DER BETRIEB

Exklusiv: Handelsblatt-News und News-Archiv Online

13
Seite 681 - 736
2. April 2010
63. Jahrgang
www.der-betrieb.de

Betriebswirtschaft

Prof. Dr. Axel Haller / Matthias Froschhammer / Tobias Groß
Die Bilanzierung von Entwicklungskosten nach IFRS bei deutschen börsennotierten Unternehmen – Eine empirische Analyse ›681

Beilage 3/2010

Wissenschaftlicher Beirat Ernst & Young Gruppe Umsatzsteuer
Rechtsprechungsreport zur Umsatzsteuer

Gastkommentar

MinR Dr. Hans-Werner Neye
Neues vom Umwandlungsrecht

Steuerrecht

WP/StB Prof. Dr. Norbert Herzig / Bernhard Liekenbrock
Zum EBITDA-Vortrag der Zinsschranke ›690

WP/StB Dr. Martin Lenz / Dr. Gabriele Rautenstrauch
Die neue Öffnungsklausel bei der Funktionsverlagerung in § 1 Abs. 3 Satz 10 Hs. 2 AStG ›696

OFD Betriebsstätteneigenschaft bei vermietetem Betriebsvermögen ›700

FinMin. Verrechnung der Sondervorauszahlung nach § 47 UStDV ›702

BFH mit Anm. von RiBFH Karin Heger Keine Rückstellungen für Sanierungsgelder ›703

BVerfG Verfassungsmäßigkeit der Zweitwohnungsteuer ›712

Wirtschaftsrecht

RA Philipp von Braunschweig
Vendor Loan, Rückbeteiligung und Earn-Out als aktuelle Finanzierungsalternativen bei Buy-Outs ›713

BGH Statutarische Ermächtigung des Versammlungsleiters zur Beschränkung des Frage- und Rederechts der Aktionäre in der Hauptversammlung ›718

OLG Haftung des Geschäftsführers wegen Zahlungen der insolvenzreifen GmbH ›722

OLG Anforderungen an Versicherung des Geschäftsführers, dass keine Bestellungshindernisse vorliegen ›725

OLG Einreichung der geänderten Gesellschafterliste zum Handelsregister ›727

Arbeitsrecht

RA Matthias Füssel
Rentenversicherungspflicht von Rechtsreferendaren in der Anwalts- und Wahlstation ›728

BAG Unklarheitenregelung wirkt gegen Freiwilligkeitsvorbehalt ›730

BAG Elternzeit: Anspruch auf Verringerung und Neuverteilung der Arbeitszeit – Entgegenstehende dringende betriebliche Gründe ›731

BAG Erfordernis einer Abmahnung bei verhaltensbedingter Kündigung ›733

BAG Kosten der Betriebsratswahl (hier: Rechtsanwaltsvergütung für die Beratung des Wahlvorstands) – Erfordernis vorheriger Vereinbarung ›734

Standpunkte
- Pro & Contra zum vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren -
Diskutiert von Prof. Dr. Hirte, Prof. Dr. Dres. h.c. Schmidt, Prof. Dr. Jacoby und RA Prof. Dr. Strei

FACHVERLAG
Verlagsgruppe Handelsblatt

Erfolgreiche Sanierung – am besten vor der Insolvenz

▸ DB0348797

RA Prof. Dr. Georg Streit, Partner bei Heuking Kühn Lüer Wojtek, München

In ihrem Koalitionsvertrag vom 26. 10. 2009 haben sich die Regierungsparteien darauf verständigt, die rechtlichen Rahmenbedingungen für eine außergerichtliche Sanierung von Unternehmen in der Krise zu schaffen. Dort heißt es: „Wir wollen die Restrukturierung und Fortführung von sanierungsfähigen Unternehmen erleichtern und damit den Erhalt von Arbeitsplätzen ermöglichen. Hierzu gehört es, die rechtlichen Rahmenbedingungen für außergerichtliche Sanierungsverfahren für Unternehmen im Vorfeld einer drohenden Insolvenz zu verbessern."

Brauchen wir tatsächlich ein Verfahren zur Sanierung von Unternehmen außerhalb des gerichtlichen Insolvenzverfahrens? Die Frage ist vor dem Hintergrund der Wirtschafts- und Finanzkrise und den in diesem Jahr zu erwartenden deutlich zunehmenden Ausfällen im Mittelstand von großer Aktualität.

Fallstudie legt Problembereiche offen

Der Antwort sei folgender, hier gekürzt skizzierter Fall vorangestellt: Eine börsennotierte Aktiengesellschaft hat das Vertrauen der Banken verloren. Die Kreditlinien werden eingefroren. Über Monate erfolgt weder eine Information an den Kapitalmarkt, noch wird ein Insolvenzantrag gestellt. Vorstand und Aufsichtsrat verharren gleichsam in Schockstarre und hoffen auf die Rettung durch einen Konkurrenten. Der prüft in Ruhe die Bücher, um sodann unannehmbare Bedingungen zu stellen. Erst der deutlich nach Sistierung der Kreditlinien informierte größte Einzelaktionär drängt auf die Vorbereitung einer Eigenverwaltung durch Berufung eines erfahrenen Sanierers in den Vorstand. Seine Aufgabe soll es sein, als CRO einen Insolvenzplan zur Rettung der AG in Eigenverwaltung vorzubereiten. Als die Bestellung erfolgt und das Mandat an eine renommierte Sanierungsberatung zur eiligen Vorbereitung des Insolvenzplans erteilt werden soll, stellen die Vorstände den Insolvenzantrag. Das in der süddeutschen Provinz ansässige Insolvenzgericht bestellt eine „seiner" lokalen Größen zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt. Dieser hat noch nie ein Verfahren über das Vermögen einer börsennotierten AG in seiner Verwaltung gehabt. Er nutzt den Zustimmungsvorbehalt, um die Vergütung des CRO und der Sanierungsberater zu blockieren. Sodann verkauft er unmittelbar mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Unternehmen an den Wettbewerber, der schon vor Antragstellung im Hause gewesen war. Bei dem Veräußerungsprozess lässt er sich von den Anwälten beraten, die vorher bereits den Vorstand bis hin zu der Insolvenzantragstellung mit der Folge seiner Bestellung begleitet hatten. Den börsennotierten Rechtsträger liquidiert er.

Der Fall beleuchtet beispielhaft nicht nur Schwächen des geltenden Insolvenzrechts, sondern insbesondere auch Defizite in seiner Handhabung. Börsennotierten Unternehmen wird in aller Regel ein höherer Wert beigemessen als im Übrigen vergleichbaren nicht notierten Unternehmen. Im vorstehend geschilderten Fall wurde der börsennotierte Rechtsträger zerschlagen, obwohl mittels Kapitalschnitt nebst Kapitalerhöhung zur Dotierung eines Insolvenzplans ein besseres Ergebnis für Gläubiger, Aktionäre, Arbeitnehmer und den Markt des Unternehmens erreichbar gewesen wäre. Aufgrund der Möglichkeit eines Exits über die Börse und der Fungibilität des Investments hätten sich interessierte Investoren bei Erhaltung des Rechtsträgers mittels eines Sanierungsplans zu höheren Angeboten für das Unternehmen der insolventen börsennotierten AG bereitgefunden als der durch den Vorstand bereits vor der Insolvenzantragstellung ins Haus geholte Wettbewerber. Der höhere Erlös hätte zu einer höheren Befriedigungsquote der Insolvenzgläubiger geführt. Diese wäre wegen der kürzeren Dauer eines Insolvenzplanverfahrens (Ende mit Bestätigung des Insolvenzplans) auch schneller ausgezahlt worden. Bei Erhaltung des Rechtsträgers mittels Insolvenzplan wären mangels Eingliederung in das Unternehmen des Wettbewerbers auch weniger Arbeitsplätze entfallen. Die Aktionäre hätten zwar durch die Sanierungskapitalerhöhung mit Kapitalschnitt und Bezugsrechtsausschluss eine Verwässerung ihrer Anteilsquote hinnehmen müssen. Aufgrund Nutzung des hereingeholten Kapitals zur Erledigung der übermäßigen Finanzverbindlichkeiten des Unternehmens hätten die Anteile sodann aber an einem sanierten Rechtsträger bestanden. Tatsächlich haben die Gläubiger viel, die Aktionäre alles und zahlreiche Mitarbeiter ihre Arbeitsplätze verloren. Die mit der Insolvenzordnung 1999 Gesetz gewordenen Institute Insolvenzplan und Eigenverwaltung drängten sich wegen der Börsenzulassung und der Berufung eines erfahrenen CRO zum Vorstand auf. Sie sind dennoch einmal mehr nicht zum Zuge gekommen.

Neuerungen sind dringend erforderlich

Der vorstehende Fall zeigt, dass die deutsche Restrukturierungs- und Insolvenzpraxis dringend Neuerungen benötigt. Die Interessen aller Stakeholder haben gelitten. Der Insolvenzverwalter konnte sich durch die Blockade der Eigenverwaltung und des Insolvenzplans ein lukratives Verfahren verschaffen. Dabei vermied er durch die rasche Veräußerung des Unternehmens jegliche Risiken einer Fortführung im eröffneten Insolvenzverfahren und sicherte sich die Zustimmung des zum Teil insolvenzrechtlich unerfahren besetzten Gläubigerausschusses, den er sich von „seinem" Insolvenzrichter hatte bestellen lassen. Die Gläubigerversammlung hatte über nichts mehr zu entscheiden, insbesondere nicht über den ursprünglich angestrebten Insolvenzplan. Die Anwälte, die trotz eindeutiger Existenzgefährdung ihrer börsennotierten Mandantin die Vorbereitung eines Insolvenzplans unterließen, haben trotz dieses Versagens und der Insolvenz anschließend an der Veräußerung des Unterneh-

mens ihrer Mandantin noch verdient. Der Vorstand profitiert davon, dass eine Aufarbeitung seines Verhaltens nicht mehr erfolgen wird, nachdem zum Beispiel eine Sonderprüfung gem. § 142 AktG durch die Zerschlagung der AG faktisch nicht mehr möglich ist.

Verwalterbestellung, Stärkung von Eigenverwaltung und Insolvenzplan

Die Institute der Eigenverwaltung und des Insolvenzplans müssen gestärkt werden. Falls ein Schuldner bei der Insolvenzantragstellung Eigenverwaltung beantragt, so muss diese außer im Ausnahmefall der Unredlichkeit durch das Insolvenzgericht angeordnet und eine angemessene Vergütung des CRO und kompetenter Sanierungsberater – wenn es um einen Insolvenzplan geht und dieser nicht erweislich aussichtslos ist – freigegeben werden. Wird keine Eigenverwaltung beantragt, müssen Gesellschafter und Management gemeinsam mit den wichtigsten Gläubigern über die Auswahl eines geeigneten vorläufigen Insolvenzverwalters bestimmen können. Der aus Proporzdenken, Dankbarkeit wegen der Erledigung unattraktiver Kleinverfahren und lokaler Verbundenheit motivierten Betrauung von Insolvenzverwaltern mit Verfahren, denen sie nicht gewachsen sind, ist entgegenzuwirken. Über Insolvenzpläne muss schneller und einfacher beschlossen werden können. Notfalls muss das Eröffnungsverfahren verkürzt und die dreimonatige Inanspruchnahme von Insolvenzgeld auch für Zeiten nach dem Eröffnungsbeschluss möglich sein.

Vorinsolvenzliches Restrukturierungsverfahren wäre sinnvoll

Daneben sollte auch ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren geschaffen werden. Eine Insolvenz bedeutet aufgrund ihrer Stigmatisierung den Verlust von Werten. Goodwill, Firma und Marken leiden. Eine Restrukturierung ohne förmliches Insolvenzverfahren ist daher fast immer vorzugswürdig. Natürlich können Moratorien („Standstill"), Forderungsverzichte („Haircut") sowie ein Tausch von Verbindlichkeiten in Eigenkapital („Debt-Equity-Swap") zur finanziellen Restrukturierung eines Unternehmens auch ohne einen besonderen Regelungsrahmen vereinbart werden. In der Praxis ist dies aber bisher ausgesprochen schwierig. Einzelne Gläubiger und Gesellschafter nutzen die Unternehmenskrise häufig dazu, sich aufgrund des Erfordernisses ihrer Mitwirkung Vorteile zu Lasten anderer zu verschaffen. Ein vorinsolvenzliches Restrukturierungsverfahren sollte daher die Diskretion und Flexibilität der bereits jetzt möglichen vertraglichen Restrukturierung mit einem Regelungsrahmen verbinden, der einfache und schnelle Abläufe unter Überwindung obstruktiven Widerstands einzelner Gläubiger und Gesellschafter ermöglicht. Dies funktioniert. Details sprengen vorliegend den Rahmen. Festzuhalten ist aber, dass z. B. mit der französischem procédure de conciliation und dem englischen company voluntary agreement im Ausland erfolgreiche außerinsolvenzliche Restrukturierungsverfahren praktiziert werden. Diese weisen eine geringe Publizität und Rufschädigung des in Schwierigkeiten befindlichen Unternehmens sowie die nötige Flexibilität auf.

Einzelheiten eines vorinsolvenzlichen Restrukturierungsverfahrens

Das anzustrebende Restrukturierungsverfahren sollte von den Insolvenzverfahren gemäß der InsO mit ihren Nachteilen in Bezug auf das Standing des Unternehmens abgegrenzt werden. Nur der Insolvenzschuldner sollte das vorinsolvenzliche Restrukturierungsverfahren einleiten können, soweit nachweislich Restrukturierungsbedarf, aber (noch) keine Insolvenzreife vorliegt. Sobald Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eintreten, kommen die Verfahren der InsO zum Zug. Die Möglichkeit eines auch für den Schuldner attraktiven Restrukturierungsverfahrens sollte gleichsam die Prämie für frühes Handeln sein und so durch die Vermeidung von Insolvenzverfahren auch für die Gläubiger bessere Ergebnisse ermöglichen. Die missbräuchliche Nutzung des vorinsolvenzlichen Restrukturierungsverfahrens muss ausgeschlossen sein. Antragsvoraussetzung sollte daher einerseits ähnlich § 18 InsO eine drohende Zahlungsunfähigkeit bzw. eine vorgelagerte mögliche Zahlungsunfähigkeit oder andererseits drohende Überschuldung bzw. eine nachhaltige und bedrohliche Verlustsituation sein. Das eingeleitete Verfahren sollte die Möglichkeit der Anordnung eines Moratoriums durch das Gericht vorsehen, um dem Schuldner auf Antrag die Zeit zu verschaffen, einen Restrukturierungsplan zu erarbeiten und umzusetzen. Für die Annahme des Restrukturierungsplans sollten qualifizierte Mehrheiten vorgesehen sein, bei deren Erreichung auch überstimmte Gläubiger und Gesellschafter an den Restrukturierungsplan und die dort vorgesehenen Eingriffe gebunden sein sollten, soweit diese verhältnismäßig und die Lasten fair verteilt sind.

Ein diese Elemente vorsehendes Restrukturierungsverfahren wäre für in Schwierigkeiten befindliche Unternehmen und Gläubiger gleichermaßen interessant. Aufgrund der fortbestehenden Kontrolle durch Management und Gesellschaftermehrheit wäre eine gegenüber dem Insolvenzantrag regelmäßig frühere Beantragung des Restrukturierungsverfahrens zu erwarten. Durch befristete Moratorien würde der Schuldner Zeit gewinnen, seine Situation und die Schritte zur Sanierung gegenüber den Gläubigern zu erläutern und mehrheitsfähige Lösungen unter Hinzuziehung eines Sanierungsberaters zu erarbeiten. Auch die Gläubiger würden von der frühen Verfahrenseinleitung mit Einschaltung erfahrener Sanierungsberater profitieren. Es wären mehr erfolgreiche Sanierungen anstelle der aktuell häufig bis zum Zusammenbruch mit nur noch geringsten Quoten für die Gläubiger hinausgezögerten Insolvenzen zu erwarten.

Änderungsvorschläge sind zu begrüßen

Es ist wahrscheinlich, dass bei Verfügbarkeit eines vorinsolvenzlichen Restrukturierungsverfahrens der Ausgangsfall anders verlaufen wäre. Der Vorstand und seine anwaltlichen Berater hätten nicht bis zum Schluss „den Kopf in den Sand gesteckt." Bei Einfrierung der Kreditlinien hätten sie noch vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit die attraktive Möglichkeit zur Erlangung eines Moratoriums im Rahmen des außerinsolvenzlichen Restrukturierungsverfahrens genutzt. Der Zeitgewinn mit Aufarbeitung der Situation durch Sanierungsberater und Einberufung einer Hauptversammlung zum Beschluss über die notwendigen Kapitalmaßnahmen hätte einen fairen Ausgleich mit den Gläubigern ermöglicht.

Das von der Bundesjustizministerin am 18. 3. 2010 auf dem 7. Deutschen Insolvenzrechtstag in Berlin bestätigte Vorhaben der Regierungskoalition zur Erleichterung der Restrukturierung von Unternehmen durch ein vorinsolvenzliches Restrukturierungsverfahren ist uneingeschränkt zu begrüßen. Gleiches gilt für die beabsichtigte Stärkung der Eigenverwaltung und des Insolvenzplans.

Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren – Chancen und Hürden bei dessen Umsetzung!

In der Diskussion mit Prof. Dr. Heribert Hirte LL.M. (Berkeley), Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt, Prof. Dr. Florian Jacoby und RA Prof. Dr. Georg Streit

Brauchen wir ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren?

▸ DB0348677

Prof. Dr. Heribert Hirte LL.M. (Berkeley), Universität Hamburg

Die Antwort auf diese plakative Frage hängt stark davon ab, was darunter verstanden werden soll. Ist damit ein formelles, womöglich noch gerichtsgesteuertes Verfahren gemeint, das dem eigentlichen Verfahren vorgeschaltet werden soll, vergleichbar etwa dem (gerichtlichen) Schuldenbereinigungsverfahren bei Verbraucherinsolvenzen, ist die Antwort eindeutig nein. Denn einmal würde ein solches Verfahren kaum das Stigma beseitigen können, das mit einer Insolvenz in Deutschland verbunden ist. Dass eine bloße Änderung des Namens hier nicht weiterhilft, hat der – insoweit wenig erfolgreiche – Wechsel von der *Konkurs-* zur *Insolvenz*ordnung gezeigt. Zum Zweiten: Wenn mit einem solchen Verfahren eine Vollstreckungssperre nach dem Vorbild von § 89 InsO verbunden wäre, würde es sich um eine – mindestens vorläufige, aber durchaus nicht unerhebliche – Sozialisierung von Verlusten handeln, die die Gläubiger der zu sanierenden Gesellschaft kaum bereit sein werden hinzunehmen. Zudem würde die Einführung eines weiteren formell richterlichen Verfahrens das deutsche Insolvenzrecht noch behäbiger und schwerfälliger machen, als es durch die Ansiedlung der Verfahren bei den Insolvenzgerichten ohnehin schon ist.

Schließlich sollte der gesetzgeberische Aufwand für die Schaffung eines vollständig neuen Insolvenzverfahrens nicht unterschätzt werden, da letztlich jeder Regelungsaspekt im geltenden Insolvenzrecht auch einer Regelung in einem neuen Sanierungsgesetz bedürfte und zudem auch das Verhältnis beider Verfahren zueinander gelöst werden müsste.

Es kann daher nur darum gehen, den Geschäftsleitern einer in Bedrängnis geratenen Gesellschaft *zusätzliche* Instrumente an die Hand zu geben, mit deren Hilfe ihnen ermöglicht wird, eine sinnvolle Sanierung vor formeller Eröffnung eines Insolvenzverfahrens durchzuführen. Eine erfolgreiche Sanierung scheitert gegenwärtig häufig daran, dass den Geschäftsleitern bei Eintritt der Krise keine ausreichenden Wege zur Verfügung stehen, schnell, zielgerichtet und unter Ausschluss der Öffentlichkeit zu handeln. Wird erst durch die Antragstellung ein Sanierungsverfahren eingeleitet, so dauert es seine Zeit, bis sich ein bestellter Sachverständiger eingearbeitet hat und in der Lage ist, die richtigen Sanierungsmaßnahmen zu ergreifen. Vor allem wird es häufig schon allein durch die Antragstellung zu einer Zerschlagung von Werten kommen: Die Dinge liegen ähnlich wie bei manchen Verfahren der ärztlichen Todesfeststellung, bei denen nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Patient, wenn er nicht schon tot war, jedenfalls durch die Untersuchung stirbt. Daher kommt auch das Insolvenzplanverfahren in seiner jetzigen Ausgestaltung zu häufig spät.

Den Blick auf das Gesellschaftsrecht stärken

Ausgangspunkt einer vorinsolvenzlichen Sanierung sollte vielmehr eine stärkere Orientierung an bewährten gesellschaftsrechtlichen Regelungsmechanismen sein. Denn der insolvenzmäßigen Abwicklung von Gesellschaften liegt ein regulatorischer Ansatz zugrunde, der in anderen Bereichen des Gesellschaftsrechts (so) nicht mehr als zeitgemäß angesehen wird.

So sind die Gerichte beispielsweise gesellschaftsrechtlich während Gründung und Bestand einer Gesellschaft auf eine Missbrauchskontrolle beschränkt, und es liegen alle relevanten Entscheidungen in den Händen der Gesellschafter und der Geschäftsleiter. Insbesondere gibt es keine staatliche Kontrolle hinsichtlich der Person der Unternehmensleiter. Mit Eintritt der materiellen Insolvenz haben die Gesellschafter ihr Recht zur Einflussnahme auf die Gesellschaft zwar verspielt. Aber: Warum sollte das grundsätzliche Recht auf Selbstbestimmung seitens der Betroffenen nicht auch in der Krise weiter möglich sein

– dann aber zugunsten der Gläubiger? Denn im Falle der bei den großen Gesellschaften üblichen Fremdorganschaft sind auch die vorhandenen Geschäftsleiter – genau wie ein zu bestellender Insolvenzverwalter – nur Vertreter, die fremdes Vermögen verwalten. Mit der Insolvenz ändert sich eigentlich nur die Ausrichtung ihrer Pflichten: Von nun an sind für die Geschäftsleiter die Interessen der Gläubiger vorrangig vor denen der Eigentümer.

Die Rspr. hat diesen – wenn man so will: bloßen – Adressatenwechsel schon auf der Grundlage des geltenden Gesellschaftsrechts im Zusammenhang mit den an die Geschäftsleiter gerichteten Zahlungsverboten der § 64 (früher Abs. 2) GmbHG und § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG i. V. mit § 92 Abs. 2 (früher Abs. 3) AktG mehrfach akzentuiert. Der Konflikt, der die Einsetzung eines neutralen Fremdverwalters erforderlich macht, besteht daher jedenfalls bei großen und von Fremdgeschäftsführern gesteuerten Gesellschaften nicht (oder jedenfalls nicht zwingend).

Deshalb bedarf es in der Insolvenz einer KapGes. grds. weder eines gerichtlichen Beschlusses über die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, noch ist die Einsetzung eines Fremdverwalters erforderlich. Ausreichend ist, dass sich mit Eintritt der materiellen Insolvenz die Pflichtenbindung der Gesellschaftsorgane ändert: Sie „dienen" von diesem Zeitpunkt an nicht mehr den Gesellschaftern, sondern den Gläubigern, wie sich das jetzt schon aus § 64 (früher Abs. 2) GmbHG und § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG i. V. mit § 92 Abs. 2 (früher Abs. 3) AktG ergibt.

D. h., dass wir jedenfalls bei den nicht eigentümergesteuerten Gesellschaften (erst einmal) auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens verzichten können, wenn in den Augen der Geschäftsleiter und nach entsprechender Prüfung realistische Sanierungschancen bestehen. Die fristgebundene und strafbewehrte Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleiter ist – da „Sanierungsbremse" – vor diesem Hintergrund abzuschaffen. Denn auch jetzt schon führt die zwingende Insolvenzantragspflicht keineswegs zu tatsächlich früheren Insolvenzanträgen, sondern nur bzw. in erster Linie dazu, dass Sanktionen wegen der Nicht-Beachtung der Pflicht verhängt werden. Zugleich sind aber die Möglichkeiten der Gläubiger, Insolvenzantrag zu stellen, auszubauen; das beinhaltet eine Abschaffung des für dritte Gläubiger ohnehin praktisch nicht erkennbaren Insolvenzgrundes der Überschuldung.

Es gilt: Die entscheidende Steuerungswirkung hat ein auf den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit beschränktes Fremdantragsrecht. Damit kann bei sanierungsfähigen Gesellschaften nach sorgfältiger Abwägung durch die Geschäftsleiter der Insolvenzantrag hinausgeschoben werden, während bei nicht mehr sanierungsfähigen Gesellschaften die Gläubiger dafür sorgen werden, dass „überlange Sanierungsversuche" auf Kosten der Gläubiger unterbunden und die Gesellschaften eher früher als derzeit in die Insolvenz gezwungen werden.

Eigenverwaltung sollte Regelfall sein

Kommt es noch zu einem Insolvenzverfahren, führt die befürwortete Übertragung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze dazu, dass jedenfalls bei den großen fremdgesteuerten Gesellschaften die Geschäftsleitung im Zweifel im Amt bleibt. Die Eigenverwaltung nach den §§ 270 ff. InsO ist hier daher zum gesetzlichen Regelfall zu machen, nicht nur zum zu begründenden Ausnahmefall. „Gesellschaftsrechtliche" Grundsätze gelten aber auch für die Bestellung des Insolvenzverwalters als eines „Vertreters der Gläubiger", nämlich: Es ist (allein) Angelegenheit der Gläubiger, über die Person eines etwaigen Insolvenzverwalters zu entscheiden. Staatliche Vorgaben für dessen Auswahl sind grds. verzichtbar.

Der entscheidende Sanierungsprozess kann (und soll) daher schon vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stattfinden, wobei es durchaus richtig ist, wenn einige (Groß-)Gläubiger ihr gestärktes Insolvenzantragsrecht dazu nutzen, Sanierungen der Gesellschaft zu erzwingen. Wenn die durchzuführenden Sanierungsmaßnahmen aber im gemeinsamen Interesse aller Gläubiger liegen, können die zunächst nur unverbindlichen Absprachen zwischen Gläubigern und Gesellschaft im Nachhinein in einem (vor allem zu diesem Zweck noch zu eröffnenden) Insolvenzverfahren „ratifiziert" werden, wenn sie von einer Gläubigermehrheit verabredet waren: Das Gericht kann zudem Sanierungsmaßnahmen, die in der Phase der materiellen Insolvenz von einer Gläubigermehrheit beschlossen wurden, für alle Gläubiger für verbindlich erklären.

Die zum Zwecke der Sanierung eingeräumte Freiheit kann freilich auch zugunsten einzelner Gläubiger missbraucht werden. Das ist so lange nicht weiter wichtig, als die Sanierung tatsächlich und nachhaltig erfolgreich ist. Kommt es aber doch zu einer gerichtlich eröffneten Insolvenz, können die Geschäfte, die in Angesicht der Insolvenz durchgeführt wurden, der Insolvenzanfechtung unterliegen. Dafür aber muss einheitlich und verbindlich festgestellt werden, wann dieser Zeitpunkt eingetreten war: Kernaufgabe des Gerichts muss es sein, für etwaige Streitigkeiten den Zeitpunkt des Eintritts der materiellen Insolvenz für alle Beteiligten in einem kollektiven Verfahren verbindlich festzulegen.

Sowohl im herkömmlichen Insolvenzplanverfahren wie bei der hier vorgeschlagenen Ratifikationsmöglichkeit vorinsolvenzlich beschlossener Sanierungsmaßnahmen muss verhindert werden, dass einzelne Gläubiger die Sanierung blockieren können. Lösungen könnten sich insoweit an den in den letzten Jahren vielfach ausgebauten Mechanismen des Gesellschaftsrechts orientieren, mit denen der Blockadewirkung gesellschaftsrechtlicher Anfechtungsklagen begegnet werden sollte. Daher können bei der Behandlung von „Akkordstörern" im Insolvenzverfahren das aktienrechtliche Spruchverfahren und die Neuregelung des Unbedenklichkeitsverfahrens durch das ARUG als Vorbild für einen stärker vermögensbezogenen Gläubigerschutz dienen.

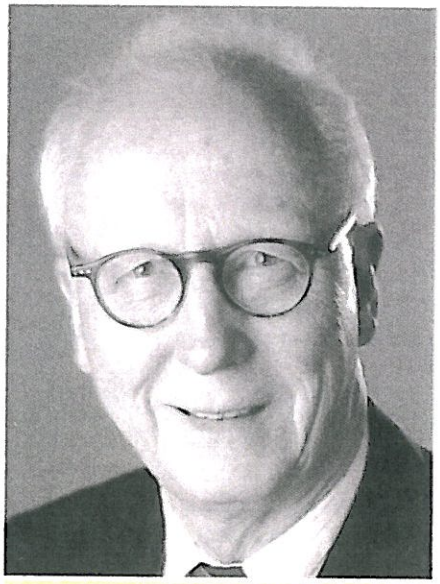
Sanierungsinstrumente praxistauglich ausbauen

Ausreichend und erforderlich ist mithin, dass die vorhandenen insolvenz- und gesellschaftsrechtlichen Instrumente so umgebaut werden, dass die Gläubigermitbestimmung gestärkt wird, den Geschäftsleitern die Rechtsmacht eingeräumt wird, ein Sanierungsverfahren auch gegen den Willen einzelner Gläubiger durchzusetzen und die gerichtliche Tätigkeit auf eine Missbrauchskontrolle beschränkt wird. Insbesondere haben die Geschäftsleiter ab dem Zeitpunkt der (drohenden) Insolvenz ihre Geschäftsführung nicht mehr an den Interessen der Gesellschafter, sondern an denen der Gläubiger auszurichten. Zudem sollte – jedenfalls bei großen und fremdgesteuerten Gesellschaften – auf die Insolvenzantragspflicht und die förmliche Verfahrenseröffnung durch das Gericht (zunächst) verzichtet werden; das Fremdantragsrecht sollte andererseits gestärkt werden. In der Phase vor einer Insolvenzeröffnung von einer Gläubigermehrheit im Einvernehmen mit der Gesellschaft beschlossene Maßnahmen sollten schließlich durch „Ratifikation" seitens des Gerichts auf alle Gläubiger erstreckt werden können.

Besinnung auf die Stärken der InsO und der freien Sanierung

Von einem vorgezogenen staatlichen Sanierungsverfahren ist abzuraten!

▸ DB0348471



Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt, Präsident der Bucerius Law School in Hamburg

Wer über die Vor- oder Nachteile eines der Insolvenz vorgelagerten gesetzlichen Sanierungsverfahrens nachdenkt, wird sich als erstes darüber Klarheit verschaffen müssen, ob es dergleichen schon gibt oder gab.

Bis vor einem Dutzend Jahren, nämlich vor 1999, kannte das Gesetz neben dem Konkurs (Konkursordnung von 1877) das Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung von 1935). Wäre also die Einführung eines Insolvenzabwendungsverfahrens bloß alter Wein in neuen Schläuchen? Liefe sie auf die Wiedereinführung einer verbesserten Vergleichsordnung hinaus? Eine funktionelle Betrachtung des alten Konkurs- und Vergleichsrechts zeigt, dass dies zu verneinen wäre. Das Konkursverfahren konnte eröffnet werden, wenn Zahlungsunfähigkeit (§ 102 KO), bei Kapitalgesellschaften auch Überschuldung (§§ 207, 213 KO), eingetreten war. War das Konkursverfahren eröffnet, so konnte die Liquidation des Schuldnervermögens – bei Handelsgesellschaften deren Abwicklung – nur noch durch einen mehrheitlich zu beschließenden und der gerichtlichen Bestätigung bedürftigen Zwangsvergleich – heute würde man sagen: durch ein Insolvenzplanverfahren – abgewendet werden (§§ 173 ff. KO). Diesen Zwangsvergleich konnte man allerdings auch in Gestalt eines Vergleichs zur Abwendung des Konkurses vorwegnehmen (§ 1 VerglO). Wenn das schiefging, endete der Vergleich in einem Anschlusskonkurs (§§ 102 ff. VerglO). Aber dieses Vergleichsverfahren „zur Abwendung des Konkurses" setzte – neben einer besonderen „Vergleichswürdigkeit" – Konkursreife, also Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung, voraus (§ 2 Abs. 1 Satz 3 VerglO). Der Vergleich diente also nicht etwa der Abwendung der materiellen Insolvenz. Er war nur eine Alternative zu dem sonst fälligen Konkursverfahren in der materiellen Insolvenz.

Das Zusammenspiel von Konkurs- (mit eventuellem Zwangsvergleich) und Vergleichsverfahren (mit eventuellem Anschlusskonkurs) war von Fall zu Fall das Ergebnis einer strategischen Richtungsentscheidung des Antragstellers. Der Konkursantrag war ein Eröffnungsantrag in Zerschlagungsrichtung mit der Möglichkeit eines rettenden Zwangsvergleichs; der Vergleichsantrag war ein Eröffnungsantrag mit Sanierungsvorschlag, dies freilich mit der Möglichkeit eines Absturzes in den Anschlusskonkurs. Eines war das Vergleichsverfahren „zur Abwendung des Konkurses" jedenfalls nicht: ein der materiellen Insolvenz vorgelagertes Sanierungsverfahren!

Fragt man, was aus der Vergleichsordnung geworden ist, so lautet die Antwort nicht (wie auf den ersten Blick zu erwarten): Sie wurde ersatzlos abgeschafft. Die Antwort lautet vielmehr: Die Vergleichsordnung wurde ihrer verfahrensrechtlichen Komplikationen ebenso wie der belastenden Vergleichswürdigkeitsprüfung entledigt und in das Insolvenzplanverfahren (§§ 217 ff. InsO) integriert. Das aber bedeutet: Um ihre Wiedereinführung kann es nicht gehen, denn in gewisser Weise haben wir sie ja noch.

Insolvenzrechtsreform eröffnete größeren Handlungsspielraum

Die Insolvenzordnung will in puncto Sanierung mehr als das Konkurs- und Vergleichsrecht. Die bloße Vereinheitlichung dessen, was früher Konkurs- oder Vergleichsverfahren hieß, schöpft den entscheidenden Unterschied und den Ansatz der Insolvenzrechtsreform nicht aus. Sie bedeutet ja zunächst nur, dass wir den Eingang in das Verfahren technisch vereinheitlicht haben und das Verfahrensergebnis (insolvenzmäßige Liquidation oder planmäßige Gestaltung durch Gläubigermehrheiten) offenlassen. Aber die Insolvenzordnung setzt außer auf Gläubigerbefriedigung auch auf den „Erhalt des Unternehmens" (§ 1 InsO), steuert dessen Fortführung anders als noch die Konkursordnung (vgl. §§ 22 Abs. 1 Nr. 2, 158, 160, 162 InsO), lässt die Eigenverwaltung durch Gesellschaftsorgane zu (§§ 270 ff. InsO) und macht den Insolvenzplan ermutigender als früher das (Zwangs-)Vergleichsverfahren. Dass dieses Verfahren Schwächen aufweist, dass vor allem an ihm nur die Gläubiger und nicht auch die Gesellschafter beteiligt sind, was einen debt-to-equity-swap ohne parallel laufende Gesellschafterversammlung ausschließt, ist bekannt und ist Gegenstand aktueller Reformüberlegungen. Aber das ist eine der Insolvenzordnung immanente Diskussion. Die Vorverlegung des Verfahrens in die Unternehmenskrise ist eine andere Frage. Sie wird in Anbetracht ausländischer Erfahrungen – vor allem nach den französischen Reformen von 2005 und 2008 – auch für das deutsche Recht diskutiert.

Ein Insolvenzverfahren vor der Insolvenz?

Das Ziel einer solchen Reform müsste darin bestehen, es gar nicht zur Überschuldung (§ 19 InsO) oder Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) kommen zu lassen. Niemand wird bestreiten, das dies eine Governance-Aufgabe der Unternehmensleitungen ist. Wer aber die Frage eines gesetzlichen Vor-Insolvenzverfahrens diskutiert, muss zwischen einem obligatorischen und einem fakultativen Sanierungsverfahren unterscheiden.

Ein obligatorisches Vor-Insolvenzverfahren, dessen Nicht-Beantragung einen mit zivilrechtlichen oder gar strafrechtlichen Sanktionen versehenen Verschleppungstatbestand erfüllen müsste, wird nicht ernsthaft in Betracht zu ziehen sein. Verbotenes „Wrongful Trading" kann erst angenommen werden, wenn den Leitungsorganen der Schuldnerin jeder Weg zu einer selbstgestrickten Sanierung abgeschnitten wer-

den muss. Sollte hierfür ein ungedeckter Bedarf bestehen, so wären die Insolvenztatbestände der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der richtige Ort für die Reparatur. Es ginge dann um eine vorgezogene Insolvenzantragspflicht, und wer für diese plädierte, müsste sich fragen, ob dies wirklich die Sanierungsfälle vermehren wird oder nur die Verschleppungsfälle und Haftungsprozesse. Jedenfalls wäre das ein ganz anderes Thema.

Es kann also nur um ein fakultatives Vor-Insolvenzverfahren gehen, etwa nach dem Vorbild der französischen conciliation (Schlichtungsverfahren) oder procédure de sauvegarde oder des englischen Company Voluntary Arrangement-Verfahren (CVA). Nun wird gewiss niemand etwas dagegen einzuwenden haben, dass Krisen rechtzeitig abgewendet und Insolvenzen vermieden werden. Aber was verspricht hier ein formalisiertes Verfahren? Die Kernfrage ist, von welchem Zeitpunkt an sich der Staat in die Sanierungspraxis einmischen soll. Der Verfasser dieses Beitrags hat zu ihr in dem die Insolvenzordnung vorbereitenden Juristentags-Gutachten Stellung genommen (Verhandlungen des 54. DJT I, 1982, S. D 97 ff.). An den dort bezogenen Standpunkten hält er auch nach neuer Prüfung fest.

Vorteile der freien Sanierung

Die besten Sanierungen geschehen früh, schnell und still. Ihre Bühne ist gleichwohl kein rechtsfreier Raum. Gesellschafter können nach den Urteilen „Girmes" (vgl. BGH vom 20. 3. 1995 – II ZR 205/94, DB 1995 S. 1064) und „Sanieren oder Ausscheiden" (BGH vom 19. 10. 2009 – II ZR 240/08, DB 2009 S. 2596) bei sanierenden Kapitalmaßnahmen treupflichtgebunden sein. Gläubiger sind nach dem Akkordstörerurteil des Bundesgerichtshofs (12. 12. 1991 – IX ZR 178/91, DB 1992 S. 675) in ihrer Entscheidung für oder gegen einen Sanierungsbeitrag frei, handeln aber auf die Gefahr eines Scheiterns und sind durch das Anfechtungsrecht an Rückziehern gehindert. Sicherungsgeschäfte stehen ebenso unter Anfechtungsrisiko (§ 131 InsO). Die Einführung einer deutschen Conciliation wäre von Vorteil, wenn dieses Verfahren die Anfechtungsrisiken für die Sanierungsbeteiligten ganz oder teilweise ausschließen oder/und bindende Mehrheitsentscheidungen nicht nur unter den Gesellschaftern, sondern auch unter den Gläubigern gewährleisten könnte. Das wird im Hinblick auf die „Akkordstörer"-Freiheit ohne gerichtliche Mitwirkung nicht angehen und wäre, solange der Insolvenztatbestand nicht dazu zwingt, auch unter dem Blickwinkel des Art. 14 GG problematisch. Wir müssen ja davon ausgehen, dass Gläubigerforderungen, wenn wirklich noch kein Insolvenzfall vorliegt, auch nicht abzuschreiben sind.

Gewiss kann man rechtspolitisch verschiedener Ansicht darüber sein, ob die im „Akkordstörer"-Urteil des Bundesgerichtshofs erst für das Insolvenzverfahren anerkannte rechtliche „Gefahrengemeinschaft" der Gläubiger bereits in der Vor-Insolvenz zum Zuge kommen sollte. Das Schuldverschreibungsgesetz vom 31. 7. 2009 (BGBl. I S. 2512) lässt, wenn die Anleihebedingungen dies vorsehen, Einschnitte in Gläubigerrechte durch Mehrheitsbeschlüsse der Gläubiger zu (§ 5) und unterwirft diese erst in einem nachfolgenden Insolvenzverfahren den Regeln der Insolvenzordnung (§ 19). Aber dieses Beispiel lässt sich gerade nicht für alle Unternehmensgläubiger verallgemeinern. Die Mehrheitskompetenz erfasst vielmehr nur die durch Anleihebedingungen (§ 2) konsortialartig verbundene Gruppe der Anleihegläubiger. Durch diese Bedingungen wird eine schon vor der Insolvenz wirksame „Gefahrengemeinschaft" geschaffen. Das ist nicht dasselbe wie die gesetzliche Begründung einer Globalgefahrengemeinschaft aller Gläubiger. Auch ein vorinsolvenzliches Sanierungskonsortium schafft Kooperationspflichten nur unter denen, die sich ihm zugesellt haben. Wer die hier obwaltende Solidarität nach Art einer gesetzlichen Notopfergemeinschaft verallgemeinern will, muss mehr präsentieren als bloß Unzufriedenheit mit bisherigen Sanierungserfolgen.

Warum wird § 18 InsO nicht genutzt?

Zu erwägen bleibt noch die Vorverlegung des in der Insolvenzordnung geregelten Verfahrens einschließlich des Mehrheitsentscheidungen ermöglichenden Insolvenzplans mit gerichtlicher Bestätigung. Aber genau die ist längst im Gesetz angelegt. Nach § 18 InsO kann auf Antrag der Schuldnerin bereits vor dem Eintritt der materiellen Insolvenz das Insolvenzverfahren wegen drohender Zahlungsunfähigkeit eröffnet werden, und diesen Antrag werden die Gesellschaftsorgane nicht ohne vorherige Abstimmung nicht nur mit den Gesellschaftern, sondern auch mit mehrheitsentscheidenden Großgläubigern stellen. Auch die Eigenverwaltung (§§ 279 ff. InsO) kann als Sanierungsvehikel genutzt werden. Zugegeben: Die mit § 18 InsO gemachten Erfahrungen sind ernüchternd, wenn man einmal die Fälle dissimulierter Überschuldung (also verdeckter Insolvenzverschleppung) herausrechnet, bei denen längst ein auf Überschuldung gestützter Antrag geboten wäre (§§ 15a, 19 InsO). Aber was ist daraus zu folgern? Entweder folgt daraus, dass die Praxis ein Insolvenzverfahren vor der Insolvenz nicht benötigt bzw. wegen des Insolvenzstigmas nicht will. Oder die Folgerung lautet, dass das Sanierungsverfahren der Insolvenzordnung für dieses Ziel nicht genug hergibt. Sollte es sich so verhalten, dann gehört das Insolvenzplanverfahren der §§ 217 ff. InsO verbessert, nicht dagegen ein neues Verfahren davorgeschaltet. Es gilt ja noch immer der Grundsatz, dass Fehler da zu beheben sind, wo sie – und sei es versteckt – liegen.

Die Qual der Wahl als geltende Spielregel

Wenn, auf der anderen Seite, die Beteiligten das große Tamtam des Insolvenzverfahrens bei bloß drohender Zahlungsunfähigkeit nicht wollen, dann können sie die gesetzlichen Insolvenzplanregeln immer noch als Muster für eine freie Sanierung nehmen. Dem Vernehmen nach gibt es solche Insolvenzpläne ohne Insolvenzverfahren bereits. Die Beteiligten praktizieren dann das, was *Künne* unter dem alten Recht in seinem gleichnamigen Standardwerk als „außergerichtliche Vergleichsordnung" (7. Aufl. 1968) bezeichnet hat. Es ist nicht einmal auszuschließen, dass eine solche Praxis, einmal begonnen, auf längere Dauer Einschränkungen der Akkordstörerwillkür, also Gläubiger-Treupflichten mit sich bringen wird. Aber bis dahin bleibt es dabei: Wer die Akkordstörer nicht ins Boot bekommt, hat die Wahl zwischen ihrem Auskauf und in den Grenzen des § 18 InsO einem vorgezogenen Insolvenzverfahren. Solange dieses Spiel nicht ausgereizt wird, sollte den Akteuren nicht auch noch ein Spiel mit neuen Regeln vorgesetzt werden, nur weil sie die eine Option nicht nutzen können und von der anderen nichts wissen wollen.

Das Recht der Sanierungen und Insolvenzen ist kein Schönwetterszenario und taugt nicht für Schönfärberei. Richtig mag sein: Wenn der Gesetzgeber das Wort „Insolvenzverfahren" bei bloß drohender Insolvenz nicht schätzt, mag er für das Insolvenzplanverfahren in diesem Fall ein anderes Wort suchen. Eine neue rechtspolitische Baustelle einrichten sollte er nicht.

Das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren als Bestandteil der ausstehenden Insolvenzrechtsreformen

▸ DB0348798

Prof. Dr. Florian Jacoby, Universität Bielefeld

Auf dem 7. Deutschen Insolvenzrechtstag hat die Bundesjustizministerin Frau Sabine Leutheusser-Schnarrenberger am 18. 3. 2010 erläutert, wie die im Koalitionsvertrag angekündigten Verbesserungen im Sanierungsrecht auf den Weg gebracht werden sollen. In einem ersten Schritt will sie die in der Insolvenzordnung bereits geregelten Instrumente des Insolvenzplans und der Eigenverwaltung ausbauen. In einem zweiten Schritt soll dann die Einführung eines sog. vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens in Angriff genommen werden. Diese Bestrebungen der Bundesregierung, ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren nach dem Vorbild anderer europäischer Nachbarstaaten, namentlich des Company Voluntary Arrangement (CVA) aus England, einzuführen, sind zu begrüßen.

Charakter des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens

Das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren ist als ein öffentliches gerichtliches Verfahren zu konzipieren. Heimlichkeit muss außergerichtlichen Sanierungsbemühungen vorbehalten bleiben. Gerichtliche Verfahren lassen sich in einer Mediengesellschaft nicht geheim halten. Dem Verfahren kommt die Aufgabe zu, die Interessen und Rechtshandlungen der an einer Sanierung Beteiligten zu koordinieren.

Während das Insolvenzverfahren diese Funktion erst erfüllen kann, wenn ein Insolvenzgrund vorliegt, dem Schuldner es also für eine Fortführung insbesondere an Liquidität mangelt, greift das vorinsolvenzliche Verfahren früher. In dieser Phase beruht die Durchführung eines öffentlichen Sanierungsverfahrens auf dem freien Entschluss des Schuldners und ggf. seiner Organe. Daher kann das Verfahren unter der Verfahrenshoheit des Schuldners durchgeführt werden. Gleichzeitig können aber die Gläubiger Mitwirkungsobliegenheiten treffen, die Zwangsvergleiche legitimieren. Denn ungeachtet der vorhandenen Liquidität kann der Schuldner (rechnerisch) überschuldet sein, sodass der tatsächliche Wert der Gläubigerrechte deren Nominalwert übersteigt.

Ein so ausgestaltetes öffentliches Sanierungsverfahren wird eine positive Steuerungswirkung auch auf außergerichtliche (heimliche) Sanierungsbemühungen äußern. Denn eine opponierende Gläubigerminderheit muss sich bewusst sein, dass der Schuldner im Einverständnis mit der Gläubigermehrheit in das den Zwangsvergleich ermöglichende gerichtliche Sanierungsverfahren überleiten kann.

Vorzüge eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens

Das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren ist bestens geeignet, um die festgestellten Schwächen des heutigen Insolvenz-/Sanierungsrechts zu beseitigen. Diese Schwächen werden unter dem Schlagwort des „Stigmas der Insolvenz" zusammengefasst und bestehen zuvorderst in zweierlei:

Das Insolvenzverfahren wird erstens regelmäßig viel zu spät beantragt. Der Insolvenzschuldner versucht möglichst lange durchzuhalten, um die Kontrolle nicht zu verlieren und sein Scheitern nicht öffentlich wahrnehmbar zu machen. Das vorinsolvenzliche Verfahren verspricht Abhilfe. Der Schuldner behält in diesem Verfahren die Kontrolle. Das stärkt auch im Vergleich zur Insolvenzverwaltung im Verfahren der Eigenverwaltung die Stellung des Schuldners deutlich, weil die Eigenverwaltung nach bislang geltendem Recht nur im eröffneten Verfahren angeordnet werden kann. Im Eröffnungsverfahren, in dem meist die Weichen für die Sanierung gestellt werden, wird ein vorläufiger Verwalter bestellt.

Unter den Gläubigern löst die Insolvenz zweitens einen ernormen Run aus. Jeder versucht zu retten, was ihm noch zu retten erscheint. Vertragspartner verlieren ihr Vertrauen, qualifizierte Arbeitnehmer suchen andere Betätigungen. So entsteht eine auch von Verwalterseite nicht mehr zu kontrollierende Eigendynamik. Auch insoweit kann das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren helfen. Seine Einleitung vermittelt Gläubigern und Arbeitnehmern, dass rechtzeitig die Rettung des Unternehmens in Angriff genommen wird.

Mögliche Anwendungsfälle dieses Verfahrens sind angesichts des vorinsolvenzlichen Charakters nur solche, in denen der Schuldner hinreichend liquide für eine Fortführung des Unternehmens ist. Gleichzeitig ergibt sich der Anlass für ein solches Verfahren erst, sobald der Schuldner nach Zerschlagungswerten rechnerisch überschuldet ist. Überwiegen insoweit die Passiva die Aktiva, lässt sich Überschuldung nach § 19 Abs. 1 InsO nur bei einer positiven Fortbestehensprognose verneinen.

Damit wohnt der Entscheidung über die Überschuldung eine mit jeder Prognoseentscheidung verbundene Unsicherheit inne. Das korreliert mit der geringen praktischen Bedeutung des Insolvenzgrunds der Überschuldung. Ex-ante wartet der Schuldner ab, will sich sein „Scheitern" durch Stellen eines Insolvenzantrags nicht zugestehen und hofft auf Rettung. Ex-post lässt sich im späteren Insolvenzverfahren der Eintritt der Überschuldung zur Begründung von Haftungsansprüchen oder solchen aus Insolvenzanfechtung nur noch schwer nachweisen. Es besteht angesichts der Unsicherheit der Fortführungsprognose mithin eine Grauzone, in der das Vorliegen der Überschuldung missachtet wird. In solchen Fällen ist es zu begrüßen, dass ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren eingeleitet wird. Denn Alternative zu dem vorinsolvenzlichen Verfahren ist eben nicht die Einleitung des Insolvenzverfahrens, sondern das Zuwarten, bis die Überschuldung in Gestalt von Liquiditätsschwierigkeiten offensichtlich wird.

Der Schuldner soll aber auch, wenn die Fortführung gesichert scheint, allein infolge der rechnerischen Überschuldung das

Sanierungsverfahren einleiten können. So sind insbesondere die Fälle erfasst, in denen nach dem dreistufigen Überschuldungstatbestand Überschuldung anzunehmen wäre, weil die Passiva durch die Aktiva auch nach Fortführungswerten nicht aufgewogen werden. Das Verfahren ist damit zugeschnitten auf stark mit Fremdkapital finanzierte Gesellschaften. Idealtypisch sind solche Situationen in den Fällen eines „Leveraged Buyout" anzutreffen.

Kernelemente eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens

Zwei Elemente sind für ein effektives vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren unentbehrlich. Drängendes Problem ist zunächst die sog. Akkordstörerproblematik, soll heißen, dass Gläubiger sich ihre Zustimmung zur Sanierung durch Sondervorteile abkaufen lassen wollen. Es lässt sich dadurch lösen, dass man den Sanierungsvergleich auch gegen opponierende beteiligte Gläubiger wirken lässt. Der damit verbundene Eingriff in Gläubigerrechte legitimiert sich aber natürlich nicht allein aus der Mehrheitsentscheidung. Materiell muss sichergestellt werden, dass der Gläubiger nicht um den Wert seines Rechts gebracht wird, also nicht schlechter steht als bei einer zwangsweisen Rechtsdurchsetzung. Es bedeutet auf dieser Grundlage auch keinen Wertungswiderspruch, Zwangseingriffe in Gläubigerrechte zwar zuzulassen, solche in Rechte der Gesellschafter und des Schuldners aber als unzulässig zu erklären. Vielfach wird es nämlich zu einem mehrheitlich akzeptierten Sanierungsvergleich nur kommen, wenn der Schuldner, seine Geschäftsleiter und Gesellschafter sich freiwillig zu Rechtseinbußen bereit erklären.

Ein weiteres notwendiges Verfahrenselement besteht darin, flexible, leicht handhabbare und auf Beschleunigung zielende Regelungen zu schaffen. Verfahrenserschwernisse und Verzögerungen durch umfangreiche gerichtliche Prüfungen sind zu vermeiden. Im Grundsatz sollte von aufschiebenden gerichtlichen Ex-Ante-Prüfungen materieller Tatbestände abgesehen werden. Richter oder Rechtspfleger können diese Prüfungen regelmäßig nicht selbst vornehmen, sondern müssten Sachverständige um ein Gutachten bitten. Als Lösung bietet sich an, die rechtsstaatlich gebotene Kontrolle lediglich ex-post auf einen ohne Suspensivwirkung ausgestatteten Rechtsbehelf vorzunehmen. Eine solche Verfahrensweise birgt zwar Missbrauchsgefahren, denen aber durch strenge Haftungsandrohungen begegnet werden kann. Das Problem, missbräuchliches Verhalten im Nachhinein nachweisen zu können, ist dadurch zu lösen, dass dem Schuldner weitreichende Dokumentationspflichten auferlegt werden.

Erforderliche Stationen des Verfahrens

Die an die Verfahrenseinleitung zu stellenden Voraussetzungen darf man angesichts der eingeschränkten Überprüfungsmöglichkeit des Gerichts nicht überspannen. Insbesondere soll das Gericht im Regelfall keinen Sachverständigen bestellen, der in Konkurrenz zu dem vom Schuldner benannten Sanierungssachwalter treten würde. Daher hat das Gericht in erster Linie formelle Voraussetzungen, nicht jedoch den materiellen Krisentatbestand zu prüfen. Dem Schuldner sind gleichzeitig allerdings umfangreiche Dokumentationspflichten aufzuerlegen. Er hat seine Krisensituation, seine Beraterauswahl und sein Sanierungskonzept darzulegen und zu begründen. Diese Anforderungen kommen einer Glaubhaftmachung gleich. Sie haben allerdings in erster Linie die Funktion, die Grundlage für eine spätere Kontrolle zu bereiten und dem Schuldner einen etwaigen Missbrauch nachweisen zu können.

Die gerichtliche Verfahrenseinleitung bewirkt ein Moratorium, das Gläubigerrechte für einen begrenzten Zeitraum (3 Monate, verlängerbar) einfriert. Den Gläubigern ist der Rechtsmissbrauchseinwand zu eröffnen, dass der Schuldner seine bereits eingetretene Insolvenz verschleppe. Mit dieser Begründung sollte ungeachtet des Moratoriums ein Fremdantrag eines Gläubigers auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zulässig sein. Das Insolvenzgericht müsste dann einen Sachverständigen beauftragen, der die Erfolgsaussichten der vom Schuldner gemeinsam mit dem Sanierungssachwalter betriebenen Sanierungsbemühungen überprüft. Die mit dem Moratorium verbundene Rechtsdurchsetzungssperre lässt sich angesichts ihres vorübergehenden Charakters durch die bezweckte Rechtsbereinigung rechtfertigen.

Mit Verfahrensvorgaben sollte der Gesetzgeber zurückhaltend sein, um ein flexibles Verfahren zu ermöglichen. Das Verfahren betreibt der Schuldner in Eigenverwaltung nach seinem am Sanierungszweck auszurichtenden Ermessen. Er wird von einem auf seinen Vorschlag bestellten Sanierungssachwalter unterstützt und beaufsichtigt. Gläubigerbeteiligung und -mitbestimmung sind sicherzustellen. Durch Verfahren und Unternehmensfortführung entstehende Forderungen sind nicht vom Moratorium erfasst.

Der Sanierungsvergleich ist das Herzstück des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens. Die frei zu wählenden Wirkungen des Sanierungsvergleichs müssen jedem Gläubiger Rechtspositionen mit einem Wert zuweisen, der mindestens dem wirtschaftlichen Wert seiner Forderung entspricht. Diese Äquivalenz wird zunächst nicht überprüft, sondern angesichts der für den Vergleich erforderlichen qualifizierten Mehrheit vermutet. Dafür erscheint eine doppelt qualifizierte Mehrheit ($^3/_4$ Summen- und $^1/_2$ Kopfmehrheit) in jeder ggf. gebildeten Gläubigergruppe als angemessen. Jedem Gläubiger ist sodann vorbehalten, innerhalb einer eng zu bemessenden Ausschlussfrist einen höheren Wert geltend zu machen, um seine individuelle Rechtsposition zu verbessern.

Der Ausgang des rechtspolitischen Diskurses über das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren wird ganz erheblich davon abhängen, inwieweit sich hinreichender Minderheitenschutz überzeugend darlegen lässt. Die Mehrheitsentscheidung ist das notwendige verfahrensrechtliche Mittel, um das Druckpotenzial der sog. Akkordstörer zu bannen. Der Eingriff stellt mithin keinen realen Eingriff in den tatsächlichen Wert einer Rechtsposition dar. Es wird vielmehr lediglich der Nominalwert dem realen Wert angepasst. Ein solcher Rechtsakt, der mehr Umfirmierung einer Rechtsposition als Eingriff in eine Rechtsposition ist, steht vor viel geringeren Legitimationsschwierigkeiten. Daher sind im Planverfahren so bezeichnete Eingriffe in Gläubigerrechte einschließlich des Obstruktionsverbots mit Recht gesetzlich vorgesehen (§§ 244 f. InsO).

Die Legitimation solcher „Eingriffe" im Hinblick auf ein vorinsolvenzliches Verfahren wird jedoch deswegen angezweifelt, weil vor Eintritt der Insolvenz ein Auseinanderfallen von Nominal- und Realwert einer Gläubigerposition wohl nicht für möglich gehalten wird. Tatsächlich gibt es aber solche Gestaltungen, weil die Insolvenzeröffnung in erster Linie an die Liquidität des Schuldners anknüpft. Gerade die schon angeführten Buyout-Konstellationen belegen, dass Unternehmen liquide, aber dauerhaft rechnerisch überschuldet sein können. Die Einleitung eines Sanierungsverfahrens macht dann die Überschuldungslage publik und rechtfertigt die Berichtigung der Gläubigerpositionen.