Einführung der sog. Stundungsregelung des § 4a InsO sprunghaft angestiegen ist und 2006 erstmals die 100.000 übersprang,⁵⁷ existieren keine bundeseinheitlichen statistischen Daten über die Zahl erfolgreicher außergerichtlicher Schuldenbereinigungen.⁵⁸ Zumindest lässt sich aus den vorhandenen Daten eine Abnahme der Zustimmungsquote von 46 % im Jahr 1999 auf 18 % in 2003 und möglicherweise nur noch 7,3 % im Jahr 2004 ablesen.⁵⁹

Allgemein wird das Verfahren der außergerichtlichen Schuldenbereinigung als nicht erfolgreich bewertet, weil die als "geeigneten Stellen" geführten Schuldnerberatungen über einen erheblichen Personalmangel klagen und hierdurch die Wartezeit bis zum Beginn eines außergerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahrens über 8 Monate betragen kann.⁶⁰ Ferner werden in Fällen, in denen der Schuldner keine oder nur eine geringe Quote anbieten kann, wohl nie alle Gläubiger zustimmen.⁶¹

Ausgehend vom letzten Punkt - der von Anfang an bestehenden Aussichtslosigkeit - wurde denn auch ein Gesetzentwurf konzipiert, den obligatorischen Charakter eines Versuchs der außergerichtlichen Schuldenbereinigung abzuschaffen. Gleichzeitig sollen der außergerichtliche und der gerichtliche Schuldenbereinigungsversuch zusammengeführt werden, indem die Ergebnisse des außergerichtlichen Einigungsversuches als Grundlage eines gerichtlichen Zustimmungsverfahrens dienen sollen.⁶² Die Äußerung der Bundesministerin der Justiz in ihrer Rede vor dem 7. Deutschen Insolvenzrechtstag, in der sie für die zweite Stufe der Reformarbeiten gerade die v.g. Vorschläge aufgriff, deuten an, dass nun doch Reformen in Gang gesetzt werden sollen, die die praktische Relevanz des außergerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahrens erhöhen könnten.

2. Ausländische vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren

Auch im Ausland sind strukturierte Regelungen zur Sanierung außerhalb eines Insolvenzverfahrens bekannt und bewährt. Nachfolgende Betrachtungen konzentrieren sich auf das englische und französische Rechtssystem und deren jeweilige vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren.⁶³ Unberücksichtigt bleibt in diesem Fall das Reorganization Verfahren nach Chapter 11 des US-Bankruptcy Codes. Dieses Verfahren wird zwar als das Sanierungsverfahren schlechthin beschrieben - entsprechend vertieft dargestellt wurde es aber auch schon.⁶⁴ Strukturell handelt es sich allerdings eher um ein Insolvenzverfahren, wenn auch zur Antragstellung das Vorliegen eines Insolvenzgrundes nicht erforderlich ist.⁶⁵ So hat der Bankruptcy Court erhebliche Entscheidungsbefugnisse, die Verfahrensregelungen sind sehr strikt, Anfechtungen sind möglich.⁶⁶

a) Englisch Recht⁶⁷

Im englischen Recht existieren zwei Arten von vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren, das *scheme of arrangement* und das *company voluntary arrangement*, die nachfolgend näher betrachtet werden sollen.

aa) Scheme of Arrangement⁶⁸

Nachdem das englische *scheme of arrangement* als (gerichtlich sanktionierte) Einigung zwischen Gläubigern, Gesellschaft und Gesellschaftern aufgrund der Komplexität des Verfahrens und erheblichen Verfahrenskosten ein jahrelanges Dasein als Mauerblümchen fristete,⁶⁹ erlebt es inzwischen eine Art Renaissance. In der Finanzkrise wurden insbesondere komplexe Finanzstrukturen über ein *scheme* saniert (z.B. *Countrywide*, *IMO Car Wash*, *McCarthy & Stone* oder auch *Crest Nicholson*), da diese Verfahrensart die

Beissenhirtz: Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen - ZInsO 2011
Ausgabe 3 - 63<<>>

Vielfalt der (Finanz-)Gläubigerstruktur besser widerspiegelt als ein *company voluntary arrangement*.

Ein *scheme of arrangement* ist dabei eigentlich kein insolvenzrechtliches, sondern ein gesellschaftsrechtliches Verfahren, welches dementsprechend in Kap. 26 des englischen Companies Act 2006 geregelt ist. Konsequenterweise ist deshalb auch das Vorliegen von Insolvenzgründen nicht erforderlich, um ein Scheme zu durchlaufen. Das Verfahren kann außerdem nur von "companies", also Kapitalgesellschaften durchgeführt werden, nicht jedoch z.B. von "partnerships" oder gar natürlichen Personen.⁷⁰

Gesetzliche Vorgaben für den Inhalt des *scheme* bestehen grds. nicht: Das Verfahren kann bei gesellschaftsrechtlichen Reorganisationen jeglicher Art, Übernahmen oder Fusionen von Unternehmen oder auch Spaltungen Anwendung finden.⁷¹ Die Regelungsgehalte des Verfahrens stehen den Wünschen der beteiligten Parteien offen und gewähren ihnen eine bemerkenswerte Flexibilität. Im Zusammenhang mit einer Sanierung werden typischerweise die Vereinbarung über die Verlängerung von Zins- oder Ratenzahlungen bzw. deren Stundung, der Teilerlass von Forderungen, die Freigabe von Sicherheiten oder auch die Umwandlungen von Forderungen in Eigenkapital (Debt-Equity-Swap) angesprochen und geregelt. Natürlich können in einem *scheme* auch übertragende Sanierungen vereinbart werden.⁷²

Offiziell wird das Verfahren durch den Antrag eines Beteiligten (Geschäftsführer, Gesellschafter, Gläubiger oder Verwalter) an das zuständige Gericht (je nach Stammkapital der Gesellschaft entweder der High Court of Justice in London oder ein regionaler County Court) zur Einberufung einer Versammlung der jeweiligen Gläubigergruppen eingeleitet.⁷³ Tatsächlich jedoch wird zumeist in enger Abstimmung zwischen Geschäftsführung, Gläubigern und ggf. dem Verwalter (regelmäßig ein sog. "*administrator*", aber auch ein "*liquidator*" ist antragsbefugt) das Verfahren vorverhandelt. Dabei wird insbesondere die Einteilung der Gläubigergruppen zum Zweck der späteren Abstimmung vorbesprochen, weil gerade diese Einteilung eines der wenigen Einfallstore darstellt, um erfolgreich gegen ein *scheme* vorzugehen. In diesen Vorabverhandlungen wird dann zumeist auch das sog. "explanatory statement" verfasst, welches die Einzelheiten und (Rechts-)Folgen des Scheme im Detail darstellt.

Die Verfahrenseröffnung führt nicht zu einem Moratorium und es wird auch keine neutrale Person zur Gestaltung/Überwachung der Planerstellung bestellt (außer bei der Kombination mit einem *company voluntary arrangement* oder *administration*).⁷⁴

Die einzelnen Gläubigergruppen entscheiden nach Verfahrenseröffnung in einer vom Gericht anberaumten Versammlung über die Annahme oder Ablehnung des *scheme of arrangements*, wobei für die Annahme eine Mehrheit von 75 % der Summe aller Gläubigeransprüche (Summenmehrheit) sowie die einfache Mehrheit der anwesenden und abstimmenden Gläubiger erforderlich ist.⁷⁵ Zwar besteht die Möglichkeit des Cram down im eigentlichen Sinne nicht, aber gerade in letzter Zeit hatten die Gerichte häufiger über Gruppen zu entscheiden, die nicht an der Abstimmung teilnehmen durften, weil sie - aufgrund z.B. des Nachrangs ihrer Forderungen - kein wirtschaftliches Interesse mehr an dem Ausgang des Verfahrens hatten.⁷⁶

Das Gericht genehmigt das *scheme* durch Beschluss, wenn die formellen Bedingungen eingehalten wurden, die Ein- bzw. Aufteilung der verschiedenen Gläubigergruppen nicht zu beanstanden ist und das Gericht nach seiner Überzeugung und unter Ausübung freien Ermessens zu dem Ergebnis kommt, dass dem *scheme* die Zustimmung nicht zu versagen ist. Durch den Zustimmungsbeschluss wird das Scheme bindend für alle Beteiligten, unabhängig davon, ob sie an den Versammlungen und der Abstimmung teilgenommen haben oder nicht.⁷⁷

bb) Company Voluntary Arrangement⁷⁸

Das *company voluntary arrangement* (cva) wurde im Rahmen der durch den sog. *Cork-Report*⁷⁹ vorgeschlagenen Reformen in die Insolvency Act 1986 aufgenommen, dort ss. 1-7 IA 86. Trotz des Standortes im Insolvenzrecht handelt es sich in der Sache um einen vorinsolvenzlichen Vergleich zwischen den Gläubigern und den Schuldern.⁸⁰

Das Verfahren kann grds. nur durch die Geschäftsführer des schuldnerischen Unternehmens eingeleitet werden, lediglich, wenn das *cva* innerhalb eines *administration*-Verfahrens beantragt wird, ist auch der *administrator* antragsbefugt.⁸¹ Mit Ausnahme der Einleitung innerhalb eines *administration* Verfahrens oder wenn der Plan angegriffen wird, findet eine gerichtliche Entscheidung nicht statt.⁸² Das Verfahren wird in Eigenverwaltung durch die Geschäftsführer durchgeführt, welche nur von einem (durch den Antragsteller vorgeschlagenen) *nominee* überwacht werden.⁸³ Mit der Verfahrenseröffnung selbst ist (mit der Ausnahme von sog. *small companies*)⁸⁴ kein Moratorium verbunden, wes-

Beissenhirtz: Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen - ZInsO 2011
Ausgabe 3 - 64<<>>

wegen in der Praxis ein *cva* häufig mit einer *administration* kombiniert wird.⁸⁵

Ähnlich wie beim *scheme of arrangement* existieren auch beim *cva* wenige gesetzliche Vorgaben bzgl. des Inhalts des Vergleichsvorschlages (*proposal*), sodass hier ein größtmöglicher Gestaltungsspielraum gegeben ist.⁸⁶ Insbesondere gilt hier auch nicht der allgemeine Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, sodass auch z.B. die vollständige Befriedigung von Kleingläubigern und die nur quotale Befriedigung von Großgläubigern möglich ist.⁸⁷

Die Gläubiger müssen mit einer Mehrheit von 75 % der abstimmenden Gläubiger (Summenmehrheit) den Vorschlag annehmen, damit das *arrangement* zustande kommt.⁸⁸ Ein Cram Down ist nicht vorgesehen.⁸⁹ Der wirksam angenommene Plan bindet auch die nicht anwesenden Gläubiger und die Gesellschafter.⁹⁰

Derzeit laufende Reformbestrebungen in England gehen dahin, dass bislang nur für kleinere Unternehmen geltende Moratorium auf alle Unternehmen im *cva* auszudehnen. Ferner soll insgesamt im englischen Insolvenzrecht und damit auch für das *cva* die Möglichkeit des sog. "DIP-Financing" eingeführt werden.⁹¹

b) Französisches Recht

Der französische Gesetzgeber hatte bereits 1985 eine umfassende Reform des Insolvenzrechts durchgeführt und neue Regelungen auch für die Sanierung von Unternehmen eingeführt (*règlement amiable* und *redressement judiciaire*).⁹² Diese Regelungen wurden jedoch in der Praxis als zu kompliziert angesehen, mit der Folge, dass Sanierungen fast nie im Rahmen dieser Sanierungsverfahren durchgeführt wurden und die Rechtsprechung mit dem sog. *mandat ad hoc* sogar ein eigenes Rechtsinstitut entwickelte, um Sanierungen zu fördern.⁹³

Der Gesetzgeber reagierte schließlich im Jahr 2005 und führte mit den Regelungen zur *conciliation* und der *procédure de sauvegarde* zwei Instrumente ein, die von der Praxis angenommen wurden und mittlerweile als sehr erfolgreich gelten. Durch *ordonnance* aus dem Jahr 2008 wurden diese beiden Verfahren noch einmal verbessert. Aufgrund der Struktur und Eigenheiten der Verfahren ergibt sich quasi eine Stufenfolge der einzelnen Verfahren. Allgemein wird die Einführung und Reform dieser Verfahren als gelungen bezeichnet, was sich auch an den international relevanten und erfolgreich im Wege der *sauvegarde* sanierten Fällen *Eurotunnel* und *Thomson* zeigte.⁹⁴

aa) Mandat ad hoc

Befindet sich ein Unternehmen in einer ernsthaften wirtschaftlichen Krisenlage, so kann es beim zuständigen Handelsgericht die Einsetzung eines *mandataire ad hoc* beantragen. Der im Einvernehmen mit dem Antragsteller eingesetzte *mandataire ad hoc* erhält den gerichtlichen Auftrag, eine Lösung für das Unternehmen zu eruiieren. Typischerweise wird er beauftragt, mit den wichtigsten Gläubigern einen Vergleich auszuarbeiten. Der Vergleich ist freiwillig, er wird von keinem Gericht bestätigt. Somit bindet er nur die (beteiligten) Gläubiger, die zugestimmt haben. Auch existiert kein Moratorium.⁹⁵

bb) Procédure de conciliation

Das Verfahren der *conciliation* (Schlichtung) gilt in Frankreich als sehr erfolgreich, denn angabegemäß werden 70 % aller eröffneten Schlichtungsverfahren mit einer Sanierung des Schuldners abgeschlossen.⁹⁶

Ein Schlichtungsverfahren kann nach Art. L 611-4 Code de Commerce ausschließlich durch den Schuldner⁹⁷ beantragt werden, wenn er unter rechtlichen, wirtschaftlichen oder finanziellen Schwierigkeiten leidet, diese sich abzeichnen oder er seit höchstens 45 Tagen zahlungsunfähig ist. Einzig der Schuldner hat auch das Recht, den

Schlichter (*conciliateur*) vorzuschlagen, der dann vom Präsidenten des zuständigen Handelsgerichts bestellt wird.⁹⁸

Zwar besteht für die Dauer des Verfahrens kein Moratorium, während des laufenden Schlichtungsverfahrens kann ein Insolvenzverfahren aber nicht auf einen Gläubigerantrag hin

Beissenhirtz: Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen - ZInsO 2011
Ausgabe 3 - 65<<>>

eröffnet werden.⁹⁹ Auch steht es im Ermessen des Gerichts, zugunsten des Schuldners Zahlungsfristen von bis zu 2 Jahren einzuräumen, was de facto die Funktion eines Obstruktionsverbots bei Akkordstörern übernimmt.¹⁰⁰ Gleichwohl ist es üblich, auch zur Behebung einer etwaig eingetretenen Zahlungsunfähigkeit, ein Moratorium mit den betroffenen Gläubigern abzuschließen.¹⁰¹

Das Verfahren ist streng vertraulich, was als Schlüssel für den Erfolg des Verfahrens angesehen wird.¹⁰² Gleichzeitig wird in diesem Verfahren der Gläubigerautonomie aber ein hoher Stellenwert zugemessen, sodass (wie bei *Künne's* AußerVerglO) der Abschluss des Vergleichs vollkommen freiwillig ist; es besteht keine Möglichkeit, Zugeständnisse etwa durch Gerichtsbeschlüsse zu erwirken; auch existieren keine Zwangsquoten.¹⁰³

Der Schuldner führt das Unternehmen fort und erarbeitet zusammen mit Schlichter ein Sanierungskonzept. Er verpflichtet sich, außergewöhnliche Rechtshandlungen mit dem Schlichter, den Gläubigern und dem Gericht abzustimmen.¹⁰⁴

Das von den Gläubigern angenommene Sanierungskonzept wird vom Gericht zumeist in einfacher Form (*constatation*) oder, auf Antrag des Schuldners, offiziell, d.h. mit Veröffentlichung (*homologation*), bestätigt. Zumeist wird die *constatation* gewählt, um die Vertraulichkeit des Vergleichs zu wahren.¹⁰⁵ Vor der Bestätigung vergewissert sich das Gericht auf Grundlage des Berichts des Schlichters (der sich seinerseits i.d.R. auf das Gutachten eines Wirtschaftsprüfers stützen wird), dass der Schuldner tatsächlich nicht mehr zahlungsunfähig ist, vgl. Art. L. 611-8 II Code de Commerce.

Ein insbesondere für Bürgen oder in ähnlicher Konstellation mithaftende Personen wichtiger Vorteil der *conciliation* ist, dass der Sanierungsvergleich auch ihre Mithaft vermindern oder zum Erlöschen bringen kann (*accord constaté*).¹⁰⁶ Durch die Begrenzung der Verfahrensdauer auf bis zu 5 Monate, verbunden mit der Verpflichtung des Schlichters, bei Bestehen der Zahlungsunfähigkeit das Insolvenzverfahren zu eröffnen, wird einem etwaigen Missbrauch des Verfahrens zur Verzögerung eines regulären Insolvenzverfahrens entgegengewirkt.¹⁰⁷

cc) Procédure de sauvegarde

Das im Jahr 2005 eingeführte Verfahren der *procédure de sauvegarde* wurde einer breiteren Öffentlichkeit bekannt durch den Erfolg bei der Restrukturierung der Eurotunnel-Gesellschaften.¹⁰⁸

Auch hier wieder liegt das Antragsrecht einzig beim Schuldner, ein Fremdantragsrecht besteht nicht.¹⁰⁹ Während der Schuldner vor der Reform 2008 nachweisen musste, dass er, ohne zahlungsunfähig zu sein, auf

unüberwindbare Schwierigkeiten stößt, die zur Zahlungsunfähigkeit führen können, genügt nach der Reform die Darlegung von unüberwindbaren Schwierigkeiten ohne dass es auf eine etwaig eintretende Zahlungsunfähigkeit ankommt.¹¹⁰ Auch hat der Schuldner das Recht, die Person des *administrateur* vorzuschlagen, die vom Handelsgericht bestellt werden soll.¹¹¹ Durch die Reform wurden verschiedene Aspekte der bislang im Verfahren schon automatisch gewährten Eigenverwaltung für die Schuldner noch verbessert, um den Unternehmern die Angst vor einer Antragstellung zu nehmen.¹¹²

Durch die Eröffnung des Verfahrens wird eine zunächst bis zu 6 Monaten dauernde Beobachtungsphase eingeleitet und es kommt automatisch zu einem umfassenden Moratorium (Verbot von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, Verbot, auf Sicherungsgut zuzugreifen, Zahlungsverbot für die Antragstellerin).¹¹³

Während der sog. Beobachtungsphase arbeitet der Verwalter mithilfe des Schuldners einen Sanierungsplan aus. Dieser wird den Gläubigern¹¹⁴ zur Abstimmung vorgelegt. Seit der Reform aus dem Jahr 2005 werden bei Unternehmen mit mehr als 150 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von mindestens 20 Mio. €¹¹⁵ oder auf Antrag des Schuldners oder des Sachwalters zu diesem Zweck zwei Gläubigerausschüsse,¹¹⁶ zusammengesetzt zum einen aus den betroffenen Kreditinstituten und Darlehensgläubigern und zum anderen aus den wichtigsten Zulieferern und Dienstleistern, gebildet.¹¹⁷ Aufbauend auf den Erfahrungen des Eurotunnel Verfahrens wurde 2008 darüber hinaus eine Versammlung der Schuldverschreibungsinhaber kreiert.¹¹⁸ Innerhalb jedes Ausschusses wird seit der Reform 2008 mit Zwei-Drittel-Summenmehrheit (der abstimmenden Gläubiger) über die Annahme entschieden.¹¹⁹ Durch den Plan kann der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger eingeschränkt werden¹²⁰ und es kann auch gegen den Willen der Betroffe-

Beissenhirtz: Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen - ZInsO 2011
Ausgabe 3 - 66<<>>

nen in Gläubigerrechte eingegriffen werden - bis hin zu einem Debt-Equity-Swap.¹²¹

Das Insolvenzgericht ist an die Voten der Gläubigerausschüsse nicht gebunden, wird ihnen aber in der Praxis typischerweise folgen, wenn die gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen der Planannahme erfüllt sind: der Plan muss den Erhalt des Unternehmens ermöglichen und die Rechte der übrigen Gläubiger ausreichend schützen. Durch die Bestätigung des Gerichts wird der Plan auch für die in den Gläubigerausschüssen überstimmten Minderheiten bindend.¹²²

Der Stufencharakter der französischen Sanierungsverfahren wird auch daran deutlich, dass es z.B. in der Hand des Schuldners liegt, eine *procédure de sauvegarde* in ein *redressement judiciaire* überzuleiten, selbst wenn die Zahlungsunfähigkeit zum Zeitpunkt der Überleitung noch nicht vorliegt.¹²³

IV. Vorschläge für ein deutsches vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren

Nachfolgend soll nun, ausgehend von den im vorigen Abschnitt dargestellten Erfahrungen, versucht werden, die

Grundzüge eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens in Deutschland zu skizzieren.

1. Ziel eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens

Fraglich ist dabei zunächst das *Ziel* eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens. In der geltenden Fassung der InsO ist die Sanierung ("Erhalt des Unternehmens") gerade kein vorrangiges Verfahrensziel sondern nur ein möglicher Weg zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger.¹²⁴ Mit dieser Zielvorstellung war der Gesetzgeber auch von der dem grundsätzlichen Vorrang des Vergleichs nach der VerglO zugrunde liegenden Prämisse abgerückt, dass Sanieren stets besser sei, als Zerschlagen.¹²⁵

Nach hier vertretener Ansicht sollte ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren als eigenständiges und einziges Ziel die Sanierung des Unternehmens verfolgen. Es sollte schon deswegen keine weitere Einschränkung des "Oberzieles" der Sanierung des Unternehmens erfolgen, weil die Motive und Zielsetzungen, warum die Sanierung des Unternehmens "besser" ist, je nach Fall und "Mitspielern" variieren wird.¹²⁶ Und solange eine Insolvenzantragspflicht nicht besteht (was nach dieser Ansicht ein erforderliches Merkmal des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens ist), ist der im deutschen Insolvenzrecht geltende Grundsatz des Vorrangs der Gläubigerbefriedigung nicht als vorrangig anzusehen.¹²⁷ Das bedeutet nicht, dass das Prinzip des *pacta sunt servanda* ausgehebelt werden soll. Vielmehr soll in dieser Sanierungsstufe die Unternehmenssanierung als Ziel der nachfolgenden Schritte im Vordergrund stehen.

2. Erforderlichkeit eines eigenständigen Verfahrens

Es wird - auch ausgehend von den positiven Erfahrungen in Frankreich und England - vorgeschlagen, ein eigenständiges Sanierungsgesetz zu schaffen, das Vergleiche des Schuldners mit seinen Gläubigern ermöglicht, um die Erhaltung des schuldnerischen Unternehmens (= Sanierung) zu gewährleisten.

Schon aufgrund der zumindest hier vertretenen unterschiedlichen Zielvorgabe für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren und dem Insolvenzverfahren nach der InsO ist die Schaffung eines eigenständigen vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens grds. erforderlich. Die Trennung der vorinsolvenzlichen Sanierung von der Insolvenz dürfte auch der Stigmatisierung durch die Insolvenz entgegenwirken.

Nicht übersehen werden darf bei aller Euphorie für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren allerdings, dass selbst bei Einführung eines derartigen Verfahrens nicht jedes derzeit noch Insolvenz beantragendes Unternehmen saniert werden können. Die daraus resultierende Frage ist somit, ob es überhaupt ausreichend Fälle gibt, um ein eigenständiges Sanierungsverfahren zu rechtfertigen. Schon weil die meisten außergerichtlichen Sanierungen "unter Ausschluss der Öffentlichkeit" ablaufen, ist es schwer, den Bedarf für eine eigenständige gesetzliche Regelung der vorinsolvenzlichen Sanierung quantitativ zu bestimmen.¹²⁸ Greift man allerdings auf die Erfahrungen und Empirie ausländischer Rechtsordnungen und auch auf die bereits oben angeführte Befragung deutscher Insolvenzverwalter zurück, dann ergibt sich recht deutlich, dass ein solcher Bedarf besteht.

Beissenhirtz: Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen - ZInsO 2011

Allerdings macht ein Sanierungsverfahren ohne eine wie auch immer geartete Anbindung an das Insolvenzverfahren wenig Sinn. Denn gerade wenn die vorinsolvenzliche Sanierung scheitert, ist Zeit kostbar und eine Anbindung an das Insolvenzverfahren kann helfen, diese kostbare Ressource zu schonen. Deswegen bietet sich die Einführung eines gestuften Verfahrens an: In einer ersten Stufe wird eine außergerichtliche (und wenn möglich geheime) Sanierung versucht; gelingt diese nicht, schließt sich die zweite Stufe an, die eine gerichtliche Bestätigung des Sanierungsplans vorsieht. Scheitert diese zweite Stufe, schließt sich das Insolvenzverfahren an.

Dieser - auch in Frankreich verfolgte - Ansatz führt auch zu einer Disziplinierung der Gläubiger: Sie wissen, dass sie bei einem Scheitern der ersten Stufe quasi automatisch in die zweite Stufe gezwungen werden, in der sie nicht mehr so viel Gestaltungsspielraum genießen. Fraglich ist, ob die erste oder zweite Stufe einer zeitlichen Befristung (wie etwa in Frankreich) unterliegen soll. Da aber das Sanierungsverfahren automatisch mit Eintritt eines zwingenden Insolvenzgrundes in ein Insolvenzverfahren übergeleitet würde, ist eine solche Begrenzung überflüssig.

3. Sanierungsgrund

Um die befürchteten Missbräuche des Sanierungsverfahrens entweder zur weiteren Verschleuderung der Masse oder zur "Übersanierung" zu verhindern, kann Antragsgrund für die Einleitung zumindest der zweiten (gerichtlichen) Stufe des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens nur die drohende Zahlungsunfähigkeit sein. Das einfache Abstellen auf wirtschaftlich schwierige Umstände, wie in Frankreich oder der Verzicht auf sämtliche Gründe wie zumindest beim *scheme of arrangement* in England würde Missbräuchen zu viel Raum lassen. Zwar könnte eine weitere Definition des Sanierungsgrundes theoretisch zu einer noch früheren Einleitung der Sanierung führen, aber diese Chance wiegt die Risiken des Missbrauchs nicht auf. Angesichts der weiten Fassung des gesetzlichen Begriffs der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist eine vergleichbar weite Fassung der Antragsvoraussetzungen aber auch nicht erforderlich. Bereits nach der jetzigen Auslegung des Tatbestands kann ein auf drohender Zahlungsunfähigkeit beruhender Insolvenzantrag bis zu 2 Jahre vor dem Eintritt der tatsächlichen Zahlungsunfähigkeit gestellt werden.¹²⁹

4. Einleitungsberechtigter Personenkreis

Einleitungsberechtigt kann nur der Schuldner sein. Es ist unabdingbare Voraussetzung für den Erfolg eines Sanierungsverfahrens, dass der Schuldner Herr des Verfahrens bleibt, das schuldnerische Unternehmen also sowohl das Initiativrecht inne hat als auch im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren die Geschäfte des Unternehmens weiterführt. Etwaige Eingriffsrechte hierin stehen im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren weder den Gläubigern noch dem Gericht zu. Dies entspricht auch gerade den rechtsvergleichenden Erfahrungen.

Bei der Einleitung des Verfahrens hat der Schuldner ein Sanierungsgutachten (in der ersten Stufe an die beteiligten Gläubiger und in der zweiten Stufe an das Gericht) vorzulegen, aus dem sich ergibt, dass das schuldnerische Unternehmen drohend zahlungsunfähig ist und mit welchen Maßnahmen die Sanierung

durchgeführt werden soll, verbunden mit der Einschätzung der das Sanierungsgutachten erstellenden "geeigneten Stelle", dass bei Durchführung der vorgeschlagenen Sanierungsmaßnahmen das schuldnerische Unternehmen nachhaltig saniert ist.

5. Kontrollmechanismen

Schon um Missbrauch vorzubeugen, wird einem solchen Verfahren - egal wie informell es gestaltet sein soll - auch ein unabhängiges, überwachendes Element innewohnen müssen. Die Vorschläge zur Ausgestaltung einer solchen Kontrollinstanz sind vielfältig: So beanspruchen Insolvenzverwalter auch hier das Vorrecht,¹³⁰ andere sehen die Gerichte in der Pflicht¹³¹ - angesichts der derzeitigen Arbeitsüberlastung der Insolvenzgerichte ein Vorschlag, der zumindest einiger Untermauerung bedarf. Eine Zuständigkeitsbegründung für ein derartiges Verfahren beim OLG, wie derzeit im Entwurf des Bankenrestrukturierungsgesetzes vorgesehen,¹³² ist für Unternehmenssanierungen nicht denkbar, da die OLG Senate hierfür weder organisatorisch noch personell ausgestattet sind.¹³³ Eher dürfte sich aber anbieten, eine gerichtliche Zuständigkeit beim LG in der Kammer für Handelssachen zu begründen, da hier aufgrund der Besetzung mit unternehmerisch erfahrenen Laienrichtern eine gewisse "Sanierungsgrundkompetenz" vorhanden sein dürfte.

In der ersten Stufe sollte - um die Geheimhaltung ("still") der Sanierung zu gewährleisten - die Einschaltung eines Gerichts allerdings fakultativ sein. Auch ein eigenständiger Sanierungstreuhänder - vergleichbar einem Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren - sollte zwar gesetzlich vorgegeben werden, aber zumindest in der ersten Stufe nicht verpflichtend sein. Denn die Sanierung läuft ja unter Eigenregie des Unternehmens ab. Wie bereits angesprochen, sollte es zwar eine Verzahnung von Insolvenz- und Sanierungsverfahren geben. Allerdings sollte sich die Verzahnung nicht in der Person des etwaig doch eingesetzten Sanierungstreuhänders fortsetzen. Der spätere Insolvenzverwalter sollte nach diesem Modell eben nicht auch schon zuvor die Sanierung begleitet haben. Mit dem Übertritt in die Insolvenz wechselt ja die Zielrichtung: Während bei der Sanierung im

Beissenhirtz: Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen - ZInsO 2011
Ausgabe 3 - 68<<>>

Rahmen eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens die Interessen des Unternehmens im Vordergrund stehen, gilt beim Insolvenzverfahren der Vorrang der Gläubigerinteressen. Wie das englische Beispiel zeigt, ist die Gefahr von Interessenkollisionen bei der Vorbefassung der Verwalter so groß,¹³⁴ dass es den Zeitgewinn nicht aufwiegt, der mit der Beibehaltung des Treuhänders einhergehen würde.

Die vom Schuldner einzuberufende Gläubigerversammlung¹³⁵ bestellt (auch schriftlich oder per E-Mail) einen Ausschuss mit einem Vorsitzenden, der den Fortgang des Verfahrens überwacht. Dieser Gläubigerausschuss sollte in allen Verfahrensstufen eine Personenkontinuität aufweisen. Aufgabe dieses Ausschusses ist es, die Sanierungsschritte zu koordinieren, den Sanierungsvergleich zu verhandeln und die Abstimmung unter den Gläubigern zu leiten. In einer zweiten Stufe - also wenn eine einvernehmliche Lösung mit allen Gläubigern scheitert - kann dann dieser Ausschuss den Sanierungsplan dem Gericht zur Zustimmung vorlegen.

6. Verfahrenseröffnung und Eröffnungswirkungen

Die erste (außergerichtliche) Stufe des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens wird eröffnet, indem der Schuldner die von der Sanierung betroffenen Gläubiger unter Vorlage des Sanierungsgutachtens (und möglicherweise des Entwurfs eines Sanierungsvergleichs) anschreibt und einen Gläubigerausschuss vorschlägt. In dieser Stufe bleibt das Verfahren geheim.

Stimmen die betroffenen Gläubiger in der ersten Stufe der Sanierung nicht zu oder sieht der Schuldner diese erste Stufe als aussichtslos an, so kann er direkt zur zweiten Stufe, der Einschaltung des Gerichts, übergehen. Das Gericht - welches vom Schuldner die Gläubigerliste, das Sanierungsgutachten sowie einen Sanierungsvorschlag nebst etwaigen bereits vorhandenen Zustimmungserklärungen erhält - prüft diesen und beraumt dann die erste Sitzung des Gläubigerausschusses ein.

In beiden Stufen der vorinsolvenzlichen Sanierung bleibt das schuldnerische Unternehmen vollumfänglich Herrscher des Verfahrens, sodass eine Anordnung von Verfügungsbeschränkungen (etwa in Anlehnung an § 21 InsO) nicht in Betracht kommt. Erst in der zweiten Stufe wird das Verfahren auch öffentlich bekannt gemacht.

7. Moratorium

In der ersten Stufe des Verfahrens ist ein Moratorium¹³⁶ schon deswegen nicht möglich, weil eben kein Gericht eingeschaltet wird, eine zwangsweise Veränderung von privatautonomen Abreden deswegen schon unter rechtsstaatlichen Aspekten abzulehnen ist. Erst in der zweiten Stufe besteht die Möglichkeit, ein Moratorium überhaupt zu diskutieren, da hier ein Gericht einbezogen wird, also zumindest aus verfahrenstechnischer Sicht theoretisch ein Verbot der Zwangsvollstreckung ergehen könnte. Da zur Durchführung eines Sanierungsverfahrens die materielle Insolvenz, also die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, noch nicht vorliegen darf, ist ein automatisches Moratorium im Sinne eines Vollstreckungsverbots überflüssig. Während des laufenden Sanierungsverfahrens ist es Gläubigern aber verboten, einen Insolvenzantrag zu stellen oder laufende Verträge nur aufgrund der Einleitung des Sanierungsverfahrens zu kündigen. Ferner sind sog. "Lösungsklauseln" nicht nur für den Insolvenzfall,¹³⁷ sondern auch für das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren zu verbieten. Natürlich steht es Parteien daneben frei, im Rahmen des Verfahrens freiwillige Moratorien abzuschließen, um die Sanierung nicht zu gefährden.

Das Gericht kann dann ein zeitlich befristetes Moratorium festsetzen, wenn es davon überzeugt ist, dass a) die Sanierungsbemühungen hinreichend Aussicht auf Erfolg haben, b) der Schuldner die Gewähr für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs während der Sanierung und den Erhalt der Masse bietet und c) eine wie auch immer geartete Vorgehensweise der Gläubiger die Sanierung gefährden würde. Das Gericht kann - soweit erforderlich und zumutbar - auch die Erbringung von Sicherheitsleistungen verlangen.

8. Inhalt des Sanierungsvergleichs

Das Gesetz sollte bzgl. des Inhalts eines Sanierungsvergleichs frei von Vorgaben sein, um die Flexibilität (und damit Schnelligkeit) des Verfahrens zu erhöhen. Insbesondere sollten die Fehler der VerglO, die eine zu hohe Pflichtquote von 35 % bzw. 40 % vorsah, vermieden werden. Auch die ausländischen Rechtsordnungen zeigen sich diesbezüglich außerordentlich flexibel. Somit kann der Sanierungsvergleich Stundungen, Verzichte aber

auch - natürlich mit Zustimmung der Betroffenen - die Einbindung Dritter vorsehen.

9. Bindungswirkung

In der ersten - rein freiwillig ausgestalteten - Stufe des Verfahrens ist die zwangsweise Einbindung von dissentierenden Gläubigern nicht möglich. Es müssen also wie bei *Künne's* AußerVerglO oder bei der *conciliation* in dieser Stufe alle Gläubiger zustimmen. Erst in der zweiten Stufe bedarf es zur Rechtfertigung einer Einbindung dissentierender Gläubiger einer verfassungskonformen Rechtfertigung.¹³⁸ Wie bereits oben zu den Prämissen eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens diskutiert, führt die Einbindung dissentierender Gläubiger in einen Sanierungs-

Beissenhirtz: Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen - ZInsO 2011
Ausgabe 3 - 69<<>>

vergleich zur Durchbrechung des Prinzips *pacta sunt servanda* und damit zu einem Eingriff in die Privatautonomie. Eine rechtfertigende Argumentation derart, dass bei der Sanierung auch z.B. Arbeitsplätze geschützt würden, ist nicht tragfähig. Bei der Diskussion dieses Punktes sollte allerdings beachtet werden, dass zumindest nach diesem Vorschlag das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren den Antragsgrund bereits mit der InsO teilen würde, nämlich die drohende Zahlungsunfähigkeit, vgl. § 18 InsO. Wenn die InsO aber bereits Eingriffe in Gläubigerrechte zu einem so frühen Zeitpunkt zulässt, sollten aus verfassungsrechtlicher Sicht auch keine Bedenken bestehen, weniger rigide Eingriffe oder Eingriffe mit einem höheren Zustimmungsvorbehalt zuzulassen. Ferner weist *Westphal* in einer zutreffenden Interpretation der "Akkordstörer-Rechtsprechung"¹³⁹ nach, dass der BGH die rechtspolitischen Erwägungen zur Einbindung von Akkordstörern durchaus teilte, aber aufgrund der grundgesetzlichen Bindung des Richters an Recht und Gesetz eine Einbindung dissentierender Gläubiger ablehnte, weil eine gesetzliche Grundlage fehlte.¹⁴⁰ Das vorgeschlagene Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung würde genau diesen Mangel beheben.

Die Zustimmungserfordernisse für den Sanierungsvergleich müssen allerdings auch aufgrund dieser verfassungsrechtlichen Bedenken höher sein, als im Insolvenzverfahren, um nicht dem Schuldner das Aufzwingen von Vergleichen zu erleichtern. Deswegen sollte die Zustimmungsquote in dieser zweiten Stufe bei mindestens 66 % und höchstens 75 % liegen, und zwar als ausschließliche Summenmehrheit. Ebenfalls aus verfassungsrechtlichen Gründen ist ein Cram Down, wie für den Insolvenzplan in § 245 InsO vorgesehen, für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren nicht geeignet.

Ferner dürfte schon aufgrund des verfassungsrechtlichen Schutzes des Eigentums, dem auch die Gesellschaftsanteile an einer Kapitalgesellschaft unterliegen, ein Debt-Equity-Swap in einem vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren schwierig umzusetzen sein. Aber - wie bereits in der Einleitung ausgeführt - dürfte die Möglichkeit eines Debt-Equity-Swap im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren auch aus psychologischen Gründen auf Bedenken stoßen: Der Gesellschafter wird einem vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren ablehnend gegenüberstehen, wenn es ihm gegen seinen Willen seine Gesellschafterstellung kosten kann. Zwar sind auch im Rahmen der *sauvegarde*, des *scheme* und des *cva* zwangsweise Debt-Equity-Swaps möglich. Allerdings dürfte die Möglichkeit eines Herausdrängens der Gesellschafter im eigentlichen Insolvenzverfahren ausreichend sein, um auch hier einen Druck hin zur Einigung zu erzeugen.¹⁴¹ Daneben hat der BGH in seinen Entscheidungen zu *Girmes*¹⁴² und "Sanieren oder Ausscheiden"¹⁴³ bereits Grenzen in Bezug auf die Ausübung

von Gesellschafterrechten in der Krise gesetzt, die auch in einem vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren zu beachten wären. Deswegen ist eine weitergehende zwangsweise Einbindung der Gesellschafter im Verfahren kontraproduktiv und überflüssig, sie sollte deswegen unterbleiben.¹⁴⁴

Für bestimmte Vertragsverhältnisse könnte bzgl. der Bindungswirkung für Gläubiger und Gesellschafter zudem eine Lösung analog zum Schuldverschreibungsgesetz gesucht werden: Gläubiger in bestimmten gleichartigen Schuldverhältnissen, z.B. Darlehensgeber in syndizierten Kreditverträgen, unterwerfen sich schon bei Abschluss des Vertrags einem Sanierungsverfahren, in dem z.B. auch der Auslöser für das Verfahren etc. festgelegt wird. Im Umkehrschluss müsste dann aber das zu schaffende Gesetz auch einen "Andockpunkt", also etwa analog der Prorogationsmöglichkeit in § 38 ZPO eine Regelung vorsehen, durch die vertraglich die Einleitung eines Sanierungsverfahrens bei Eintritt bestimmter Bedingungen vereinbart werden kann.

10. Privilegierung von Sanierungsmaßnahmen

Scheitert die Sanierung, so sollten Maßnahmen, die im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren mit Genehmigung des Gerichts durchgeführt wurden, anfechtungsrechtlich privilegiert sein. Geschieht dies nicht, wird angesichts der mittlerweile als z.T. ausufernd empfundenen Anfechtungsrechtsprechung der deutschen Gerichte einem vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren kein Erfolg beschieden sein. Auch sollten Kapitalmaßnahmen oder die Hergabe von Gesellschafterdarlehen von insolvenzrechtlichem Nachrang ausgenommen sein.

V. Zusammenfassung und abschließende Bemerkungen

Die Diskussion um die Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens in Deutschland ist in vollem Gange. Die heutige Situation in Deutschland ist vergleichbar mit der Situation in Frankreich vor Einführung der *conciliation* und der *procédure de sauvegarde*. Wie in Frankreich damals, so auch in Deutschland heute sind alle Beteiligten sehr unzufrieden mit der geringen Anzahl tatsächlich sanierter Unternehmen. Aber auch in Deutschland besteht eine breite Ablehnungs-Phalanx gegen die Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens. Die Kritiker eines eigenständigen Sanierungsverfahrens beschränken sich zumeist auf Verbesserungsvorschläge beim Insolvenzplanverfahren. Dies ist zu wenig, auch gerade wenn man bedenkt, dass jedes nicht (nachhaltig) sanierte Unternehmen volkswirtschaftlich gesehen schädlich ist. Lediglich ein Insolvenzplanverfahren wird das Potenzial der sanierungsfähigen Unternehmen nicht ausschöpfen.

Es wird - auch ausgehend von den positiven Erfahrungen in Frankreich und England - vorgeschlagen, ein eigenständiges Sanierungsgesetz zu schaffen, das Vergleiche des

Beissenhirtz: Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen - ZInsO 2011
Ausgabe 3 - 70<<>>

Schuldners mit seinen Gläubigern ermöglicht, um die Erhaltung des schuldnerischen Unternehmens (= Sanierung) zu gewährleisten. Das Verfahren sollte lediglich vom Schuldner beantragt werden können. Auslöser des Verfahrens können entweder vertragliche Regelungen sein oder die Feststellung im Rahmen eines

Sanierungsgutachtens nach IDW S6, dass das Unternehmen drohend zahlungsunfähig ist, aber durch bestimmte Maßnahmen saniert werden kann.

Das Verfahren sollte (ähnlich wie beim Verbraucherinsolvenzverfahren) als Stufenverfahren ausgestaltet werden, bei der auf der ersten Stufe eine rein freiwillige, außergerichtliche Regelung zwischen den Gläubigern angestrebt werden soll. Im Fall eines Scheiterns dieser außergerichtlichen Regelungen soll der Schuldner die Möglichkeit haben, ein gerichtliches Bestätigungsverfahren einzuleiten. Scheitert auch dieses, kann sich ein Insolvenzplanverfahren in Eigenverwaltung anschließen, das, wenn noch erforderlich, auch in der 3-monatigen Frist des § 270b DiskE InsO, entwickelt werden kann.

Der in der ersten Stufe konstituierte Gläubigerausschuss sollte im Rahmen des Verfahrens möglichst konstant beibehalten werden. Er bestellt den Prüfer für das Sanierungsgutachten, schlägt ggf. den Sanierungstrehänder im gerichtlichen Bestätigungsverfahren (2. Stufe) vor und unterbreitet die Vorschläge für den zu bestellenden (vorläufigen) Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren (3. Stufe). Der Sanierungstrehänder darf nicht Insolvenzverwalter im nachfolgenden Insolvenzverfahren werden, um potenzielle Konflikte zu vermeiden. Die Verzahnung zwischen vorinsolvenzlicher Sanierung und Insolvenzverfahren, die aus Gründen der Verfahrensökonomie erforderlich ist, wird somit über den Gläubigerausschuss, die Geschäftsleitung (bei Eigenverwaltung) und ggf. den weiterhin als Sanierungsgeschäftsführer eingesetzten Sanierungstrehänder gewährleistet.

In der ersten Stufe müssen alle betroffenen Gläubiger zustimmen, in der zweiten Stufe sollte für die gerichtliche Bestätigung dann eine Summenmehrheit zwischen 66 % und 75 % erforderlich sein. Durch diese kontinuierliche Abschwächung der Mehrheitserfordernisse in den einzelnen Verfahrensstufen hin zu 50 % im Insolvenzplanverfahren wird der Druck auf die Gläubiger, sich zu einigen sukzessive erhöht.

Das Gesetz sollte explizit die vollständige Erfüllung von Kleinforderungen sowie den zwangsweisen Aufkauf von Forderungen zum Nominalwert vorgeben, mit der Folge, dass die vollständig befriedigten Gläubiger nicht mehr zur Abstimmung zugelassen sind. Hierdurch dürfte sich der Kreis der beteiligten Gläubiger erheblich verkleinern, was zur Beschleunigung der Sanierung beiträgt.

Ein gesetzliches Moratorium sollte das Gesetz zumindest in der ersten Stufe nicht vorsehen, da zur Durchführung eines Sanierungsverfahrens die materielle Insolvenz, also die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, noch nicht vorliegen darf. Gleichwohl muss natürlich verhindert werden, dass Gläubiger während des laufenden Sanierungsverfahrens einen Insolvenzantrag stellen und/oder aus laufenden Verträgen aussteigen können. Deswegen sind im Gesetz entsprechende Verbote vorzusehen. Ferner sollte es im Ermessen des Gerichts liegen, in besonderen Fällen ein Moratorium anordnen zu können. Natürlich steht es daneben den Parteien frei, im Rahmen des Verfahrens freiwillige Moratorien abzuschließen, um die Sanierung nicht zu gefährden.

Die Einführung eines vorinsolvenzlichen Insolvenzverfahrens wird (wie auch die jetzt vorgesehenen Änderungen des Insolvenzverfahrens) zur Steigerung der Wirksamkeit auch die Durchführung flankierender Maßnahmen benötigen: So könnte eine "incentive" für die Gesellschafter-Geschäftsführer von KMU's darin bestehen, dass die von ihnen abgegebenen persönlichen Sicherheiten ebenfalls vom vorinsolvenzlichen Sanierungsvergleich umfasst sind. Etwas Ähnliches sieht das französische Recht vor.¹⁴⁵ Auch dürfte die Einführung einer gesetzlich geregelten Sanierungspflicht anstelle der Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO, wie *Eidenmüller* sie fordert,¹⁴⁶ durchaus Vorteile bringen: das deutsche System der Insolvenzantragspflicht ist eines der restriktivsten der Welt, das gleichwohl nicht zu der gewollten frühen Antragstellung führt. Diese Norm läuft, wie auch die für

Kapitalgesellschaften geltende Informationspflicht bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals, weitestgehend leer.¹⁴⁷ Eine (nicht strafbare) Haftung der Geschäftsleitung für das Nichteinleiten von erkennbaren Sanierungsmaßnahmen verlagert die Handlungspflicht nach vorne und könnte zu mehr Sanierungen führen.

Auch um dem vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren ein ähnliches Schicksal, wie der außergerichtlichen Schuldenbereinigung vor dem Verbraucherinsolvenzverfahren zu ersparen, sollten gleichzeitig mit der Einführung des Gesetzes auch gesetzliche Vorgaben für Finanzämter und ggf. Sozialkassen geschaffen werden, die eine perse Blockadehaltung der öffentlichen Stellen bei Sanierungsverhandlungen vermeiden helfen.

Weiterhin kann es nicht oft genug betont werden,¹⁴⁸ dass der Sanierungsgewinn von sämtlicher Besteuerung freizustellen ist, und zwar am besten durch Wiedereinführung der Regelung des § 3 Nr. 66 EStG. Demgegenüber hätte die Wiedereinführung des Fiskusprivilegs jegliche Sanierung, ob außerhalb oder innerhalb der Insolvenz konterkariert.¹⁴⁹ Für Sanierungen in der Insolvenz dürfte dies auch in Bezug auf die nunmehr vorgesehene Aufwertung der MwSt-Schulden zu Masseverbindlichkeiten bereits im Vorverfahren gepaart mit einer großzügigen Aufrechnungsmöglichkeit gelten.¹⁵⁰ Ob dies auch für vorinsolvenzliche Sanierungen gilt, wird sich zeigen, da vorinsolvenzlich die MwSt weder nach geltendem Recht noch nach den bisherigen Vorschlägen eine Sonderbehandlung erfahren würde.

Beissenhirtz: Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen - ZInsO 2011
Ausgabe 3 - 71<<

Schließlich ist auch der derzeitige Stand der Regelung der Überschuldung nach § 19 InsO als nicht glücklich zu bezeichnen, da in vielen Fällen die drohende Zahlungsunfähigkeit gleichzeitig den Eintritt der Überschuldung markieren wird.¹⁵¹ Es sollte darüber nachgedacht werden, diese im internationalen Kontext¹⁵² unübliche Regelung abzuschaffen und nur das Kriterium der Zahlungsunfähigkeit als maßgeblich für die materielle Insolvenz anzusehen.

Abschließend lässt sich feststellen, dass, wenn man nur etwas an der Oberfläche der Problemstellungen zu einem vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren kratzt, schnell deutlich wird, es so einfach nicht ist, ein Verfahren zu entwickeln, das gleichzeitig flexibel und schnell, aber auch rechtssicher ist und nicht (aus Versehen?) verfassungsrechtliche Grundsätze untergräbt. Am besten lassen sich die teils widersprüchlichen Zielvorstellungen, die mit einem solchen Verfahren verbunden sind, über eine abgestufte Regelung ausbalancieren. Hierdurch kann die Sanierung zunächst geheim gehalten werden, falls erforderlich, ist aber in einer zweiten Stufe die Einbindung dissentierender Gläubiger durch Einschaltung der Gerichte möglich. Ein Wundermittel wird es sicherlich nicht sein, aber vielleicht ein gutes weiteres Werkzeug in der Hand der Sanierer.

* Dr. jur., LL.M. (London), Rechtsanwalt bei der Schultze & Braun GmbH Rechtsanwalts-gesellschaft in Berlin. Der Autor dankt *Dr. jur. Johannes Holzer*, ehemals BMJ, derzeit Deutsches Patent- und Markenamt für die Anregung zu diesem Artikel, Rechtsanwalt/Avocat *Patrick Ehret* für die sehr hilfreichen Diskussionen und Hilfestellungen bzgl. des französischen Rechts, Rechtsanwalt/Solicitor *Frank Tschentscher* für die Anmerkungen zum englischen Recht sowie Ref. Jur. *Matthias Flotmann* für die Überarbeitung des Fußnotenapparates. Schließlich danke ich meinem Kollegen *Dr. Christoph von Wilcken*, der mit seinen

kritischen Anmerkungen die Stringenz des Artikels maßgeblich verbessert hat.

- ¹ Nur beispielhaft seien hier genannt: *Reuter*, INDat-Report, 1/2010; *Westphal*, ZGR 2010, 385, 436; *Eidenmüller*, ZIP 2010, 649, 660; *Uhlenbruck*, NZI 2008, 201, 206; *van Zwoll*, ZInsO 2008, 418, 420; *Hölzle*, NZI 2010, 207; *Geldmacher*, ZInsO 2010, 696, 702; *Bork*, ZIP 2010, 397, 413; *Ehlers*, ZInsO 2010, 57, 265; *Eidenmüller*, ZZP, 121 (2008), 273, 293; *Frind*, ZInsO 2010, 1426, 1431; *Jaffé/Friedrich*, ZIP 2008, 1849, 1858.
- ² Man erinnere sich hier nur an die Diskussionen über eine mögliche Opel-Insolvenz, in der der damalige Wirtschaftsminister zu *Guttenberg* für die Einleitung eines Insolvenzverfahrens plädierte, was zu wütenden Protesten von Gewerkschaften, Oppositionspolitikern und anderen "Experten" führte. vgl. Spiegel Online, Art. v. 30.5.2009: "Guttenberg gibt den einsamen Kämpfer" (<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,627791,00.html>).
- ³ S. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, Rn. 471 - 479, <http://www.cdu.de/doc/pdf/091024-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf>.
- ⁴ S. Handelsblatt v. 6.10.2009.
- ⁵ *Leutheusser-Schnarrenberger*, Rede beim 7. Deutschen Insolvenzrechtstag am 18.3.2010, ZInsO 2010, 614 (http://www.bmj.bund.de/enid/0,4ab8d16d6f6e7468092d0933093a0979656172092d0932303130/Reden/Sabine_Leutheusser-Schnarrenberger_1mt.html).
- ⁶ Antrag Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucks. 17/2008.
- ⁷ BMWi/BMJ-Kolloquium am 8.6.2010 in Berlin - "Sanierung im Vorfeld von Insolvenzverfahren; Ausgestaltung eines rechtlich strukturierten Sanierungsverfahrens?", *Geldmacher*, ZInsO 2010, 1178. S. in diesem Zusammenhang auch die kritischen Stellungnahmen in INDat-Report 1/2010, 8 ff. und den Bericht vom Kolloquium in INDat-Report 5/2010, 6.
- ⁸ *Eidenmüller*, ZIP 2010, 649, 655.
- ⁹ *Eidenmüller*, ZIP 2010, 649, 655.
- ¹⁰ *Frind*, ZInsO 2010, 1426.
- ¹¹ *Uhlenbruck*, NZI 2008, 201, 204; s. auch *Pape*, ZInsO 2010, 1582.
- ¹² Vgl. Spiegel Online, Art. v. 30.5.2009 (Fn. 2).
- ¹³ *Deloitte*, RSI Forum 2/2010, S. 14, wonach 90 % der befragten Experten auf einer Distressed Asset Konferenz für die Implementierung eines förmlichen außergerichtlichen Reorganisationsverfahrens gestimmt haben; dagegen geben *Eidenmüller* u.a., Regulierungswettbewerb im Unternehmensinsolvenzrecht, NZI 2010, 545, 550 an, dass sich von den von ihnen befragten inländischen Experten (zumeist Anwälte) lediglich 38 % für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren ausgesprochen hätten. Demgegenüber (S. 548) stufen 79 % der ausländischen befragten Experten die Möglichkeit einer außergerichtlichen Sanierungsmöglichkeit als wichtig ein, vgl. auch *Westphal*, ZGR 2010, 385, 392 m.w.N.; *Jaffé/Friedrich*, ZIP 2008, 1849, 1856.
- ¹⁴ S. hierzu DiskE für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), Stand: 1.9.2010, ZInsO 2010, 1440, http://www.bmj.bund.de/enid/Insolvenzrecht/Insolvenzrechtsreform_1qc.html.

S. zuletzt Statistisches Jahrbuch 2009, S. 503.

- ¹⁶ Ähnlich *Jaffé/Friedrich*, ZIP 2008, 1849, 1856.
- ¹⁷ *Kirstein*, ZInsO 2006, 966, 967, vgl. auch Euler Hermes/ZIS, Wirtschaft Konkret Nr. 414, Ursachen von Insolvenzen, S. 8.
- ¹⁸ *Geldmacher*, ZInsO 2010, 696, 699; Euler Hermes/ZIS (Fn. 17), S. 10.
- ¹⁹ Euler Hermes/ZIS (Fn. 17), S. 8 ff.
- ²⁰ Vertiefend *Westphal*, ZGR 2010, 385, 392.
- ²¹ *Dammann*, Begleittext zum Kolloquium BMJ/BMWi v. 8.6.2010, S. 2.
- ²² Revue des procédures collectives n°3, Mai 2010, alerte 15.
- ²³ *Eidenmüller*, ZIP 2010, 649 Fn. 14 m.w.N.
- ²⁴ Aus Vereinfachungsgründen steht die Bezeichnung "englisches Recht" oder "England" vorliegend für das englische und walisische Recht.
- ²⁵ Abgeleitet aus der nationalen Insolvenzstatistik, <http://www.insolvency.gov.uk/otherinformation/statistics/201008/index.htm>.
- ²⁶ Statistisches Bundesamt: Insolvenzstatistik Durchschnitt der Jahre 1999 - 2008.
- ²⁷ Ifm-Materialien Nr. 195, S. 35; es ist erschreckend wie wenig und wenig genaues statistisches Material über Insolvenzen und Sanierungen existiert; eine mit Zahlen unterlegte Diskussion ist damit für Deutschland eigentlich gar nicht möglich.
- ²⁸ Euler Hermes, Rettung aus der Insolvenz, S. 8.
- ²⁹ INDat-Report 5/2010, 18.
- ³⁰ BGH, Ur. v. 12.12.1991 - IX ZR 178/91, NJW 1992, 967 = LNR 1991, 14272..
- ³¹ S. zu den Neuerungen: *Bredow/Vogel*, ZBB 2008, 221; *Kuder/Obermüller*, ZInsO 2009, 2025.
- ³² VergIO v. 26.2.1935 (RGBl. I, S. 321, ber. 356).
- ³³ *Uhlenbruck*, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 2. Aufl. 1999, S. 154 m.w.N.; so auch *Kilger/Böhle-Stamschräder*, VergIO, 10. Aufl. 1982, Einl. I.
- ³⁴ *Kilger/Böhle-Stamschräder* (Fn. 33), Einl. III m.w.N.
- ³⁵ *Kilger/Böhle-Stamschräder* (Fn. 33), Einl. III m.w.N.

- ³⁶ Vgl. § 7 VerglO; *Westphal*, ZGR 2010, 385, 401.
- ³⁷ Vgl. § 74 VerglO; Weitere Gründe auch bei *Künne*, Außergerichtliche VerglO, 6. Aufl. 1955, S. 20 ff.; *Uhlenbruck*, KTS 1981, 513, 515.
- ³⁸ Gleichwohl dümpelt die Quote der Insolvenzverfahren, die durch einen Insolvenzplan erledigt werden, nach wie vor je nach Quelle zwischen 1 % und 2 % aller Verfahren. Berechnungen des IfM Bonn auf Grundlage der Insolvenzstatistik des Statistischen Bundesamts (Stand 2009), http://www.ifm-bonn.org/assets/documents/Insolvenzen+EV+Plaene_1999-2008.pdf.
- ³⁹ *Gessner/Rhode/Strate/Ziegert*, Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, 1978, S. 539.
- ⁴⁰ *Künne* (Fn. 37), § 1 Nr. 2.
- ⁴¹ Über die Häufigkeit solcher Herauskäufe ist dem Autor nichts bekannt.
- ⁴² *Künne* (Fn. 37), § 49 Anm. 3.
- ⁴³ Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung v. 31.7.2009, in Kraft getreten am 5.8.2009, BGBl. I 2009, S. 2512, zum Reformprozess vgl. *Cranshaw*, BKR 2008, 504; *Bredow/Vogel*, ZBB 2008, 221.
- ⁴⁴ Vgl. § 12 Abs. 3 SchVG (alt); nähere Erläuterungen zur Fassung vor der Reform bei *Klerx/Penzlin*, BB 2004, 791; *Penzlin/Klerx*, ZInsO 2004, 311.
- ⁴⁵ Vgl. hierzu *Tashiro/Beissenhertz*, International Corporate Rescue 2007, 171.
- ⁴⁶ *Kuder/Obermüller*, ZInsO 2009, 2025, 2026.
- ⁴⁷ *Kuder/Obermüller*, ZInsO 2009, 2025, 2026.
- ⁴⁸ FK-InsO/*Kohte*, Vorbem. §§ 304 ff. Rn. 2; *Uhlenbruck/Vallender*, InsO, Vorbem. §§ 304 ff. Rn. 1; s. auch *Stephan*, NZI 2006, 671, 672.
- ⁴⁹ FK-InsO/*Kohte*, Vorbem. §§ 304 ff. Rn. 2.
- ⁵⁰ Zu den Personen, die als geeignete Stelle benannt werden können, s. *Buck*, in: Braun, InsO, § 305 Rn. 4.
- ⁵¹ *Lunkenheimer/Zimmermann*, ZVI 2004, 317.
- ⁵² *Uhlenbruck/Vallender* (Fn. 48), § 305 Rn. 9, *Beck/Depré*, Praxis der Insolvenz, S. 1429.
- ⁵³ FK-InsO/*Kohte*, Vorbem. §§ 304 ff. Rn. 7; s. auch *Lunkenheimer/Zimmermann*, ZVI 2004, 317, 318.
- ⁵⁴ *Uhlenbruck/Vallender* (Fn. 48), § 305 Rn. 12, *Beck/Depré* (Fn. 52), S. 1427; interessanterweise verweist FK-InsO/*Kohte*, Vorbem. §§ 304 ff. Rn. 6 als für die Gestaltung des Plans nutzbare Regelung auf die AußerVerglO von *Künne* hin.

- ⁵⁵ Vgl. *Lunkenheimer/Zimmermann*, ZVI 2004, 317, 319; *Uhlenbruck/Vallender* (Fn. 48), § 305 Rn. 5 m.w.N. und Rn. 15 mit Hinweis auf die eng begrenzten Zustimmungsrechte der Finanzbehörden, näher dazu *Gottwald/Schmidt-Räntsch*, *Insolvenzrechts-Handbuch*, § 82 Rn. 14 und *FK-InsO/Kohte*, Vorbem. §§ 304 ff. Rn. 12 ff.
- ⁵⁶ *Uhlenbruck/Vallender* (Fn. 48), § 305 Rn. 5.
- ⁵⁷ Quelle: Statistisches Bundesamt.
- ⁵⁸ *Stephan*, NZI 2006, 671, 672.
- ⁵⁹ *Hofmeister*, ZVI 2003, 12, 13 ff.; *Stephan*, NZI 2006, 671, 672 m.w.N. Das gerichtliche Schuldenbereinigungsverfahren weist demnach nur noch eine Erfolgsquote von 2,45 % auf (2005).
- ⁶⁰ *Uhlenbruck/Vallender* (Fn. 48), § 305 Rn. 12.
- ⁶¹ *Schmidt*, *Privatinsolvenz*, § 3 Rn. 4.
- ⁶² "Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen", BT-Drucks. 16/7416; s. näher hierzu und zur Gesetzgebungsgeschichte *Kießner*, in: *Braun, InsO*, 4. Aufl. 2010, Einf. Rn. 64 ff.; *Uhlenbruck/Vallender* (Fn. 48), § 304 Rn. 18.
- ⁶³ Auch in anderen europäischen Rechtssystemen existieren mehr oder minder ausgefeilte Sanierungsverfahren. So kennt z.B. das schwedische Recht ein Reorganisationsgesetz für Gesellschaften, das ein Reorganisationsverfahren vorsieht, in dem ein Sanierungsplan vom Management unter der Aufsicht eines Treuhänders erarbeitet und umgesetzt werden kann (*Lag om företagsrekonstruktion*, vgl. hierzu *Berger*, *International Corporate Rescue* 2009, 157; zu anderen Sanierungsverfahren z.B. in Italien oder Österreich s. auch *Westphal*, *ZGR* 2010, 385, 412 ff.).
- ⁶⁴ Vgl. die Ausarbeitungen bei *Podewils*, *ZInsO* 2010, 209; *Meyer-Löwy/Poertzgen/Eckhoff*, *ZInsO* 2005, 735; *Gebler*, NZI 2010, 665.
- ⁶⁵ *Meyer-Löwy/Poertzgen/Eckhoff*, *ZInsO* 2005, 735, 736.
- ⁶⁶ Anzumerken sei in diesem Zusammenhang allerdings, dass in jüngster Zeit mit *Lyondell-Basell* und *Almatris international* aufgestellte Konzerne mit ihren deutschen Tochtergesellschaften den Sprung über den Atlantik gewagt haben, um die Konzerne im Rahmen eines Chapter 11-Verfahrens zu sanieren. Bei diesen Verfahren besteht häufig das Problem, dass der Mittelpunkt der wirtschaftlichen Interessen, COMI, dieser Gesellschaften nicht in die USA verlegt werden kann. Damit ist aber die Eröffnung des US-Verfahrens über die deutschen Gesellschaften zumindest in Deutschland nicht anerkennungsfähig, vgl. §§ 343, 3 InsO. Somit läuft ein solches Verfahren in der Praxis auf Deutschland bezogen wie ein außergerichtliches Sanierungsverfahren ab - der Schutz des Automatic Stay des Chapter 11-Verfahrens wirkt nur faktisch, aber nicht rechtlich. Die meisten Gläubiger in solchen Verfahren haben Vermögenswerte in den USA; würden sie entgegen des Automatic Stay auf Vermögenswerte des Schuldners egal wo auf der Welt zugreifen, würde dies einen Contempt of Court darstellen und zu Repressalien der US-Gerichte führen.
- ⁶⁷ Als allgemeine Einführung zum englischen Insolvenzrecht s. *Meyer-Löwy/Poertzgen/de Vries*, *ZInsO* 2005, 293.
- ⁶⁸ S. vertiefend hierzu *Chudzick*, *Schemes of Arrangements mit Gläubigern nach englischem Kapitalgesellschaftsrecht*, Diss. Frankfurt/M., 2005.

- ⁶⁹ S. hierzu Report of the Review Committee, Insolvency Law and Practice, Command Paper 8558 (Cork Report), 198, S. 98; *Cork/Graham*, ZIP 1982, 1275 ff.; *Finch*, Corporate Insolvency Law, S. 325 f.
- ⁷⁰ *Chudzick* (Fn. 68), S. 50.
- ⁷¹ *Finch* (Fn. 69), S. 325 f.
- ⁷² *Finch* (Fn. 69), S. 325.
- ⁷³ *Tolmie*, Corporate and Personal Insolvency Law, S. 173; *Finch* (Fn. 69), S. 325.
- ⁷⁴ *Tolmie* (Fn. 73), S. 172 f.; *Westphal*, ZGR 2010, 385, 408.
- ⁷⁵ *Tolmie* (Fn. 73), S. 173.
- ⁷⁶ *IMO Carwash* [2009] EWHG 2114 (ch).
- ⁷⁷ *Finch* (Fn. 69), S. 325; *Tolmie* (Fn. 73), S. 173.
- ⁷⁸ Für einen umfassenden deutschsprachigen Überblick über das *cva* s. *Windsor/Müller-Seils/Burg*, NZI 2007, 7.
- ⁷⁹ Report of the Review Committee, Insolvency Law and Practice, Command Paper 8558 (Cork Report), 1982.
- ⁸⁰ *Goode*, Principles of Corporate Insolvency Law, 10-106; *Westphal*, ZGR 2010, 385, 405.
- ⁸¹ *Goode* (Fn. 80), 10-106; *Westphal*, ZGR 2010, 385, 405.
- ⁸² *Windsor/Müller-Seils/Burg*, NZI 2007, 7, 11; *Westphal*, ZGR 2010, 385, 406.
- ⁸³ *Westphal*, ZGR 2010, 385, 406, vertiefend *Goode* (Fn. 80), 10-133.
- ⁸⁴ Vgl. MünchKomm-InsO/*Schlegel*, 2. Aufl. 2008, Bd. 3, Anh., Länderbereiche, England und Wales, 3.4.1 [Rn. 28].
- ⁸⁵ *Goode* (Fn. 80), 10-129; *Windsor/Müller-Seils/Burg*, NZI 2007, 7; *Westphal*, ZGR 2010, 385, 406.
- ⁸⁶ *Westphal*, ZGR 2010, 385, 406; *Windsor/Müller-Seils/Burg*, NZI 2007, 7, 8.
- ⁸⁷ *Windsor/Müller-Seils/Burg*, NZI 2007, 7, 8, mit dem Hinweis, dass die Grenze der Ungleichbehandlung bei einer unfairen Benachteiligung (*unfair prejudice*) erreicht ist.
- ⁸⁸ *Windsor/Müller-Seils/Burg*, NZI 2007, 7, 10; *Westphal*, ZGR 2010, 385, 407; zwar haben auch die Gesellschafter über den Plan abzustimmen (einfache Mehrheit reicht), es gilt aber der Vorrang der Gläubigerversammlung, vgl. sec. 4A IA86.
- ⁸⁹ *Windsor/Müller-Seils/Burg*, NZI 2007, 7, 10.

- ⁹⁰ *Windsor/Müller-Seils/Burg*, NZI 2007, 7, 10; *Westphal*, ZGR 2010, 385, 407; s. aber *Goode* (Fn. 80), 10-10-127, mit ausführlicher Diskussion zu nicht gebundenen Gläubigern.
- ⁹¹ DIP = Debtor-in-Possession, aus dem US-amerikanischen entlehnt, steht für die Möglichkeit, auch in der Insolvenz Darlehen aufzunehmen und sie vorrangig besichern zu lassen, um das Verfahren und den Restart finanzieren zu können; vgl. näher hierzu *Mayer/Löwy/Poertzgen-Eckhoff*, ZInsO 2005, 735.
- ⁹² S. allgemein zur Entwicklung des französischen Sanierungsrechts und zu den jüngsten Reformen *Delzant/Ehret*, ZInsO 2009, 990.
- ⁹³ *Dammann*, NZI 2008, 420.
- ⁹⁴ *Delzant/Ehret*, ZInsO 2009, 990, 996; *Westphal*, ZGR 2010, 385, 411; *Dammann*, NZI 2009, 502, 507.
- ⁹⁵ S. zum Ganzen auch *Westphal*, ZGR 2010, 385, 409.
- ⁹⁶ *Dammann*, NZI 2009, 502, 503; *Frind* (ZInsO 2010, 1426, 1429) gibt unter Verweis auf *Kosal* (INDat-Report 4/2010, 16) zwar an, dass lediglich 3 % der französischen Verfahren sauvegarde-Verfahren seien. Schon eine Quote von 3 % Insolvenzverfahren wäre für deutsche Verhältnisse ein gigantischer Fortschritt. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Vorverfahren insgesamt eine Quote von 4,4 % aller Verfahren und bereits 71,4 % der betroffenen Arbeitnehmer umfassen, vgl. *Dammann*, Unterlagen zum Kolloquium BMWi/BMJ, Juni 2010, S. 2.
- ⁹⁷ Das Verfahren ist allerdings auf (juristische) Personen, die einer wirtschaftlichen oder handwerklichen Beschäftigung nachgehen, beschränkt, vgl. Art. L 611-4 Code de Commerce.
- ⁹⁸ Art. L.611-3 Code de Commerce; *Dammann*, NZI 2009, 502, 504.
- ⁹⁹ *Westphal*, ZGR 2010, 385, 409; *Dammann*, NZI 2009, 502, 504.
- ¹⁰⁰ Art. L.1244-1 Code Civil; *Dammann*, NZI 2009, 502, 504.
- ¹⁰¹ *Dammann*, NZI 2009, 502, 504.
- ¹⁰² *Dammann*, NZI 2009, 502, 504.
- ¹⁰³ *Dammann*, NZI 2009, 502, 504.
- ¹⁰⁴ *Dammann*, NZI 2009, 502, 504.
- ¹⁰⁵ *Dammann*, NZI 2009, 502, 504.
- ¹⁰⁶ *Delzant/Ehret*, ZInsO 2009, 990, 992; *Dammann*, NZI 2009, 502, 504.
- ¹⁰⁷ *Dammann*, NZI 2009, 502, 504.
- ¹⁰⁸ *Westphal*, ZGR 2010, 385, 411.

- ¹⁰⁹ *Westphal*, ZGR 2010, 385, 411; *Dammann*, NZI 2009, 502, 505.
- ¹¹⁰ *Delzant/Ehret*, ZInsO 2009, 990, 991; *Westphal*, ZGR 2010, 385, 410; *Dammann*, NZI 2009, 502, 505.
- ¹¹¹ *Dammann*, NZI 2009, 502, 506, der in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass der Verwalter im französischen Insolvenzrecht nicht die gleiche herausragende Stellung inne hat, wie in Deutschland.
- ¹¹² S. vertiefend *Delzant/Ehret*, ZInsO 2009, 990, 992.
- ¹¹³ *Delzant/Ehret*, ZInsO 2009, 990, 994; *Westphal*, ZGR 2010, 385, 411.
- ¹¹⁴ S. hierzu näher *Delzant/Ehret*, ZInsO 2009, 990, 992.
- ¹¹⁵ Art. R.626-52 Code de Commerce.
- ¹¹⁶ Die nicht einem der Gläubigerausschüsse angehörigen Gläubiger werden weiterhin einzeln zum Planentwurf befragt. Ihnen gegenüber können bei Ablehnung lediglich einheitliche Zahlungsziele durchgesetzt werden.
- ¹¹⁷ Art. L.626-30 Code de Commerce.
- ¹¹⁸ Art. L.626-32 Code de Commerce.
- ¹¹⁹ *Delzant/Ehret*, ZInsO 2009, 990, 994; *Westphal*, ZGR 2010, 385, 411; *Dammann*, NZI 2009, 502, 506.
- ¹²⁰ *Dammann*, NZI 2009, 502, 506.
- ¹²¹ *Westphal*, ZGR 2010, 385, 411; s. auch *Dammann* (Fn. 96), S. 10.
- ¹²² Art. L 626-31 des Code de Commerce.
- ¹²³ *Delzant/Ehret*, ZInsO 2009, 990, 992.
- ¹²⁴ Vgl. § 1 InsO; so auch *Uhlenbruck/Pape*, InsO, § 1 Rn. 1. S. zur Entwicklungsgeschichte hin zum Sanierungsverfahren die instruktive Übersicht bei *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 10. Aufl. 1986, Vorbem. Rn. 13 ff. m. zahl. w.N.
- ¹²⁵ *Uhlenbruck* (Fn. 33), S. 154 m.w.N.
- ¹²⁶ Zwar wird auch hier nicht vertreten, dass sanieren *stets* besser sei, als zerschlagen (so aber wohl die noch bei Einsetzung der Reformkommission für Insolvenzrecht vorherrschende Prämisse, vgl. *Uhlenbruck* [Fn. 33], S. 154 m.w.N.), aber eine Erweiterung des Blickwinkels - sprich die Berücksichtigung anderer als der pekuniären Interessen der Gläubiger - auf weitere Ziele führt zur Erkenntnis, dass zumindest *manchmal* sanieren besser ist als zerschlagen. So wird dem Erhalt von Arbeitsplätzen nicht nur im Koalitionsvertrag der schwarz-gelben Bundesregierung ein eigenständiger Wert beigemessen, sondern auch z.B. im französischen Sanierungsrecht.
- ¹²⁷ *Kießner* (Fn. 62), § 1 Rn. 3; andere Rechtssysteme verfolgen auch in der Insolvenz den Grundsatz der Vorrangigkeit

Gläubigerbefriedigung nicht so rigoros, wie das deutsche Recht. So haben z.B. irische Gerichte in letzter Zeit den Fokus auch in der Insolvenz mehr und mehr auf die Sanierung des insolventen Unternehmens gerichtet, s. *Re Birchport Ltd*, Irish High Court, 2008, zitiert in *Mansfield*, *Insolvency and Restructuring International* [2010] 4, S. 40 ff.; vgl. auch *Beissenhirtz*, FS Braun, S. 184 zur Kategorisierung von Insolvenzsystemen.

- ¹²⁸ Bereits in der 6. Aufl. seiner Außergerichtlichen VerglO von 1955 konstatiert *Künne* trocken, dass "irgendwelche Statistiken über die Zahl der außergerichtlichen Vergleiche [nicht vorliegen]". Auch heute ist es schwer, relevantes statistisches Material zu finden, vgl. *Geldmacher*, ZInsO 2010, 696, 697; s. zum außergerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahren *Hofmeister*, ZVI 2003, 12 ff.
- ¹²⁹ *Bußhardt*, in: Braun, (Fn. 50), § 18 Rn. 8 m.w.N.
- ¹³⁰ *Jacoby*, ZGR 2010, 359, 375.
- ¹³¹ *Bork*, ZIP 2010, 397, 405; *Jaffé/Friedrich*, ZIP 2008, 1849, 1857.
- ¹³² Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), Art. 1: Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten (Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz - KredReorgG), BT Drucks. 17/3024, (elektronische Vorabfassung).
- ¹³³ Das sind sie i.Ü. auch nicht für die vorgesehene Zuständigkeit für Bankenrestrukturierungen, aber das ist ein anderes Thema.
- ¹³⁴ *Finch* (Fn. 69), S. 157 ff.
- ¹³⁵ Hierbei kann es sich auch um eine Teilgruppe der Gläubiger, z.B. ausschließlich die kreditgebenden Finanzinstitute sein, wenn sie sich (wie nicht selten) einig sind, dass sie selber den "Haircut" schultern werden.
- ¹³⁶ Der Einfachheit halber soll hier von einem Moratorium ein Vollstreckungsverbot wie auch eine Stundung zur Verhinderung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit wie auch sonstige Maßnahmen der Verhinderung der Gefährdung des Sanierungserfolges umfasst sein. Auch sollte hiervon umfasst sein das Verbot der Insolvenzantragstellung durch einen Gläubiger.
- ¹³⁷ S. zur Diskussion u.a. *Wilmowsky*, ZIP 2007, 553; *Adam*, DZWIR 2005, 1.
- ¹³⁸ S. zur Diskussion auch *Westphal*, ZGR 2010, 385, 427 f.
- ¹³⁹ BGH, Urt. v. 12.12.1991 - IX ZR 178/91, NJW 1992, 967, 968 ff = LNR 1991, 14272.
- ¹⁴⁰ *Westphal*, ZGR 2010, 385, 428.
- ¹⁴¹ A.A. augenscheinlich *Westphal*, ZGR 2010, 385, 397 f.
- ¹⁴² BGH, Urt. v. 20.3.1995 - II ZR 205/94, NJW 1995, 1739 = LNR 1995, 15559.
- ¹⁴³ BGH, Urt. v. 19.10.2009 - II ZR 240/08, ZInsO 2010, 595.
- ¹⁴⁴ So auch *Jaffé/Friedrich*, ZIP 2008, 1849, 1857, *Westphal*, ZGR 2010, 385, 416.

¹⁴⁵ S. zuvor unter III. 2. b) cc) *procédure de sauvegarde*.

¹⁴⁶ *Eidenmüller*, ZIP 2010, 649, 653.

¹⁴⁷ *Eidenmüller*, ZIP 2010, 649, 651 f.

¹⁴⁸ So schon *Maus*, ZIP 2002, 589.

¹⁴⁹ *Bauer*, ZInsO 2010, 1432, 1436; *Jungclaus/Keller*, NZI 2010, 808, 809.

¹⁵⁰ S. Haushaltsbegleitgesetz 2010 (<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/030/1703030.pdf>), Art. 3.

¹⁵¹ *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, 13. Aufl. 2010, § 19 Rn. 1.

¹⁵² So existiert in Frankreich nur der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit (*cessation des paiements*), nicht aber der der Überschuldung (vgl. *Dammann*, NZI 2009, 502, 503) und im englischen Recht ist die Überschuldung lediglich ein Unterfall der Zahlungsunfähigkeit, vgl. sec. 123 IA 86, *Beissenhirtz*, Die Insolvenzanfechtung in Deutschland und England, 2003, S. 228.