

Betriebswirtschaftliche Schriften

Heft 158

Unternehmen in der Krise

**Ringvorlesung der Fachbereiche Rechts- und
Wirtschaftswissenschaft der Freien Universität Berlin
im Sommersemester 2003**

Herausgegeben von

Markus Heintzen und Lutz Kruschwitz



Duncker & Humblot · Berlin

MARKUS HEINTZEN / LUTZ KRUSCHWITZ (Hrsg.)

Unternehmen in der Krise

Betriebswirtschaftliche Schriften

Heft 158

Unternehmen in der Krise

Ringvorlesung der Fachbereiche Rechts- und
Wirtschaftswissenschaft der Freien Universität Berlin
im Sommersemester 2003

Herausgegeben von

Markus Heintzen und Lutz Kruschwitz



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2004 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0523-1035

ISBN 3-428-11280-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Das vorliegende Buch enthält neun Vorträge, die im Sommersemester 2003 an der Freien Universität Berlin im Rahmen einer Ringvorlesung „Unternehmen in der Krise“ gehalten und die für die Drucklegung zum Teil geringfügig überarbeitet und aktualisiert worden sind. Die von den Fachbereichen Rechts- und Wirtschaftswissenschaft der Freien Universität Berlin organisierte Ringvorlesung hatte das Ziel, aktuelle Probleme von Insolvenzen – einschließlich ihrer oft unterschätzten Vorboten – und Insolvenzrecht durch ausgewiesene Experten aus Wissenschaft und Praxis, aus Juristerei und Ökonomie vorzustellen; sie erhebt keinen systematischen Anspruch.

Die Herausgeber danken den neun Referenten dafür, dass sie ihre Vorträge für die Veröffentlichung in diesem Buch zur Verfügung gestellt und zu deren zeitnahe Erscheinung beigetragen haben. PwC Deutsche Revision gilt unser Dank für die finanzielle Förderung der Ringvorlesung und des vorliegenden Buches.

Berlin-Dahlem, im Sommer 2003

*Markus Heintzen
Lutz Kruschwitz*

Inhaltsverzeichnis

Markus Heintzen und Lutz Kruschwitz

Einführung	9
------------------	---

Georg Schreyögg

Krisenmanagement: Theoretische Grundlagen und praktische Maßnahmen	13
--	----

Jörg Baetge und Eric Sickmann

Insolvenzprognosen auf der Basis von Jahresabschlüssen	37
--	----

Ulrich Haas

Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Krise der Gesellschaft	73
---	----

Roland Hoffmann-Theinert

Die insolvenzrechtliche Eigenverwaltung	109
---	-----

Jochen Drukarczyk

Probleme des Reorganisationsverfahrens: Bewertung, best interest test und Verlustvorträge	129
---	-----

Wilhelm Uhlenbruck

Erfahrungen mit der neuen Insolvenzordnung aus der Sicht des Richters	149
---	-----

Helmut Grothe

Dingliche Rechte in der grenzüberschreitenden Insolvenz	191
---	-----

Herbert Hax

Insolvenzen und Staatseingriffe	209
---------------------------------------	-----

Josef Isensee

Die Insolvenzunfähigkeit des Staates	227
--	-----

Stichwortverzeichnis	259
----------------------------	-----

Autoren- und Herausgeberverzeichnis	265
---	-----

Einführung

Von *Markus Heintzen* und *Lutz Kruschwitz*

„Insolvenz“ spielt in vielen Lehrbüchern zur Allgemeinen Betriebswirtschaftslehre und zur Finanzwirtschaft, ebenso in den einschlägigen Fachzeitschriften, eine untergeordnete Rolle.¹ Im 1. Juristischen Staatsexamen werden dem Buchstaben der Juristenausbildungsgesetze der Bundesländer gemäß „Grundzüge“ des Insolvenzrechts als Pflichtfachwissen verlangt;² die Prüfungspraxis blendet diese Materie jedoch weitgehend aus. In einem deutlichen Kontrast zu der geringen akademischen Relevanz steht die Bedeutung des Themas in der Praxis von Unternehmen, Beratern und Gerichten. „Insolvenzverwaltung“ ist in den letzten Jahren zu einem bedeutenden und auch durchaus einträglichen Geschäftsfeld avanciert.

Das Insolvenzrecht ist 1994 vom Gesetzgeber grundlegend geändert worden. Konkurs- und Vergleichsordnung gehörten zu den Reichsjustizgesetzen, fünf 1877 erlassenen Gesetzen, in denen sich die damals frisch gewonnene Rechts- und Wirtschaftseinheit Deutschlands spiegelte. Nach der Wiedervereinigung kam 1990 die Gesamtvollstreckungsordnung für die fünf neuen Bundesländer (und den Ostteil des Landes Berlin) hinzu. Diese drei Gesetze sind vom Bundesgesetzgeber zur lange, unabhängig von der Wiedervereinigung vorbereiteten Insolvenzordnung (InsO) verschmolzen worden. Und auch der europäische Gesetzgeber ist, gestützt auf neue Kompetenzen in den Artikeln 65 und 67 des EG-Vertrags, tätig geworden und hat im Mai 2000 eine Verordnung über Insolvenzverfahren (EuInsVO)³ erlassen.

Die juristischen Vorträge, die in diesem Band enthalten sind, bemühen sich um Erfassung und kritische Würdigung der neuen Rechtslage, auf deutscher⁴ und auf

¹ Fehlanzeige z. B. in den Sachregistern von *Henner Schierenbeck*, Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre, 16. Aufl., 2003, und von *Günter Wöhe/Ulrich Döring*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 21. Aufl., 2001. Anders bei *Jochen Drukarczyk*, Finanzierung, 9. Aufl., 2003, und bei *Günter Franke/Herbert Hax*, Finanzwirtschaft des Unternehmens und Kapitalmarkt, 4. Aufl., 1999.

² Z. B. § 5 Nr. 11 BerlJAO, wo das Wort „Insolvenzrecht“ das letzte in der langen Liste von Pflichtfachstoff ist. Der Jurist unter den Verfassern dieses Vorworts hat es in fünfjähriger Praxis als Prüfer beim Justizprüfungsamt Berlin noch nie erlebt, dass dort im 1. Juristischen Staatsexamen eine insolvenzrechtliche Frage gestellt worden wäre.

³ ABl. Nr. L 160 vom 30. 06. 2000, in Kraft seit dem 31. 05. 2002.

⁴ Vgl. insb. den Beitrag von *Wilhelm Uhlenbruck*.

europäischer⁵ Ebene, weiterhin um die Verzahnung des Insolvenzrechts mit anderen Rechtsgebieten, exemplarisch dem GmbH-Recht⁶, um die Hervorhebung neuer insolvenzrechtlicher Handlungsformen, konkret der Eigenverwaltung⁷, die, so die – nicht gedruckten – Worte eines (anderen) Referenten, derzeit als „sexy“ gelte, und, dies eine Gemeinsamkeit von juristischen und ökonomischen Referaten, um die besondere Rolle des Staates, als Insolvenzgesetzgeber und -richter, als „Retter“ insolvenzgefährdeter privatwirtschaftlicher Unternehmen⁸ und als selbst insolvenzgefährdeter Wirtschaftsteilnehmer; die Insolvenzunfähigkeit des Staates wird in dem Beitrag von *Josef Isensee* ausführlicher dargestellt und auf ihre staatsrechtlichen Fundamente zurückgeführt als in der bisherigen Literatur.⁹

Die ökonomischen Beiträge des vorliegenden Bandes schlagen den Bogen von Managementproblemen im Vorfeld der Insolvenz bis zu der Frage, ob der Staat in Insolvenzverfahren eingreifen solle, um einem in Schwierigkeiten geratenen Unternehmen aus der Krise herauszuhelfen. Unternehmenskrisen enden nicht notwendigerweise mit einem Insolvenzverfahren. Sie müssen jedoch als solche erkannt und bewusst gesteuert werden, was leicht gesagt und schwer getan ist.¹⁰ Von einer Unternehmenskrise sind immer mehrere Parteien betroffen, die zum Teil identische, zum Teil aber auch konfligierende Interessen haben, denn letztlich bleibt ein Verteilungsproblem zu lösen. Aus der Sicht von Kreditgebern spielt die Krisenfrüherkennung auf der Grundlage von veröffentlichten Jahresabschlüssen eine wichtige Rolle.¹¹ Hat die Krise ein bestimmtes Niveau erreicht, muss analysiert werden, ob es sich lohnt, das Unternehmen zu sanieren und fortzuführen, oder ob es besser ist, die Aktivitäten des Unternehmens zu beenden. Die Zeiten, in denen ein in die Insolvenz geratenes Unternehmen einfach liquidiert wurde, sind allerdings vorbei. Es gibt intelligente Alternativen zur Zerschlagung. *Jochen Drukarczyk* beschreibt ein solches Verfahren im Rahmen einer detaillierten Fallstudie.¹² Insbesondere bei Zusammenbrüchen großer Unternehmen wird immer wieder nach dem Staat gerufen, der als Helfer in der Not richten soll, was „der Markt“ oder „unfähige Manager“ angerichtet haben. Oft genug finden solche staat-

⁵ Vgl. den Beitrag von *Helmut Grothe*.

⁶ Vgl. den Beitrag von *Ulrich Haas*.

⁷ Vgl. den Beitrag von *Roland Hoffmann-Theinert*.

⁸ Zur Kategorie des faktisch insolvenzunfähigen Unternehmens von öffentlicher Bedeutung *Herbert Krüger*; *Allgemeine Staatslehre*, 1964, S. 407 ff.

⁹ Siehe unten S. 227 ff. Vgl. schon *Josef Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 4, 1990, § 98 Rdnr. 150. Einschlägig sind § 12 InsO und – in Berlin – das Gesetz über die Insolvenzunfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts vom 27. März 1990, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. September 2002 anlässlich der Probleme mit der Bankgesellschaft Berlin (GVBl. 1990, S. 682, 2002, S. 286).

¹⁰ Vgl. den Beitrag von *Georg Schreyögg*.

¹¹ Vgl. hierzu den Beitrag von *Jörg Baetge* und *Eric Sickmann*.

¹² Siehe unten S. 129 ff.

lichen Eingriffe dann auch tatsächlich statt. Ob sich derartige Maßnahmen mit ökonomischen Argumenten rechtfertigen lassen, ist indessen mehr als fraglich.¹³

Die Ringvorlesung hat Aufschlüsse über das Zusammenwirken von Juristen und Ökonomen bei Unternehmen in der Krise gebracht. Vor der Insolvenz ist der Ökonom in der Vorhand, und setzt der Jurist einen von ihm formulierten Sanierungs- und Restrukturierungswillen um. In der Insolvenz, wenn die Krise zum (Verteilungs-)Konflikt geworden ist, haben Juristen das erste Wort und kommen Ökonomen zum Zug, wo die Verteilungsmasse Spielraum für unternehmerische Überlegungen lässt. In beiden Konstellationen sind (praktisch tätige) Juristen und Ökonomen aufeinander angewiesen, weil der eine auf Fundamenten bauen muss, die der jeweils andere gelegt hat. Zwar gibt es schon innerhalb beider Disziplinen scheinbar schwer zu überwindende Schnittstellen – so zwischen Insolvenz- und Steuerrecht¹⁴ –, doch macht schon der Paradigmenwechsel des Gesetzgebers, von der Zerschlagung zur Fortsetzung, eine stärkere Zusammenarbeit beider Disziplinen in Theorie und Praxis erforderlich. Ein Detail, in dem dieser Punkt sich wiederfindet und das als Frage die ganze Ringvorlesung begleitet hat, sind die Kriterien für die Auswahl des Verwalters durch das Insolvenzgericht, denen in neuerer Zeit immer mehr wirtschaftliches Gewicht zukommt.

¹³ Vgl. den Beitrag von *Herbert Hax*.

¹⁴ Siehe immerhin *Karl-Heinz Maus*, Die Steuerzahlungspflicht des Insolvenzverwalters, 2001; *Jan Richter*, Das Insolvenzrecht auf dem Prüfstand des Steuerrechts, 2002; *Christian Ruhe*, Steuern in der Insolvenz, 2003; *Peter Welzel*, Die Umsatzsteuer als Masseverbindlichkeit, 1997.

Krisenmanagement: Theoretische Grundlagen und praktische Maßnahmen

Von Georg Schreyögg

I. Einleitung

Unternehmen sehen sich immer häufiger mit außergewöhnlichen Ereignissen konfrontiert, innerhalb wie außerhalb, die nach außergewöhnlichen Antworten verlangen: plötzliche Einbrüche auf den Kapitalmärkten, Verknappung wichtiger Ressourcen, Verdrängung durch Substitutionsprodukte, Auftauchen neuer Wettbewerber, Verlust einer Gruppe von Führungskräften usw. Es ist immer üblicher geworden, das Auftauchen solcher Ereignisse aus der Perspektive von „Krisen“ zu studieren und dementsprechend auch Maßnahmen der Anpassung oder der Vorbeugung als „Krisenmanagement“ zu bezeichnen. Hatte es vor Jahren für Unternehmen noch etwas Anrüchiges, sich mit der Möglichkeit von Krisen auseinanderzusetzen, so ist es heute fast schon zur Selbstverständlichkeit geworden. Die Öffentlichkeit ist sich dessen längst bewusst, dass Unternehmen immer wieder in mehr oder weniger bedrohliche Krisen geraten. Es ist deshalb auch nicht weiter verwunderlich, dass sich die Betriebswirtschaftslehre parallel dazu nicht mehr nur mit Wachstum und Ausbau von Unternehmen beschäftigt, sondern eben auch den Tatbestand der Krise, der Krisenanfälligkeit und das Krisenmanagement immer stärker in ihr Aussagegebäude mit einbezieht.

In diesem Beitrag sollen nach einer Klärung der grundlegenden Begriffe zentrale Theorien zur Erklärung von Unternehmenskrisen rekapituliert werden, um darauf aufbauend Maßnahmen der Krisenerkennung, der Krisenbekämpfung und der Krisenprävention zu diskutieren. Der gewählte Blickwinkel, aus dem heraus Krisen und Maßnahmen der Krisenbekämpfung diskutiert werden, ist die Interaktion von System und Umwelt.

II. Krisen: Definition und Krisenwahrnehmung

Ogleich es üblich geworden ist, problematische Situationen als Krise zu bezeichnen, fehlt es an einem breit akzeptierten Kriteriensystem, das es erlauben würde, eine Situation als Krise zu markieren. In vielen Fällen wird mit dem Krisenbegriff hantiert, ohne genauer anzugeben, wann aus der Beobachterperspektive

von einer Krise gesprochen werden soll und/oder wann beteiligte Personen eine Situation als Krise erleben. Eine substanzielle Klärung des Krisenbegriffes ist im Grunde nur vor dem Hintergrund eines theoretischen Gerüsts möglich, dennoch lassen sich in der Zusammenschau verschiedener Ansätze einige Kernelemente zur Vororientierung herauschälen (vgl. vor allem *Hermann 1969, Mast 2003, S. 388 ff.*):

- (1) Unerwartet: Krisen oder spezieller Unternehmenskrisen sind unerwartete Ereignisse in der Innenwelt oder Außenwelt eines Unternehmens. Sie stehen nicht nur außerhalb der täglichen Routinen, die das Grundgerüst der organisatorischen Erwartungen bilden, sondern auch außerhalb der Pläne, die eine gewünschte Ordnung auf der Basis von Zukunftsprojektionen entwerfen. In diesem Sinne sind Krisen immer etwas Außergewöhnliches. Der Begriff der Erwartung verweist sofort auf eine Grundlagenfrage der Krisendiskussion: Handelt es sich um eine bloß subjektive Wahrnehmung oder wird mit dem Krisenbegriff auf eine objektive Überraschung verwiesen. Darauf wird unten noch näher einzugehen sein.
- (2) Existenzbedrohende Entwicklung: Bei Krisen handelt es sich nicht nur um unerwartete Ereignisse, sondern um Entwicklungen, die die Existenz der betreffenden Organisation bedrohen oder zumindest bedrohen können. Anders ausgedrückt, bei Krisen handelt es sich um negative Entwicklungen, die das Erreichen gewünschter Zustände gefährden. Im Kontext von Unternehmen denkt man z. B. an Liquiditätskrisen, Umsatzeinbrüche, Rohstoffverknappung, aber auch an das Auftauchen von Substitutionsprodukten oder den Markteintritt neuer Konkurrenten mit günstigeren Kostenstrukturen. Eine solche existenzielle Bedrohung kann sowohl bezüglich des gesamten Unternehmens oder auch bezüglich relevanter Teilbereiche bestehen, z. B. Krisen innerhalb einzelner Divisionen, Abteilungen oder einzelner Auslandsgesellschaften (*Witte 1981, Krystek 1987*).
- (3) Zeitdruck: Ferner sind Krisen durch einen eng begrenzten Zeitrahmen gekennzeichnet, der den Beteiligten zum Ergreifen von Gegenmaßnahmen bleibt. Krisen entwickeln sich mit einer Dynamik, die die verbleibende Reaktionszeit immer kleiner werden lässt.
- (4) Ambiguität: Krisensituationen lassen sich ferner dadurch kennzeichnen, dass sie in ihrer Kausalität unbestimmt sind, d. h. sie werden von den Beteiligten nur sehr begrenzt verstanden und müssen erst konzeptionell erschlossen werden (vgl. etwa *Weick 1993*).

Diese vier Merkmale sind durchaus nicht unumstritten. Manche Autoren plädieren für einen viel weiteren Krisenbegriff, der es beispielsweise offen lässt, ob ein Zeitdruck vorhanden ist oder nicht, ob die Ereignisse erwartet wurden oder nicht (die „erwartete Krise“) oder ob es sich um eine für das Unternehmen negative oder positive Situation handelt (vgl. zu einer Zusammenfassung der Gegenpositionen *Milburn / Schuler / Watman 1983*). Es ist allerdings mehr als fraglich, ob mit einem

so weiten Krisenbegriff noch sinnvoll gearbeitet werden kann. Letztlich geriete hier ja jedes Entscheidungsproblem zu einer Krise.

Wie bereits angedeutet, hat sich die Krisenforschung schon früh mit der Krisenwahrnehmung beschäftigt, also mit der Frage, ab wann eine Situation von den Betroffenen als Krise wahrgenommen und definiert wird. Hermann postuliert in seinem Modell – es ist bis zum heutigen Tage wohl das bekannteste Krisenwahrnehmungsmodell –, dass dann eine Krise wahrgenommen wird, wenn eine Bedrohung vorliegt, der Überraschungsgrad und der Zeitdruck als hoch empfunden werden (*Hermann 1972*).

Bei empirischen Untersuchungen zeigte sich, dass unter den drei Bestimmungsgründen der Überraschungsgrad, also das Ausmaß, in dem die Krisensituation unerwartet kam, am wenigsten Erklärungskraft hatte, das Ausmaß der potenziellen Bedrohung dagegen die höchste. Dazu ist allerdings anzumerken, dass die Überraschungsvariable strukturell Messprobleme verursachen muss. Ex ante ist der Überraschungsgrad ohnehin nicht messbar, denn sonst wäre es ja keine Überraschung. Ex post einzuschätzen, wie stark man überrascht war, dürfte das Selbstbeobachtungsvermögen der meisten Respondenten überfordern.

Billings, Milburn und Schaalman nehmen diese Kontroverse zum Anlass, das Hermann-Modell zu reformulieren, zu verfeinern und zu ergänzen (*Billings/Milburn/Schaalman 1980*). Anstelle der „Überraschung“ wird die Variable: „Perzipierte Wahrscheinlichkeit eines Schadens“ aufgenommen. Insgesamt postuliert das reformulierte Modell, dass ein Problem dann als Krise wahrgenommen wird, wenn

- (1) ein großer Schaden droht („perceived value of possible loss“),
- (2) eine hohe Wahrscheinlichkeit gesehen wird, dass der Schaden eintritt („perceived probability of loss“) und
- (3) ein großer Zeitdruck erlebt wird (perceived time pressure).

Welche Faktoren bestimmen aber ihrerseits wiederum das Ausmaß, in dem die drei Variablen wahrgenommen werden? Die drei Autoren bieten hier plausible Erklärungen an, die das Verständnis von Krisensituationen in Unternehmen wesentlich befördern können.

Zu (1) Perzipierter Schaden

Die Frage, ob eine Situation als krisenhaft definiert wird, hängt sehr stark mit dem Ereignis zusammen, das eine solche Wahrnehmung auslöst. Wodurch ist ein solches auslösendes Ereignis gekennzeichnet? Billings, Milburn und Schaalman postulieren im Anschluss an die entscheidungstheoretische Literatur, dass solche „triggering events“ im Wesentlichen mit Lücken oder Diskrepanzen gleich zu setzen sind. Eine gravierende Problemsituation (ein „großer Verlust“) wird demnach dann wahrgenommen, wenn eine Diskrepanz zwischen einem erwünschten Zustand (z. B. Ziel oder Plan) und dem ermittelten Ist-Zustand auftritt. Allerdings

wird nicht jede Abweichung als krisenhaft wahrgenommen, sondern nur solche, die deutlich jenseits eines akzeptierten Abweichungsniveaus liegen. Handelt es sich bei dem betreffenden Problemfeld ferner um ein als besonders wichtig erachtetes, so wird der mögliche Schaden als gravierend und damit potenziell krisenhaft wahrgenommen. Abbildung 1 verdeutlicht den Zusammenhang noch einmal.

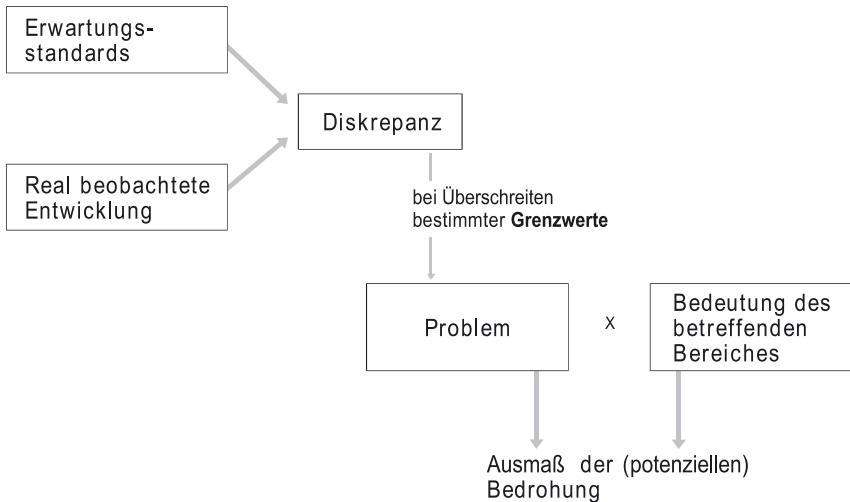


Abbildung 1: Problemwahrnehmung
(nach Billings / Milburn / Schaalman 1980)

(2) Perzipierte Wahrscheinlichkeit

Die Einschätzung, dass der mögliche Schaden (Verlust, Umsatzrückgang usw.) tatsächlich eintritt, hängt diesem Modell nach davon ab, wie stark an die Richtigkeit des angestrebten Zustands und die Messung des Ist-Zustandes geglaubt wird, in welchem Ausmaß es alternative Erklärungen für die Abweichungen gibt und in welchem Ausmaß Unsicherheit über die Wirksamkeit von möglichen Reaktionen besteht. Abbildung 2 fasst das Variablengerüst noch einmal zusammen.

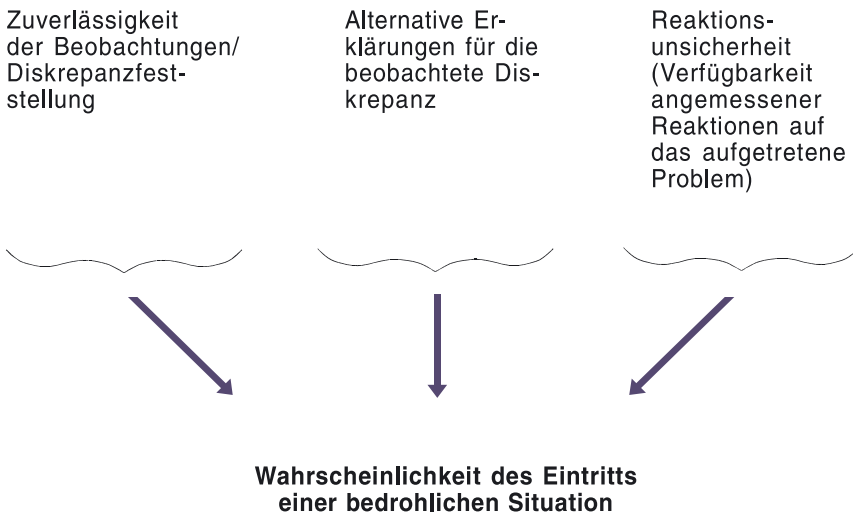


Abbildung 2: Perzipierte Wahrscheinlichkeit eines Schadens

(3) Zeitdruck

Die dritte Variable wird in ihrer Wahrnehmung durch mögliche negative Konsequenzen bestimmt, die aus der Nicht-Beachtung der registrierten Diskrepanz folgen können, sowie aus dem Zeitaufwand, der für die Suche nach einer geeigneten Lösung veranschlagt wird (vgl. Abbildung 3).

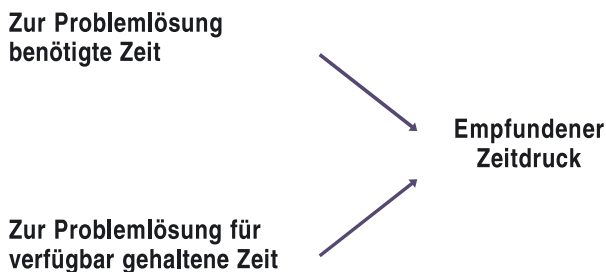


Abbildung 3: Empfundener Zeitdruck

Im Zusammenwirken der drei Variablen ergibt sich schließlich, ob und inwieweit eine Organisation oder eine Person eine Situation als Krise erlebt und definiert oder nicht. Abbildung 4 führt die drei Kernvariablen zusammen.

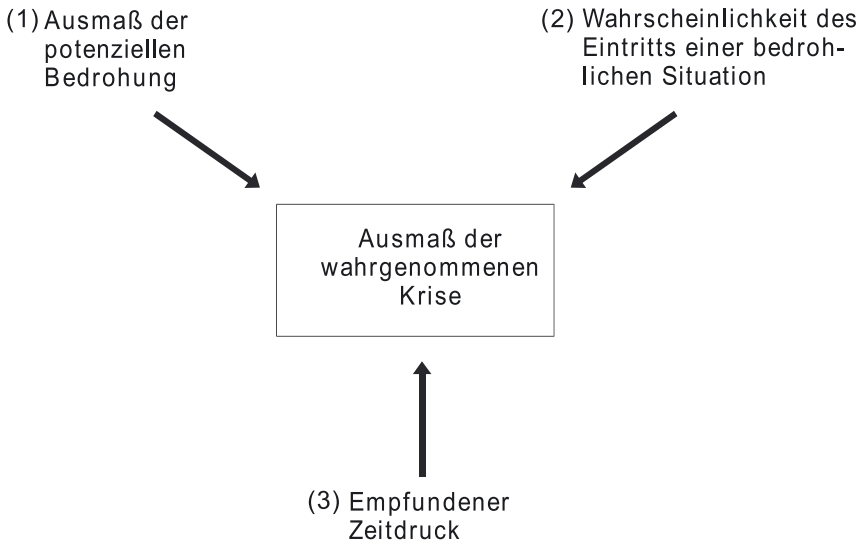
Ausmaß des Krisendrucks

Abbildung 4: Das Billings / Milburn / Schaalman-Modell

Das Billings / Milburn / Schaalman-Modell steht in der entscheidungstheoretischen Tradition und rekonstruiert das Perzeptionsgeschehen bei einer potenziellen Krise noch verhältnismäßig rational. Die Krisenforschung bezieht heute eine ganze Reihe weiterer Wahrnehmungsfaktoren mit ein, die sich nicht so schlüssig zu einer Ja / Nein-Entscheidung verdichten lassen. Versucht man die verschiedenen Aspekte zu ordnen, so lassen sich hier vier Problembereiche identifizieren, die einer effektiven Krisenwahrnehmung und damit auch einem effektiven Krisenmanagement im Wege stehen können:

- (1) Individuelle Wahrnehmungsverzerrungen,
- (2) organisatorische Wahrnehmungsverzerrungen,
- (3) organisatorische Prozesse und
- (4) Machtpolitik.

(1) Zu den einer schnellen Krisenwahrnehmung hinderlichen individuellen Verzerrungstendenzen gehören das Wunschdenken, das Diskrepanzen „verkleinert“ oder „unsichtbar“ macht, oder das Harmoniestreben, das die mit einer Krisendefinition unweigerlich einhergehenden Konflikte scheut und die „schreckliche Wahrheit“ deshalb flieht. Eine andere Verzerrungstendenz ist das Festhalten am Gebräuchlichen, das u.U. die mutige neue Interpretation des Problems, die zumindest für eine frühe Krisenerkennung benötigt wird, behindert oder ausschließt.

(2) Bei den organisatorischen Faktoren, die eine Krisenwahrnehmung behindern können, ist vor allem die Unternehmenskultur zu nennen (*Schein* 1997). Sie gibt zu wesentlichen Teilen die Folie vor, auf der die Wahrnehmung einer Unternehmung organisiert wird. Kollektive Vermeidungshaltungen, die Abwehr von kulturbedrohenden Wahrnehmungen oder die Zurückweisung von nicht faktengebundenen Vermutungen als bloße Spekulation sind typische Haltungen, die hier meist unbewusst am Werke sind. Auch fällt vielen Unternehmen die Selbstdefinition als Krisenunternehmen oder auch nur als krisenbedrohtes Unternehmen schwer, vor allem dann, wenn sie auf eine Erfolgsgeschichte zurückblicken können. Andere Aspekte, die hier große Bedeutung haben, sind Glaubwürdigkeit und Vertrauen: Inwieweit begünstigt eine Kultur, Kommunikationsinhalten zu vertrauen oder ihnen grundsätzlich zu misstrauen, verbunden mit der Aufforderung, erst einmal alles genau zu prüfen. Haltungen, wie die letztgenannten, stehen offensichtlich einer raschen und effektiven Krisendiagnose diametral entgegen.

Ferner ist spätestens seit Cyert und March (*Cyert/March* 1963) bekannt, dass Organisationen mehr dazu neigen, Unsicherheit zu vermeiden, als sich damit durch Bildung von Erwartungswerten und daran anschließenden Risikokalkülen aktiv auseinanderzusetzen. Sie versuchen, die interne und externe Unsicherheit zu umgehen, was häufig zu unvorhersehbaren Konsequenzen bei der Krisenwahrnehmung führt.

Dies sind Tendenzen, die vor allem dann wirksam werden, wenn die Existenz einer Diskrepanz nicht mehr verleugnet werden kann und es dann darum geht einzuschätzen, ob die Diskrepanz als Krisensymptom gewertet werden muss oder nicht.

(3) Neben diesen stark wahrnehmungsbezogenen Tendenzen gibt es eine Reihe weiterer Verzerrungsfaktoren, die unmittelbar in der Organisation ihre Ursache haben. Hier sind zunächst einmal Verzerrungseffekte zu nennen, die in der Hierarchie ihre Quelle haben (*Scholl* 1992). Die Hierarchie begünstigt den Einsatz von Filtern, insbesondere wenn es darum geht, problematische Informationen von „unten“ nach „oben“ zu kommunizieren. Die Hierarchie setzt aber auch andere Motive wie Aufstiegsehrgeiz oder die Kaschierung von Fehlern zur Vermeidung von Bestrafungen, die zu Pathologien in der Verarbeitung krisenrelevanter Informationen führen können.

Darüber hinaus sei an die Eigendynamik organisatorischer Prozesse erinnert. Organisatorische Problemdefinitionen sind in dieser Sicht eine nur in Teilen von der Organisationsspitze kontrollierte Entscheidung. Von großer Bedeutung sind daneben auch die Einwirkungen der verschiedenen Subsysteme und deren Interaktion. Die Arbeitsteilung und die Spezialisierung bringen es mit sich, dass die Subsysteme bzw. die sie konstituierenden Gruppen und deren Mitglieder die Unternehmenswirklichkeit sehr unterschiedlich wahrnehmen und zumeist nicht ganz deckungsgleiche Ziele verfolgen (z. B. Designziele, Produktivitätsziele, Marktanteilsziele usw.). Dies hat zur Folge, dass Organisationen nur in Ausnahmefällen zu einem einheitlichen Krisenverständnis vordringen.

Diese Perspektive wird weiter zugespitzt im Modell der „Organisierten Anarchie“ (Cohen/March/Olsen 1972, Friedberg 1995). Die Definition eines Entscheidungsproblems oder eben einer Krise wird in diesem Konzept als eine Art Treffpunkt konzipiert, als ein Treffpunkt für Probleme, die eine Gelegenheit suchen, nach „oben“ getragen zu werden, für Streitfragen, die nach Klärung suchen, für vorgefertigte Problemlösungen, die nach einem passenden Problem fahnden und für Teilnehmer, die nach Problemen oder nach dem Vergnügen, an Entscheidungen teilzuhaben, Ausschau halten. Die Organisation ebenso wie die Teilnehmer operieren auf der Basis einer Vielzahl von inkonsistenten und vage definierten Präferenzen, die man besser als lose Sammlung von Ideen, Wünschen und Vorstellungen denn als kohärentes System bezeichnen könnte. Häufig werden Präferenzen erst im Laufe des Definitionsprozesses durch Handeln „entdeckt“ oder verändert. Die Teilnehmerschaft an einem Entscheidungsprozess ist unstet und fließend, Teilnehmer kommen und gehen, ihr Interesse variiert, sie sind gewöhnlich in eine Vielzahl von Foren verwickelt. Die Ergebnisse von Krisendefinitionsprozessen sind daher das Produkt eines komplexen Geflechts vielfach ineinander fließender Prozesse der Interpretation und Interaktion, Einwirkungen von „außen“ (z. B. Termine, Fristen), spontaner Aktionen, wobei in nicht wenigen Fällen Zufälle für den Ausgang des Prozesses ausschlaggebend sind.

(4) Einen weiteren wichtigen Aspekt betont die Theorie politischer Prozesse in Organisationen, nach der die Definition einer Krise und die Akzeptanz dieser Definition von den Machtprozessen in einer Organisation abhängen. Politische Prozesse haben in divergierenden Interessen ihren Ursprung. Bei der Definition einer Krise versuchen sich dann, wie bei allen als relevant erlebte Fragestellungen, Organisationsmitglieder – auch gegen Widerstreben – durchzusetzen, Koalitionen zu bilden, geeignete Verhandlungsstrategien zu wählen usw. Alle diese Fäden, Intrigen und Verbindungen werden „hinter den Kulissen“ gezogen, sind also nicht offen sichtbar und liegen jenseits aller formalen Strukturen. Im Resultat sind diese Kräfte für das Erkennen und Akzeptieren einer Krise äußerst bedeutsam, gleichgültig, ob in einem positiven oder in einem negativen Sinne. Politische Prozesse werden zu wesentlichen Teilen über die Möglichkeit entschieden, Macht zu akkumulieren. Der Machtaspekt ist deshalb ein Kern-Bestandteil der „politischen“ Krisendefinition, genauer die Möglichkeit, den eigenen Anliegen in Krisenerkennungs- und -definitionsverfahren Gehör zu verschaffen und Nachdruck zu verleihen (Pettigrew 1973; Morgan 1997).

Ein weiterer zentraler Aspekt politischer Prozesse ist die Legitimität (Pettigrew 1977; Neuberger 1995, S. 80 ff.). Für solche Fragen, wie welches Problem überhaupt zu einem relevanten Entscheidungsproblem oder als Krise gesehen wird und ob eine dafür vorgeschlagene Problemlösung grundsätzlich als tragbar gelten kann, spielt die zugeordnete oder zuordenbare Legitimität eine nicht unerhebliche Rolle. Politische Prozesse stellen darauf ab, Legitimität für Definitionen der Probleme, Werte und Lösungen der fraglichen Gruppe zu schaffen. Die Beteiligten versuchen,

durch Konstruktion von Symbolen und einschlägiger Interpretationen die eigenen Anliegen mit Legitimität zu versorgen und konkurrierende Problemdefinitionen oder Krisenerklärungen zu „delegitimieren“. Von wesentlicher Bedeutung für diesen Prozess ist die Frage, wie legitim das vorgetragene Anliegen von den anderen Mitspielern wahrgenommen und empfunden wird.

Der Rekurs auf unternehmensspezifische Traditionen oder Werte, sei es durch den Ausweis, dass die eigene Problemdefinition in Übereinstimmung damit steht, oder sei es, dass die Interpretationen und Lösungsmuster der Opponenten als davon abweichende Meinung markiert werden, ist regelmäßiger Bestandteil des organisatorischen Legitimationsdiskurses (Beyer 1981). Dies verweist zugleich auf die oben schon erwähnte Unternehmenskultur, die mit ihren wertmäßigen Vorgaben und ihren impliziten Deutungsvorschriften auch hier den Hintergrund abgibt.

Insgesamt zeigt sich also, dass die Frage, ob und ggf. wie Organisationen Krisen wahrnehmen, das Faktum einer Krisensituation für sich akzeptieren, die Intensität einer Krise bestimmen usw. nicht nur von subjektiven Diskrepanzeinschätzungen abhängt – wie in dem Modell von Billings, Milburn und Schaalman angenommen –, sondern von einer Reihe weiterer Faktoren, die originär organisatorischer Natur sind. Neben der Organisationsstruktur und ihren unbeabsichtigten Nebenwirkungen (Spezialisierungseffekte, Abteilungsegoismen, Hierarchiefilter in der Krisenkommunikation usw.) sind es vor allem die informellen, emergenten Strukturen und Prozesse (Unternehmenskultur, politische Prozesse, Statushierarchien usw.), die für das Verstehen der Krisenwahrnehmung in Unternehmen und darauf folgender Reaktionen von herausragender Bedeutung sind.

So bedeutsam die genannten Prozesse auch sind, sie sollten allerdings nicht den Blick dafür verstellen, dass Krisenentwicklungen häufig eine zwingende Dynamik innewohnt, die zunehmend der organisatorischen Kontrolle entgleitet.

Mit anderen Worten: Krisen vereindeutigen sich zunehmend, bis sie schließlich im täglichen Handeln nicht mehr übersehen oder übergangen werden können, d. h. ab einem bestimmten Zeitpunkt erzwingen sie Handeln oder aber das System verliert seine Existenz (zu verschiedenen Phasenmodellen der Krisenentwicklung vgl. etwa Krystek 1989). Die deutsche Insolvenzordnung und -praxis zeigt unmissverständlich auf, wie mit Unternehmen, die am Ende dieser Krisenentwicklung angelangt sind, zu verfahren ist. In all diesen Fällen übernimmt die „Umwelt“, hier konkret das Rechtssystem die Kontrolle über das System.

Die Interpretationssicherheit im System nimmt mit dem Umweltdruck entsprechend zu (vgl. Abbildung 5). Das bedeutet zugleich, dass die oben beschriebenen Prozesse in den Anfangsphasen von Krisen einen sehr viel breiteren Spielraum vorfinden als zum Ende hin.

Für das Management von Krisen ist neben der Wahrnehmung von Krisen die Frage der Krisenursache entscheidend.

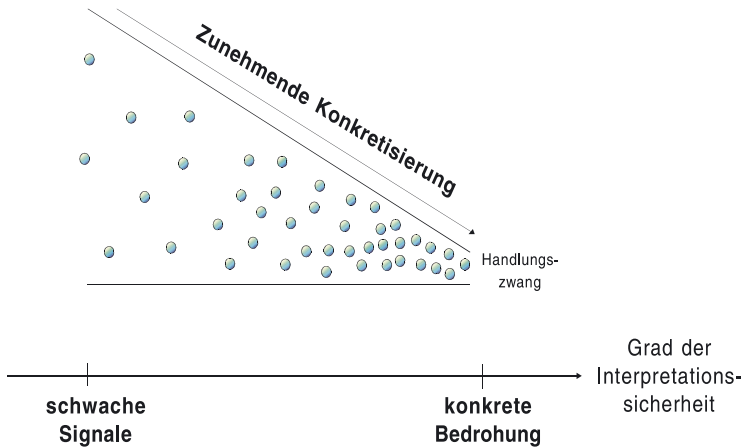


Abbildung 5: Krisenentwicklung

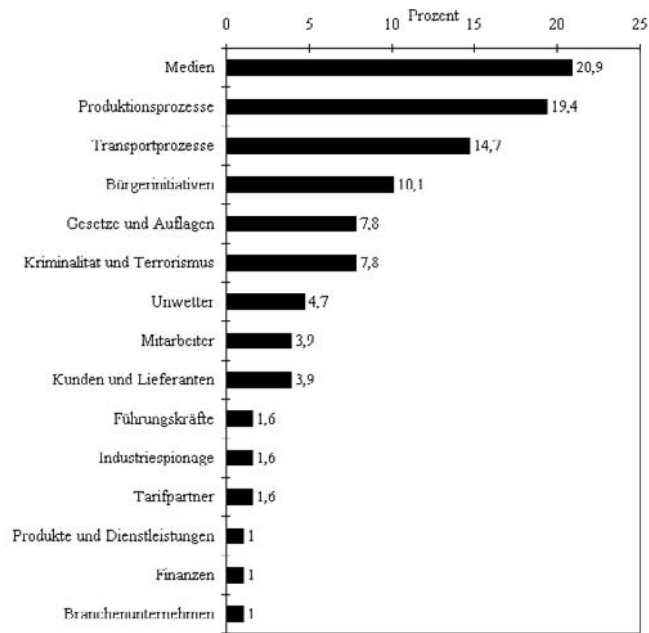
III. Krisenursachen und Krisentheorien

Die erfolgreiche Bewältigung (vermuteter) Krisen setzt eine systematische Analyse von Krisenursachen und Ursachenzusammenhängen voraus. Mögliche Ursachen von Unternehmenskrisen sind ebenso vielfältig wie das ganze Spektrum der Betriebswirtschaftslehre. Es gibt keinen Bereich im betrieblichen Aktivitätsspektrum und im Umfeld von Unternehmen, der nicht eine Krise verursachen könnte. Entsprechend vielfältig und heterogen fallen auch die Studienergebnisse aus, die Krisenursachen nach Häufigkeit aufzulisten versuchen: Produktprobleme, fehlende finanzielle Mittel, Überschuldung, Absatzprobleme, Währungsprobleme, Fehlbesetzungen in Führungspositionen, strategische Probleme, Fehlorganisation usw.

Stellvertretend für viele andere derartige Forschungsbefunde sei in Abbildung 6 das Ergebnis einer Kieler Forschungsgruppe aus dem Jahre 1999 kurz aufgeführt.

Interessant ist zu sehen, wie groß hier die Bedeutung der Medienberichterstattung als Krisenverursacher eingeschätzt wird. In den meisten anderen Erhebungen dieser Art (vgl. z. B. die regelmäßig durchgeführten Erhebungen von *creditreform*) werden Managementfehler in der Regel als häufigste Krisenursache aufgeführt. So heißt es etwa in einer Studie aus dem Jahre 2002 zu mittelständischen Unternehmen ($n = 38$):

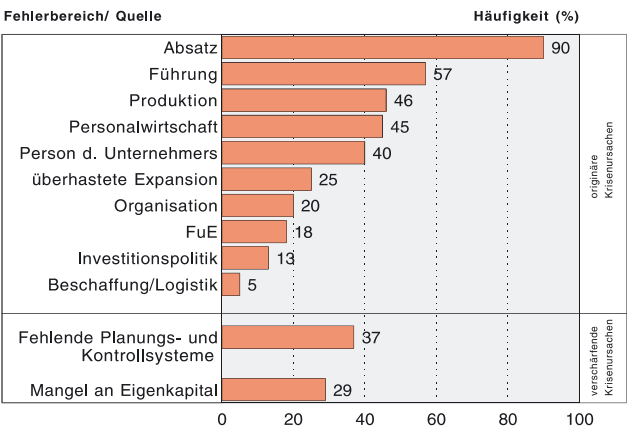
„Die Krisenursachen lagen primär in Versäumnissen der Unternehmensführung im laufenden Geschäft, dem gleichzeitigen Auftreten von Strukturveränderungen in Branche und Markt sowie in falschen Unternehmenszukäufen und deren unzureichender Integration. Betroffen waren insbesondere Unternehmen, die gewohnt sind, als Marktführer mit geringem Entscheidungsdruck aus einer Position der Stärke heraus zu agieren“ (Emmrich 2002).



Quelle: Roselieb 1999, S. 7.

Abbildung 6: Relative Häufigkeit der Krisenursachen

In einer älteren Studie von 72 Krisenfällen kommt Hauschildt (1983) zu ganz ähnlichen Ergebnissen:



Quelle: Hauschildt 1983, S. 146.

Abbildung 7: Häufigkeit der Misserfolgssegmente (n = 72)

So instruktiv derartige Auflistungen sind, so zeigt sich bei näherer Hinsicht doch, dass sie wenig Aufschluss über die eigentlichen Ursachen geben können. Absatzprobleme können zugleich Entwicklungsprobleme sein, Technologieprobleme können zugleich Führungsprobleme sein usw. Letztlich sind Unternehmenskrisen immer auch Führungsprobleme. Dies zeigt, dass Krisen selten monokausal erklärt werden können, sondern in der Regel von einem ganzen Bündel von Ursachen herrühren.

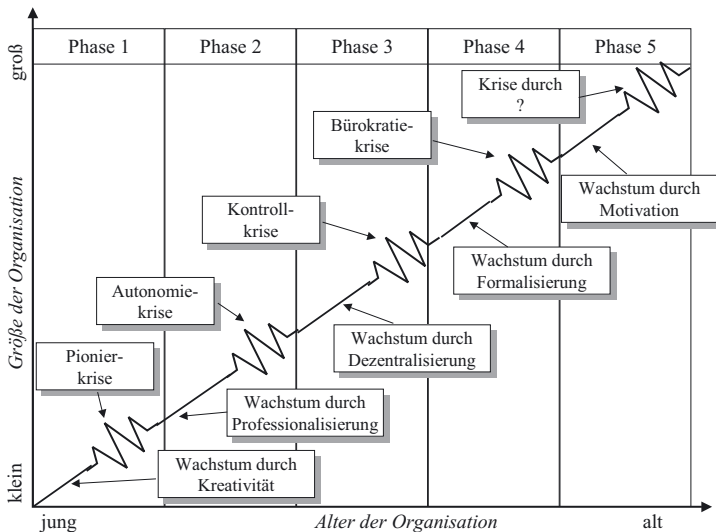
Ein tieferes Verständnis von Krisenursachen kann letztlich nur über Theorien gewonnen werden, die den Ursprung von Unternehmenskrisen zum Gegenstand haben.

Drei Krisentheorien ragen heraus:

- (1) Wachstumskrisen (Greiner),
- (2) Lebenszyklus-Krise,
- (3) Theorie der unterbrochenen Gleichgewichte (Tushman, Gersick, Miller).

(1) Das in der Managementtheorie wohl bekannteste Krisenmodell hat L. Greiner vorgelegt. In diesem Modell werden Krisen als bedrohliche Ereignisse begriffen, die im Zuge von Unternehmenswachstum und damit verbundenen strukturellen Anpassungsschwierigkeiten entstehen. Greiner postuliert, dass jede Entwicklungsstufe im Zuge des weiteren Wachstums spezielle, ihr inhärente Probleme mit sich bringt (z. B. Zentralismus, Informationsüberladung). Die daraus resultierenden Krisen können jeweils nur mit einer organisatorischen „Revolution“, d. h. mit der Einführung eines neuen, für das Unternehmen gänzlich ungewohnten Managementsystems gelöst werden. Abbildung 8 zeigt, gegliedert nach Phasen, die sich im Laufe des Wachstums typischerweise herausbildenden Systemkrisen und die darauf folgenden organisatorischen Revolutionen als Erfolg versprechende Lösungsmuster. Findet das System keine adäquate Antwort auf die jeweilige Krise, so verliert es seine Existenz.

Die Dynamik der Unternehmensentwicklung spitzt sich auf jeder Entwicklungsstufe zu einer jeweils neuen Krise zu. Es liegt in der dialektischen Natur der hier postulierten Entwicklung, dass die Problemlösungen der vorhergehenden Krise die Ursache der neuen Krise werden. So wird etwa die Kontrollkrise in Phase 3 durch die vorhergehende Dezentralisierung ausgelöst, die wiederum als Antwort auf den Drang nach mehr Autonomie im Management entwickelt worden war. Dialektisch ist auch die Annahme von Greiner, dass diese Krisen durchlebt werden müssen und nicht übersprungen werden können. Das einzige, was hiernach im Sinne eines Krisenmanagements getan werden könnte, ist, das Unternehmen für Krisen und „Revolutionen“ zu rüsten, damit es diese überstehen kann (zur evolutorischen Entwicklung von Unternehmen im Allgemeinen *Nelson 1995*).



Quelle: Greiner 1972, S. 41.

Abbildung 8: Konvergente (evolutionäre) und diskontinuierliche (revolutionäre) Phasen im Entwicklungsprozess einer Organisation

Die Krisenproblematik erscheint in dem Ansatz von Greiner etwas verharmlost. Viele Systeme zeigen sich Anforderungen, die solche Krisen stellen, nicht gewachsen. Wie hilflos viele neu gegründete Unternehmen der „Pionierkrise“ (vgl. Abbildung 8) gegenüberstehen, belegt die Gründerforschung (*Brüderl/Preisendörfer/Ziegler* 1998). Mit zunehmendem Alter ergibt sich ein monoton abnehmendes Insolvenzrisiko.

(2) Eine dem Greinermodell ganz ähnliche Krisenerklärung bieten die Lebenszyklus-Modelle (etwa: *Quinn/Cameron* 1983). Auch hier werden phasenspezifische Probleme herausgearbeitet, die beim Übergang von einem in den nächsten „Lebensabschnitt“ entstehen. Allerdings ist hier – getreu dem biologischen Vorbild – der Untergang irgendwann unabweislich.

(3) Die Bedeutung organisatorischer Transformation steht im Zentrum des dritten, heute meistbeachteten Krisen-Ansatzes, der Theorie des unterbrochenen Gleichgewichts (*Tushman/Newman/Romanelli* 1986; s. auch *Romanelli/Tushman* 1994). Im Rahmen von Fallstudien wurden die Entwicklungsverläufe von Unternehmen über längere Zeiträume hinweg rekonstruiert. Dabei stellen sie – ähnlich wie zuvor Greiner – fest, dass die Entwicklung einer Unternehmung durch ein Alternieren von Konvergenzphasen und krisenhaften Umsturzphasen gekennzeichnet ist. Im Gegensatz zu Greiners Konsekutivmodell begreifen sie diese Phasenfolge als sich permanent reproduzierendes Verlaufsmuster, ohne dabei einen be-

stimmten Fortschrittspfad zu unterstellen. Organisationen werden immer wieder, ganz unabhängig von ihrer Größe und ihrem Alter, mit Transformationserfordernissen konfrontiert sein und müssen deshalb – soll ihr Überleben sichergestellt sein – Transformationen bzw. Krisen erfolgreich bewältigen können.

Organisatorische Konvergenzphasen stehen in diesem Modell für Perioden mit stabilem Verlauf. Anders in den krisenhaften Umsturzphasen. Hier steht in aller Regel der gesamte organisatorische Bezugsrahmen zur Disposition („frame-breaking change“). Derartige Krisensituationen erfordern eine grundlegende Transformation der gesamten Organisation, die häufig systemweite Umstrukturierungen, die Um- bzw. Neudefinition der Unternehmensmission oder auch die Neubesetzung entscheidender Schlüsselpositionen im Unternehmen als Reaktion auf die tief greifende Krise zur Folge hat.

Hinsichtlich des zeitlichen Verhältnisses der beiden Phasen zeigte sich, dass üblicherweise lang anhaltende Phasen der Konvergenz von kurzen, eruptiven Umsturz-Phasen unterbrochen werden; erfolgreiche Organisationen zeichneten sich den Untersuchungsergebnissen zufolge dadurch aus, dass in den eruptiven Krisenphasen die erforderlichen Wandelprozesse schnell initiiert und vollzogen wurden, um dann wieder in einen Gleichgewichtszustand zurückzukehren. Im Hintergrund steht die These des unterbrochenen Gleichgewichts („punctuated equilibrium“). Langanhaltende Gleichgewichtszustände werden eruptiv-krisenhaft unterbrochen, danach pendelt sich wieder ein neues Gleichgewicht ein.

Die Frage, weshalb es diesem Modell nach immer wieder zu Krisen kommen muss, beantworten die Autoren mit der Entwicklungslogik. Der entscheidende Befund ist, dass die Basisorientierungen und Basismuster, auch das Systemdesign, regelmäßig für eine lange Periode unverändert bleiben (fünf, zehn oder sogar zwanzig Jahre). Gersick (1991) machte hier den weithin akzeptierten Vorschlag, Chomskys Begriff der Tiefenstruktur („deep structure“) zu nutzen, um diesen Normalzustand einer Organisation zu charakterisieren. Mit Tiefenstrukturen sind Grundüberzeugungen, grundsätzliche Machtverteilungen, organisatorische Basisstrukturen usw. gemeint, oder genauer *collective modes ... which define the order of the overall system*“ (Haken 1981, S. 17). Die Tiefenstrukturen determinieren überwiegend das Verhalten des Systems und bringen eine quasi natürliche Trägheit zugunsten der stabilen Strukturen mit sich. Über die Zeit hinweg entwickelt sich darüber hinaus eine Vereinfachungstendenz, die das System weiter stabilisiert, gewissermaßen „ultrastabil“ macht. Die ursprüngliche Reichhaltigkeit der organisationalen Orientierungsmuster wird Stück für Stück zugunsten einer effizienteren Einfachheit (simplicity) vermindert (Miller 1993). Diese „Vereinfachung“ bringt es aber auch mit sich, dass sich der Beobachtungsfokus des Systems schrittweise verengt und die Responsivität abnimmt, neue Entwicklungen ignoriert werden usw.

Konsequenterweise führt diese Ultrastabilität bei Wandelanforderungen in eine Krise. Der Wandel muss ja die Form einer organisationalen Revolution annehmen, ein Durchbruch, explosiv und fundamental. Daher werden Wandelperioden zu

krisenhaften Unterbrechungen, zu kurzen Perioden des Umsturzes und der Verwirrung im organisationalen Leben. Die alte Tiefenstruktur erodiert und wird im günstigsten Fall schlagartig durch neue Muster ersetzt. Im ungünstigsten Fall übersteht das System die Krise nicht.

Alle drei gezeigten Krisenmodelle neigen dazu, Krisen sehr stark als unabwendbare Ereignisse zu begreifen. Die Betriebswirtschaftslehre als anwendungsbezogene Wissenschaft ist aber neben der Erklärung des Auftretens von Krisen auch gehalten, Aussagen darüber zu bilden, ob und ggf. wie Krisen abgewendet oder sogar verhindert werden können.

IV. Krisenbewältigung

1. Krisenbeurteilung

Wie oben bei der Wahrnehmung von Krisen bereits betont, ist die erste entscheidende Vorbedingung für eine Bewältigung von Krisen die Erkenntnis, dass das Unternehmen von einer Krise bedroht ist oder bereits inmitten einer Krise steht. Dass einer solcher Erkenntnis eine Reihe von Faktoren personeller und organisatorischer Art als Hindernisse entgegensteht, muss an dieser Stelle nicht noch einmal dargelegt werden. Hier soll es vielmehr um Maßnahmen gehen, die diese Prozesse, wenn man so will, rational unterstützen können.

Bei der Krisenerkennung handelt es sich im Wesentlichen um Maßnahmen der Informationsgewinnung und -bewertung. Für die Informationsgewinnung gilt, dass eine Krise *ceteris paribus* umso effektiver bekämpft werden kann, je früher sie erkannt wird. Dementsprechend wurde eine große Zahl von Krisenfrüherkennungssystemen entwickelt (vgl. z. B. *Krystek/Müller-Stewens* 1993 oder *Hammer* 1998), die an unterschiedlichsten Indikatorenmodellen festgemacht werden.

Neben der Informationsgewinnung ist aber die Informationsbewertung der kritische Schritt. Kriseninformationen erreichen Unternehmen in der Regel in einem „rohen“ Zustand, d. h. sie sind interpretationsbedürftig und müssen erst daraufhin beurteilt werden, ob sie eine Krise oder krisenhafte Situation anzeigen. Aber nicht nur diese Grundsatzbeurteilung, ob die Informationen überhaupt auf eine Krise schließen lassen, steht an, es muss auch die Krise klassifiziert werden, etwa nach der Art der Bedrohung (finanzwirtschaftliche, logistische, fertigungstechnische usw.) oder nach dem Ausmaß der Dringlichkeit, um eine Grundlage für ein effektives Krisenmanagement zu gewinnen. Jenseits aller inhaltlichen Details solcher Krisenklassifikationen, auf die an dieser Stelle nicht eingegangen werden soll, ist es nötig, eine grundsätzliche Orientierung darüber herbeizuführen, ob es sich bei der fraglichen Krise um ein Problem eher kurzfristiger Natur handelt, etwa ein Bilanzverlust infolge einer Währungsschwankung oder ein Umsatzeinbruch infolge eines konjunkturell bedingten Nachfragerückgangs, oder ob es sich um eine struk-

turelle Krise handelt, die tief greifende Veränderungen und Maßnahmen erfordert. Häufig wird der Begriff des Krisenmanagements – im Unterschied zu dem hier vertretenen weiten Verständnis – nur auf solche Maßnahmen der Krisenbewältigung beschränkt. Im ersten Fall würde man dementsprechend von einem operativen Krisenmanagement, im zweiten von einem strukturell-strategischen Krisenmanagement sprechen. Zweiteres umfasst beinahe immer auch ersteres, nicht aber umgekehrt. Eine durch einen Lagerbrand verursachte Unternehmenskrise erfordert zum Beispiel ein rasches operatives Krisenmanagement, bedarf aber keiner strukturell-strategischen Maßnahmen.

2. Operative Maßnahmen

Im Mittelpunkt operativer Krisenbekämpfungsmaßnahmen steht der rasch wirk-same Eingriff, um die drohende Gefahr abzuwenden oder den eingetretenen Schaden abzumildern. Auch geht es hier nicht selten darum, die Situation soweit zu stabilisieren, dass Handeln wieder möglich wird. Die häufig chaotische Situation bei akuten Krisen gilt es zu stabilisieren, indem die Situation strukturiert und verstehbar gemacht wird (*Weick* 1993). Es gilt ferner, rasch neue Parameter zu definieren, die eine geeignete Reaktion auf die Krise erlauben. Dazu ist es erforderlich, die eingetretenen Bahnen zu verlassen und nach neuen unkonventionellen Lösungen Ausschau zu halten.

Aus der Analyse von Fällen der Krisenbewältigung lässt sich eine Reihe von Empfehlungen ableiten, die sich praktisch bewährt haben (vor allem: *Argenti* 2002):

Anwesenheit vor Ort: Die Anwesenheit von Führungskräften direkt vor Ort ist eine symbolische Maßnahme, die eine stark beruhigende Wirkung auf die Beteiligten ausübt und das Vertrauen verstärkt, dass an der Verbesserung der Situation gearbeitet wird.

Aufbau schneller Kommunikationskanäle: In Krisenzeiten funktionieren häufig die standardisierten Kommunikationskanäle nicht mehr oder werden als nicht mehr glaubwürdig eingestuft. Es ist daher wichtig, rasch neue Kommunikationskanäle einzurichten, damit das Vertrauen in die Kommunikation wieder gewonnen werden kann.

Festhalten an den regulären Arbeitsaufgaben „stay focused on business“: Um dem in einer akuten Krise aufkommenden Chaos entgegenzuwirken, hat es sich als wichtig erwiesen, dass an der Ausführung der regulären Arbeiten festgehalten wird. Anderenfalls droht eine Krise, zu viele zentrifugale Kräfte frei zu setzen.

Raum für Improvisation: Krisen erfordern häufig den Einsatz neuer Lösungen, vor allem dann, wenn die Art der Krise in dieser Form für die Beteiligten völlig neu ist (im Unterschied etwa zu einem Feuerwehrmann, der typischerweise auf der Basis eines Standardprogramms für krisenhafte Situationen operiert). Die Fähig-

keit zur Improvisation muss entsprechend gefördert und geschätzt werden, sonst ist sie in der krisenhaften Situation nicht verfügbar. Viele Unternehmen investieren dementsprechend in Krisentrainings, um die Mitarbeiter auf solche Situationen mental vorzubereiten. Dies geschieht vor allem dort, wo Krisen sehr rasch auch mit dem Verlust von Menschenleben verbunden sein können (etwa auf Bohrplattformen oder in chemischen Fabriken). Von der Shell International ist bekannt, dass sie das Unternehmenstheater nutzt (*Schreyögg/Dabitz* 1999), um mithilfe von Rollenspielen und inszenierten Krisen vorab eine bessere Vertrautheit mit der unübersichtlichen Situation einer akuten Krise zu ermöglichen. Ähnlich werden auch vielfach Simulationstrainings eingesetzt, um die Kompetenz zu erwerben, in einer akuten Krisensituation besonnen zu handeln.

3. Strukturelle Maßnahmen

Im Unterschied zu den operativen Maßnahmen, die durch rasches, meist intuitives Handeln den drohenden Schaden abwehren oder den unvermeidlichen Schaden begrenzen sollen, ist das strukturelle Krisenmanagement sehr viel reflexiver angelegt. Am Ausgangspunkt aller strukturell-strategischen Maßnahmen steht eine Hypothese oder genauer eine Erklärung der Krise durch Aufweis der (vermuteten) Ursachen. An eine systematische Analyse der Krisenursachen soll sich die Entwicklung eines Konzeptes anschließen, wie die strukturellen Probleme am effektivsten behoben werden können. Insbesondere ist hier abzuschätzen, ob die eingetretene Krise überhaupt noch wirtschaftlich bewältigt werden kann oder ob die Probleme schon soweit fortgeschritten sind, dass alle weiteren Maßnahmen ohne Aussicht auf Erfolg bleiben. Das neue deutsche Insolvenzrecht setzt ja bekanntlich genau an dieser Stelle an und fordert, stärker als das früher im Konkursrecht der Fall war, eine solche strukturelle Krisenanalyse, damit auf der Basis eines klareren Bildes über die weiteren Aussichten des Unternehmens entschieden werden kann.

Ansatzpunkte für die strukturelle Krisenanalyse bietet das Strategische Management mit seinen Heuristiken zur Analyse der Ressourcensituation eines Unternehmens und der Umweltgegebenheiten, um darauf aufbauend das Erfolgspotenzial und die Wettbewerbschancen eines Unternehmens abschätzen zu können (vgl. dazu im Einzelnen *Müller-Stewens/Lechner* 2003, *Steinmann/Schreyögg* 2000, Kap. 5).

Indessen, zu lange Zeit bleibt auch für diese Analyse nicht. Wie oben dargelegt, unterliegen Unternehmenskrisen typischerweise einer sich selbst verstärkenden Dynamik. Zu lange schwelende Krisen verstärken pathologische Tendenzen, führen zu einem Vertrauensverlust in die Führung und rufen Abwanderungstendenzen hervor. Verstärkt wird diese Abwärtsspirale in der Regel durch eine mangelnde Krisenkommunikation (*Mast* 2003). Fehlende Information wird in der Regel durch Gerüchte ersetzt, die eine Organisation erheblich destabilisieren können (*Kapferer* 1996).

Der zuletzt genannte Gesichtspunkt verweist bereits darauf, dass die emotionale Seite von Krisensituation bei der Entwicklung und Verwirklichung von strukturellen Krisenmaßnahmen nicht vernachlässigt werden darf. Das Erleben einer Krise löst in Unternehmen nicht selten eine Art Schock aus und gibt unwillentlich bestimmten Reaktionsweisen und Perspektiven eine Vorrangstellung. Typisch für Krisensituationen ist gerade nicht die unvoreingenommene Suche nach neuen Alternativen (wie es nach den Lehrsätzen des strukturellen Krisenmanagements zu erwarten wäre), sondern eher das verkrampfte Festhalten am Vertrauten und Altbewährten. Bekannt ist hier zum Beispiel der „Verfestigungseffekt“ (threat-rigidity effect), wonach Individuen und Organisationen gleichermaßen bei akuter Bedrohung zu einer Einschränkung der Informationssuche und einem Festhalten an eingefahrenen Verhaltensweisen tendieren (*Staw/Sandelands/Dutton* 1981, *Weick/Sutcliffe* 2001). Verwiesen wird in diesem Zusammenhang immer wieder auf das Beispiel der Saturday Evening Post, die in Zeiten zurückgehenden Absatzes unbeirrt an den turnusmäßigen Preiserhöhungen festgehalten oder die Chrysler Corp., die in Zeiten der Ölkrise ihre neuen Modelle mit den klassischen Hochverbrauchsmotoren ausgestattet hat. Ein anderer vielfach bestätigter Effekt ist die Tendenz zur Entscheidungscentralisation in der Krise und die damit einhergehende Einengung des Alternativenhorizonts (*Smart/Vertinsky* 1977). Im Übrigen gelten für die Entwicklung und Verwirklichung der strukturellen Krisenmaßnahmen die selben Einschränkungen und Verzerrungsmomente, die oben bereits bei der Krisenwahrnehmung zum Thema gemacht wurden, nämlich die Entfaltung politischer Prozesse und kognitiver Informationspathologien.

Insgesamt lassen sich aus den Studien zum strukturellen Krisenmanagement einige Regeln zur erfolgreichen Gestaltung dieser Prozesse herausdestillieren (*Smart/Vertinsky* 1977, *Watkins/Bazerman* 2003):

1. Statt blinder Zentralisation sollte in Krisensituationen eine gemeinsame Problemdefinition angestrebt werden, um die häufig sehr einschneidenden Maßnahmen des strukturellen Krisenmanagements allgemein verstehbar und akzeptierbar zu machen.
2. Errichtung von organisatorischen Strukturen speziell für den Krisenfall; diese sollen eine allzu große Anfälligkeit für die pathologischen Verhaltenstendenzen in Krisenfällen vermeiden helfen.
3. In der Krise offen führen. Statt verbissenem Festhalten an eingeschliffenen Entscheidungsroutinen hat sich in Krisensituationen die Öffnung für ungewöhnliche Perspektiven und die Stärkung von Eigeninitiativen bewährt.
4. Konflikte antizipieren, offen diskutieren und konstruktiv nutzen. Krisensituationen sind grundsätzlich Konfliktsituationen, die verschiedensten Interessen werden berührt, Besitzstände bedroht und Ressourcen neu verteilt; ein Unterdrücken der Konflikte verschärft eher die Krisensituation als dass sie weiterhelfen könnte. Ein zu starker Konformitätsdruck mit Verweis auf die Krise schwächt die Motivation, an der Behebung der Krise mitzuwirken.

Letzten Endes hängen aber die Krisenmaßnahmen auch von der schließlich gewählten Krisenbewältigungsstrategie ab. Streben die Entscheidungsträger eine Radikalsanierung mit einer erheblichen Reduzierung des Personals an oder soll es eher um eine innovative Turnaround-Strategie gehen? Wie auch immer die gewählte Strategie lautet, die verbleibenden Menschen müssen das neue Geschäft aufbauen und zum Erfolg bringen – Sanierung ist keinesfalls nur eine Frage des genialen Sanierers!

V. Krisenprävention

Krisenprävention ist der geordnete Versuch, „schwache Signale“ frühzeitig aufzufangen und Bedrohungen für Strategie und Ziele des Unternehmens rechtzeitig zu erkennen. Zur Prävention von Krisen ist eine Reihe von Modellen und Systemen entwickelt worden. Erinnert sei hier nur an die kennzahlengestützten Frühwarnsysteme (*Albach / Hahn / Mertens* 1979), die Früherkennung an Hand von „schwachen Signalen“ (*Ansoff* 1981) oder die so genannte Frühaufklärung (*Krystek / Müller-Stewens* 1993).

Wichtig ist es zunächst einmal zu erkennen, dass die typischen Informationssysteme von Unternehmen mit ihrer historischen Ausrichtung zur frühen Erkennung von Krisen wenig geeignet sind. Die von der Kostenrechnung, dem Jahresabschluss aber auch den meisten Controllingsystemen so sehr favorisierte Feedback-Kontrolle ist an historisch registrierbare durch betriebliches Handeln erzielte Ergebnisse gebunden. Informationen, die von so ausgerichteten Systemen erzeugt werden, kommen in den meisten Fällen für eine effektive Krisenprävention viel zu spät. Vertraut man nur auf die Feedback-Kontrolle, die ja in den Plandaten ihren differenzbildenden Maßstab hat, kann jede neuere Entwicklung nur in Form der Planabweichung erscheinen. Benötigt werden deshalb anders ausgerichtete Informationssysteme, die strukturell zu einem viel früheren Zeitpunkt mit der Informationsgewinnung ansetzen (*Schreyögg / Steinmann* 1987).

Zur Krisenprävention wird eine zukunftsbezogene Informationsverarbeitung benötigt. Schon die Prämisse über die interne und externe Umwelt im Rahmen von Planungs- und Entscheidungsprozessen – und nicht erst die realisierten Pläne – bedürfen einer fortwährenden Beobachtung und einer Gegenüberstellung mit der tatsächlichen Entwicklung.

Aber auch die ersten erzielten Ergebnisse von betrieblichen Vorhaben sind zum Gegenstand einer Informationsgewinnung im Sinne einer Krisenprävention zu machen. Ziel ist es, Resultate, die sich im Zuge von Realisationsmaßnahmen ergeben, zu sammeln und im Sinne eines *Feedforward* als Prüfstein für die Tragfähigkeit des verfolgten Geschäfts zu verwenden. Mit anderen Worten, auf der Basis der ersten Ergebnisse wird eine Prognose erstellt, die mögliche Signale für eine krisenhafte Entwicklung aufspürt.

Als Hilfsmittel zur Strukturierung dieser Informationsgewinnung werden häufig so genannte Meilensteine eingesetzt, als Zwischenergebnispunkte, die einen Schluss auf die Erreichbarkeit des geplanten Endergebnisses erlauben sollen. Die Krisenprävention hat bei dem Auftreten von Abweichungen von den ausgewiesenen strategischen Zwischenzielen (Meilensteinen) zu entscheiden, ob dadurch der Kurs des Unternehmens gefährdet ist oder nicht. Nicht jede Abweichung von einem Meilenstein bedeutet jedoch schon eine drohende Krise. Es ist hier vielmehr eine sorgfältige Abwägung zu treffen, ob der Kurs trotzdem gehalten werden kann (evtl. mit Hilfe von Nachbesserungsmaßnahmen) oder ob eine Umsteuerung in die Wege geleitet werden muss.

Diese beiden spezialisierten und damit selbst auch wieder stark selektiven Präventionsaktivitäten müssen ihrerseits eingebettet werden in eine unspezialisierte und insofern Allgemeine Krisenüberwachung. Sie dient als eine Art Auffangnetz. Damit wird der Einsicht Rechnung getragen, dass es in der Regel zahlreiche kritische Ereignisse gibt, die im Rahmen der Prämissensetzung übersehen oder auch falsch eingeschätzt werden, und die auch nicht so schnell ihren Niederschlag in betrieblichen Ergebnissen finden. Die Allgemeine Krisenüberwachung hat deshalb ihre Suchaktivitäten breit zu streuen, d. h., sie ist nicht von vornherein auf ein konkretes Objekt bezogen. Diese Art der Krisenprävention gleicht einem sensiblen Raddarschirm, der jede „verdächtige Bewegung“ auffängt. Ob es sich tatsächlich um ein Krisensignal handelt, kann immer erst im Rahmen eines sorgfältigen Auswertungsprozesses entschieden werden. Die Informationen werden nicht als Krisenwarnung aufgefangen, sondern entstammen für gewöhnlich ganz anderen Kontexten. Krisenprävention heißt deshalb immer auch Interpretation von Informationen oder – wenn man so will – „sense making“.

Wer soll die Krisenprävention durchführen? Häufig wird vorgeschlagen, die Aktivitäten zu bündeln und sie einer Stabsabteilung (Krisenstab) zu übertragen. Diese Lösung ist jedoch mit Zurückhaltung aufzunehmen. Verlangt dieser Vorschlag doch, dass die Krisenprävention aus den täglichen Handlungs- und Informationsprozessen ausgliederbar ist und einem Expertenteam überantwortet werden kann. Diese Voraussetzungen sind bei der Krisenprävention jedoch nur in geringem Maße gegeben. Krisenprävention verlangt eine direkte Beobachtung der Kunden, der Lieferanten, der Konkurrenten usw., die häufig nur vor Ort geleistet werden kann.

Die Krisenprävention entzieht sich deshalb ihrem Wesen nach einer Zentralisierung. Sie ist eine Aufgabe, die im Kern nur dezentral von Mitarbeitern in den verschiedensten Teilen des Unternehmens, die aus ihrer alltäglichen Interaktion mit der Unternehmensumwelt über entsprechendes Wissen und Urteilskraft verfügen, geleistet werden kann. Diese dezentrale Aufgabe umfasst sowohl die Informationsaufnahme als auch deren Interpretation und eine erste Einschätzung der Relevanz. Letzteres ist schon deshalb erforderlich, weil ansonsten ohne Filterung viel zu viele Informationen in den Informationsverarbeitungsprozess einfließen würden. Die

moderne Informationstechnologie lädt nachgerade zu solchem Informationsüberfluss ein.

Die Bewertung von Kriseninformationen ist ein offener Prozess, lassen doch die zumeist nur schwachen Signale breiten Raum für unterschiedliche Interpretationen und Relevanzeinschätzungen; die Eindrücke des Einzelnen müssen vielmehr diskutiert und dorthin getragen werden, wo letztlich über das Vorliegen einer Bedrohung und entsprechende Konsequenzen entschieden wird.

Die Weitergabe krisenrelevanter Informationen bereitet in der Praxis größere Schwierigkeiten als gemeinhin vermutet wird. Man darf nicht vergessen, dass Kriseninformationen in der Regel unangenehme Informationen sind, vor allem für die oberen Entscheidungsträger. Neben bürokratischen Hemmnissen (Einhaltung des Dienstweges, Formularwesen usw.) sind es nicht selten auch Fragen der Macht (Wer hat das Recht, hier eine Krise zu diagnostizieren?), die einer regen Informationsaktivität entgegenwirken können. Dies führt zurück zu unserem Ausgangspunkt, zu den Fragen der *Krisenwahrnehmung*.

VI. Ausblick

So unterschiedlich die empirischen Studien zu Unternehmenskrisen auch ausgelegt sind, an einem Punkt sind sich fast alle einig: Signale, die eine Krise frühzeitig erkennen ließen, sind fast immer vorhanden gewesen, es fehlte aber in den Unternehmen an geeigneten Strukturen und auch an Mut, diese Signale aufzugreifen und zum Gegenstand einer Krisen debate zu machen. Die Illusion, alles wird sich schon zum Guten wenden, beherrscht zu sehr das Denken, und auch Gegeninformationen, die ein Festhalten am eingeschlagenen Weg begründen können, sind immer zur Hand. Es bedarf daher einer Einstimmung des gesamten Systems, damit Kriseninformationen effektiv verarbeitet werden können. Die Unternehmenskultur spielt dabei eine herausragende Rolle. Wichtig ist die Schaffung einer Kultur, die ein Unternehmen zur Selbstkritik befähigt. Eine solche kritikfähige Organisation hat Merkmale wie: Durchlässige Kommunikationsstrukturen (geringe Schwellenängste, unkomplizierte Meldewege usw.), Akzeptanz von Neinsagern (kein zu starker Konformitätsdruck, Ermunterung zu Zivilcourage usw.), oder Mut, eingeschliffene Denkmuster in Frage zu stellen. Ein Blick in die alltägliche Unternehmenspraxis zeigt, dass im Hinblick auf die Realisierung solcher kritikfähiger und damit einer Krisenprävention förderlicher Strukturen noch viel zu tun bleibt.

Literaturverzeichnis

- Albach, H. / Hahn, D. / Mertens, P.* (1979): Frühwarnsysteme, in: ZfB-Ergänzungsheft Vol. 49, 1979, Nr. 2.
- Ansoff, H. I.* (1981): Zum Entwicklungsstand betriebswirtschaftlicher Planungssysteme (Übersetzung aus dem Englischen), in: Steinmann, H. (Hrsg.): Planung und Kontrolle, München 1981, S. 59–82.
- Argenti, P.* (2002): Crisis Communication: Lessons from 9/11, in: Harvard Business Review Vol. 20, 2002, Nr. 12, S. 3–8.
- Beyer, J. M.* (1981): Ideologies, values, and decision making in organizations, in: Nystrom, P. C. / Starbuck, W. H. (Hrsg.): Handbook of organizational design, Oxford 1981, S. 166–202.
- Billings, R. S. / Milburn, T. W. / Schaalman, M. L.* (1980): A model of crises perception: A theoretical and empirical analysis, in: Administrative Science Quarterly Vol. 25, 1980, S. 300–316.
- Brüderl, J. / Preisendörfer, P. / Ziegler, R.* (1998): Der Erfolg neugegründeter Unternehmen, Berlin 1998.
- Cohen, M. D. / March, J. G. / Olsen, J. P.* (1972): A garbage can model of organizational choice, in: Administrative Science Quarterly Vol. 17, 1972, S. 1–25.
- Cyert, R. M. / March, J. G.* (1963): A behavioral theory of the firm, Englewood Cliffs, N.J. 1963.
- Emmrich, V.* (2002): Unternehmenskrisen im Mittelstand: Krisenursachen und Erfolgsfaktoren der Krisenbewältigung, München 2002.
- Friedberg, E.* (1995): Ordnung und Macht. Dynamiken organisierten Handelns, Frankfurt a.M. / New York 1995.
- Gersick, C. J. G.* (1991): Revolutionary change theories: A multilevel exploration of the punctuated equilibrium paradigm, in: Academy of Management Review Vol. 16, 1991, S. 10–36.
- Greiner, E.* (1972): Evolution and revolution as organizations grow, in: Harvard Business Review Vol. 50, 1972, Nr. 4, S. 37–46.
- Haken, H.* (1981): Synergetics: Is self-organization governed by universal principles?, in: Jantsch, E. (Hrsg.): Toward a unifying paradigm in physical, biological, and sociocultural evolution, Boulder, CO. 1981, S. 15–23.
- Hammer, R. M.* (1998): Strategische Planung und Frühaufklärung, München 1998.
- Hauschildt, J.* (1983): Aus Schaden klug, in: manager magazin 1983, Nr. 10, S. 142–152.
- Hermann, C. F.* (1969): Crises in foreign policy, Indianapolis 1969.
- (1972): International Crises, New York 1972.
- Kapferer, J.-N.* (1996): Gerüchte, Köln 1996.
- Krystek, U.* (1987): Unternehmenskrisen, Wiesbaden 1987.

- (1989): Entwicklung und Kultur der Unternehmung werden durch Krisen verändert, in: ZfO Vol. 3, 1989, S. 186 – 193.

Krystek, U. / Müller-Stewens, G. (1993): Frühaufklärung für Unternehmen, Stuttgart 1993.

Mast, C. (2003): Unternehmenskommunikation, Stuttgart 2003.

Milburn, T. W. / Schuler, R. S. / Watman, K. H. (1983): Organizational Crisis. Part I: Definition and Conceptualization, in: Human Relations Vol. 36, 1983, Nr. 12, S. 1141 – 1160.

Miller, D. (1993): The architecture of simplicity, in: Academy of Management Review Vol. 18, 1993, S. 116 – 138.

Morgan, G. (1997): Images of organization, 2. Aufl., Thousand Oaks et al. 1997.

Müller-Stewens, G. / Lechner, C. (2003): Strategisches Management, Stuttgart 2003.

Nelson, R. E. (1995): Recent evolutionary theorizing about economic change, in: Journal of Economic Literature Vol. 33, 1995, S. 48 – 50.

Neuberger, O. (1995): Mikropolitik, Stuttgart 1995.

Pettigrew, A. M. (1973): The politics of organizational decision-making, London 1973.

- (1977): Strategy formulation as a political process, in: International Studies of Management & Organization Vol. 7, 1977, Nr. 2, S. 78 – 87.

Quinn, R. E. / Cameron, K. (1983): Organizational life cycles and shifting criteria of effectiveness: some preliminary evidence, in: Management Science Vol. 29, 1983, S. 33 – 52.

Romanelli, E. / Tushman, M. L. (1994): Organizational transformation as punctuated equilibrium: An empirical test, in: Academy of Management Journal Vol. 37, 1994, S. 1141 – 1166.

Roselieb, F. (1999): Frühwarnsysteme in der Unternehmenskommunikation, Manuskripte aus den Instituten für Betriebswirtschaftslehre der Universität Kiel, Nr. 512, Kiel 1999.

Schein, E. H. (1997): Organizational culture and leadership: A dynamic view, 2. Aufl., San Francisco et al. 1997.

Scholl, W. (1992): Informationspathologien, in: Frese, E. (Hrsg.): Handwörterbuch der Organisation, 3. Aufl., Stuttgart 1992, S. 900 – 912.

Schreyögg, G. / Dabitz, R. (1999): Unternehmenstheater, Wiesbaden 1999.

Schreyögg, G. / Steinmann, H. (1987): Strategic control: A new perspective, in: Academy of Management Review Vol. 12, 1987, S. 91 – 103.

Smart, C. / Vertinsky, I. (1977): Designs for crisis decision units, in: Administrative Science Quarterly Vol. 22, 1977, S. 640 – 657.

Staw, B. M. / Sandelands, L. E. / Dutton, J. E. (1981): Threat-rigidity effects in organizational behavior: A multilevel analysis, in: Administrative Science Quarterly Vol. 26, 1981, Nr. 4, S. 501 – 524.

Steinmann, H. / Schreyögg, G. (2000): Management – Grundlagen der Unternehmensführung, 5. Aufl., Wiesbaden 2000.

- Tushman, M. L. / Newman, W. H. / Romanelli, E. (1986):* Convergence and upheaval: Managing the unsteady pace of organizational evolution, in: *California Management Review* Vol. 24, 1986, Nr. 1, S. 29–44.
- Watkins, M. D. / Bazerman, M. H. (2003):* Predictable surprises: The disasters you should have seen coming, in: *Harvard Business Review* Vol. 81, 2003, Nr. 3, S. 72–80.
- Weick, K. E. (1993):* The collapse of sensemaking in organizations: The Mann Gulch disaster, in: *Administrative Science Quarterly* Vol. 38, 1993, Nr. 4, S. 628–652.
- Weick, K. E. / Sutcliffe, K., M. (2001):* Managing the unexpected: Assuring high performance in an age of complexity, San Francisco 2001.
- Witte, E. (1981):* Die Unternehmenskrise, in: Bratschitsch, R. / Schnellinger, W. (Hrsg.): *Unternehmenskrisen*, Stuttgart 1981, S. 7–24.

Insolvenzprognosen auf der Basis von Jahresabschlüssen

Von Jörg Baetge und Eric Sickmann

I. Einleitung

Im Jahr 2002 wurde in Deutschland ein neuer Höchststand an Unternehmensinsolvenzen erreicht. Nach Angaben des *Verbands der Vereine Creditreform e. V.* belief sich die Zahl der Unternehmensinsolvenzen im Jahr 2002 auf 37.700. Damit stieg die Zahl der Unternehmensinsolvenzen im Vergleich zum Vorjahr um 16,4 %.¹

Aktionäre, Kreditinstitute und Abschlussprüfer fragen sich, wie derartige Unternehmenskrisen so früh erkannt werden können, dass eine Sanierung der betreffenden Unternehmen noch möglich ist und der im Insolvenzfall sonst eintretende Vermögensverlust der Kapitalgeber vermieden werden kann. Informationsgrundlage der unternehmensexternen Interessengruppen ist in diesem Zusammenhang meist nur der veröffentlichte Jahresabschluss und gegebenenfalls der Lagebericht des jeweiligen Unternehmens. Diese Informationsinstrumente müssen bilanzanalytisch ausgewertet werden.

Ziel der Bilanzanalyse ist es, entscheidungsnützliche Informationen über die gegenwärtige wirtschaftliche Lage und die künftige wirtschaftliche Entwicklung eines Unternehmens aus den den Interessengruppen zur Verfügung stehenden Informationsinstrumenten zu gewinnen. Die zwei wesentlichen Informationsziele sind: Informationen über die Ertragslage bzw. Ertragskraft eines Unternehmens zu erhalten (erfolgswirtschaftliche Analyse = „Wird Geld verdient?“) und Informationen über die Vermögens- und Finanzlage zu gewinnen (finanzwirtschaftliche Analyse = „Ist die Verdienstquelle gesichert?“).² Beide Bereiche zusammen sollen den Bilanzanalytiker informieren, welche Bestandsfestigkeit bzw. welchen Gesundheitszustand das Unternehmen zum Bilanzstichtag erreicht hat: Mit den Mitteln der Bilanzanalyse soll der Bilanzanalytiker die Möglichkeit erhalten, gesunde (solvente) Unternehmen (*G*) von kranken (insolvenzgefährdeten) Unternehmen (*K*) zu trennen.

Für diesen Zweck wurden mathematisch-statistische Verfahren auf der Basis von empirischen Daten entwickelt, die anhand der Jahres- oder Konzernabschluss-

¹ Vgl. Verband der Vereine Creditreform, Insolvenzen in Europa, S. 3.

² Vgl. Coenenberg, A. G., Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 907 u. 951 – 952.

daten tausender gesunder und kranker Unternehmen eine relativ genaue Trennung von gesunden und kranken Unternehmen ermöglichen. Diese Verfahren wurden immer weiter entwickelt, so dass die Wahrscheinlichkeit einer Fehlklassifikation von Unternehmen sehr gering ist. Indes sind diese Verfahren sehr komplex, so dass ein Kleinaktionär selbst keine solche Analyse erstellen kann, damit er darauf aufbauend eine Entscheidung darüber treffen könnte, ob er Aktien eines Unternehmens kaufen, halten oder verkaufen soll. Können Kleinaktionäre trotzdem die wirtschaftliche Lage anhand der publizierten Informationen beurteilen?

In den folgenden Ausführungen werden zunächst moderne Verfahren der Bilanzanalyse – die Multivariate Diskriminanzanalyse und die Künstliche Neuronale Netzanalyse – vorgestellt. Im Anschluss wird gezeigt, wie auch ohne diese komplexen Verfahren der Bilanzanalyse ein Urteil über die künftige wirtschaftliche Entwicklung eines Unternehmens getroffen werden kann. Dieses Vorgehen soll anhand des Beispiels des Philipp Holzmann Konzerns verdeutlicht werden.

II. Moderne Verfahren der Bilanzanalyse

1. Multivariate Diskriminanzanalyse

Die Multivariate Diskriminanzanalyse (MDA) ist ein Verfahren, mit dem Gruppenzugehörigkeiten anhand von mehreren Variablen bestimmt werden können. Mit der Multivariaten Diskriminanzanalyse wird analysiert, anhand welcher Variablen bestimmte Gruppen besonders gut zu unterscheiden sind.³ Angewendet auf die Fragestellung der Unternehmensbeurteilung mit Hilfe von Jahresabschlusskennzahlen werden mit der Diskriminanzanalyse Unternehmen der Gruppe der gesunden oder der Gruppe der kranken Unternehmen zugeordnet. Die Variablen, anhand derer die Gruppenzugehörigkeiten ermittelt werden, sind in diesem Falle Jahresabschlusskennzahlen. Multivariat bedeutet, dass mehrere Kennzahlen gleichzeitig zur Klassifikation herangezogen werden. Benutzt man nur eine Kennzahl zur Trennung von gesunden und kranken Unternehmen, handelt es sich um eine univariate Diskriminanzanalyse. Da eine einzige Kennzahl indes nicht die gesamte wirtschaftliche Lage eines Unternehmens im Sinne des Ganzheitlichkeitsprinzips abbilden kann, sollten mehrere Kennzahlen und somit die Multivariate Diskriminanzanalyse angewendet werden.

Für die Multivariate Diskriminanzanalyse zur Unternehmensbeurteilung wird eine große Zahl von Jahresabschlüssen von gesunden, d. h. solventen Unternehmen und von kranken Unternehmen, d. h. von Unternehmen, von denen bekannt ist, dass sie später insolvent geworden sind, benötigt. Diese Jahresabschlüsse werden auf zwei Stichproben, die Analysestichprobe und die Kontrollstichprobe, verteilt. Die Analysestichprobe dient der Ermittlung der Diskriminanzfunktion. An den

³ Vgl. *Backhaus*, K. u. a., *Multivariate Analysemethoden*, S. 156.

Datensätzen der Kontrollstichprobe lässt sich die Klassifikationsleistung der fertigen Diskriminanzfunktion prüfen.⁴

In dem ersten Schritt der multivariaten linearen Diskriminanzanalyse wird das Analysetool zur Trennung von gesunden und von kranken Unternehmen, nämlich die Diskriminanzfunktion, auf Basis eines großen Jahresabschluss-Datensatzes entwickelt. Dazu werden aus jedem Jahresabschluss der Analysestichprobe die Werte der zuvor definierten Kennzahlen berechnet. Mit Hilfe der Kennzahlenwerte wird herausgefunden, welche Kennzahlen aus einem großen Kennzahlenkatalog in welcher Gewichtung gesunde und kranke Unternehmen am besten trennen. Die ermittelte Diskriminanzfunktion gewichtet die ausgewählten Kennzahlen und verknüpft sie linear miteinander zu einer linearen Funktion der folgenden Form:

$$D = a_0 + a_1 \cdot x_1 + a_2 \cdot x_2 + \dots + a_m \cdot x_m$$

Mit der Ermittlung der Diskriminanzfunktion ist der erste Schritt der MDA abgeschlossen. Mit der ermittelten Diskriminanzfunktion werden im zweiten Schritt Unternehmen anhand ihrer jeweiligen Jahresabschlüsse beurteilt. So setzt man in diese Funktion für x_1 bis x_m die Kennzahlenwerte aus den Jahresabschlüssen eines zu beurteilenden Unternehmens ein und multipliziert die Kennzahlenwerte mit den zugehörigen Gewichten a_1 bis a_m und addiert diese zusammen mit dem absoluten Glied a_0 zum Diskriminanzwert D (D -Wert).

Bevor eine Zuordnung des beurteilten Unternehmens zu einer der beiden Gruppen von Unternehmen (gesund oder krank) vorgenommen werden kann, muss beim ersten Schritt der Multivariaten Diskriminanzanalyse ein kritischer Trennwert (Cut-off) bestimmt werden. Danach werden alle Unternehmen, deren D -Werte größer als der kritische Trennwert sind, als „gesund“ und alle Unternehmen, deren D -Werte kleiner als der kritische Trennwert sind, als „krank“ bezeichnet.

Diesen Zusammenhang veranschaulicht Abbildung 1, in der alle Unternehmen, die einen D -Wert rechts vom Trennwert D_T aufweisen, als „gesund“ und alle Unternehmen, die einen D -Wert links vom Trennwert D_T aufweisen, als „krank“ klassifiziert werden. Gleichzeitig zeigt die Abbildung, dass es bei der Klassifizierung in „gesund“ und „krank“ – wenn auch kleine – Anteile an Fehlklassifikationen gibt. Die graue Fläche steht für den β -Fehler und die schraffierte für den α -Fehler.

Je nach Wahl des Trennwertes werden unterschiedlich viele Unternehmen fehlerklassifiziert. Zwei Arten von Fehlklassifikationen sind möglich. Zum einen werden kranke Unternehmen fälschlich als gesund klassifiziert. Ein solches Fehlerurteil wird als α -Fehler bezeichnet, der den Anteil der tatsächlich kranken Unternehmen

⁴ Vgl. Niehaus, H.-J., Früherkennung von Unternehmenskrisen, S. 133; Hüls, D., Früherkennung insolvenzgefährdeter Unternehmen, S. 169–171; Backhaus, K. u. a., Multivariate Analysemethoden, S. 216.

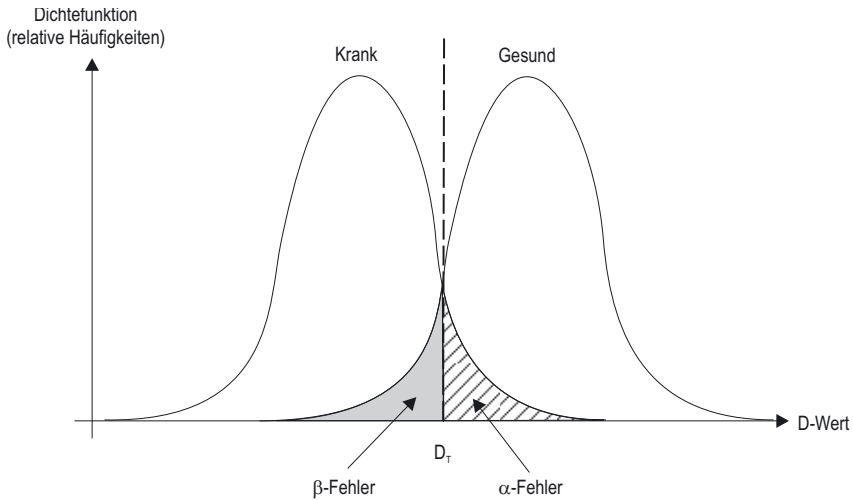


Abbildung 1: Verteilung der gesunden und kranken Unternehmen

angibt, der aus der Festlegung des Trennwertes (D_T) und anhand des für ein Unternehmen ermittelten D -Werts fälschlich als „gesund“ eingestuft wurde. Zum anderen können auch tatsächlich gesunde Unternehmen fälschlich als „krank“ beurteilt werden. Dies ist der sogenannte β -Fehler, der den Anteil der tatsächlich gesunden Unternehmen bezeichnet, der aufgrund der jeweiligen D -Werte fälschlich als „krank“ eingestuft wurde.

Im dritten Schritt der Multivariaten Diskriminanzanalyse wird die ermittelte Diskriminanzfunktion an den Datensätzen einer möglichst großen Kontrollstichprobe getestet. Die Kontrollstichprobe sollte ausschließlich Daten enthalten, die nicht zur Entwicklung der Diskriminanzfunktion verwendet wurden. Werden α -Fehler und β -Fehler der Diskriminanzfunktion anhand einer großen und für die tatsächlich zu beurteilenden Unternehmen repräsentativen Kontrollstichprobe ermittelt, erhält man eine zuverlässige Einschätzung, wie gut die Diskriminanzfunktion neue Datensätze klassifiziert.

Die Beurteilung von Unternehmen mit Hilfe der Multivariaten Diskriminanzanalyse wird im Folgenden anhand eines Beispiels erläutert.⁵ Dazu wurden die Werte von zwei Kennzahlen für 24 zufällig ausgewählte Unternehmen berechnet. Zwölf dieser Unternehmen sind gesund, die weiteren zwölf werden drei Jahre später insolvent. In Abbildung 2 sind alle 24 Unternehmen mit ihren Ausprägungen für eine kurzfristige Fremdkapitalquote (FKQ) und einen Cash Flow2-Return-on-

⁵ Vgl. zu diesem Beispiel auch Baetge, J. u. a., Rationalisierung des Firmenkundenkreditgeschäfts, S. 8 f.; Baetge, J./Hüls, D./Uthoff, C., Bilanzbonitätsanalyse, S. 322 f.; Baetge, J./Sieringhaus, I., Bilanzbonitäts-Rating, S. 226–231; Baetge, J./Kruse, A./Uthoff, C., Bonitätsklassifikationen von Unternehmen mit Neuronalen Netzen, S. 273 f.

Investment (CF2-ROI) in einem Koordinatensystem abgetragen. Die gesunden Unternehmen sind durch weiße, die kranken Unternehmen durch schwarze Quadrate dargestellt.

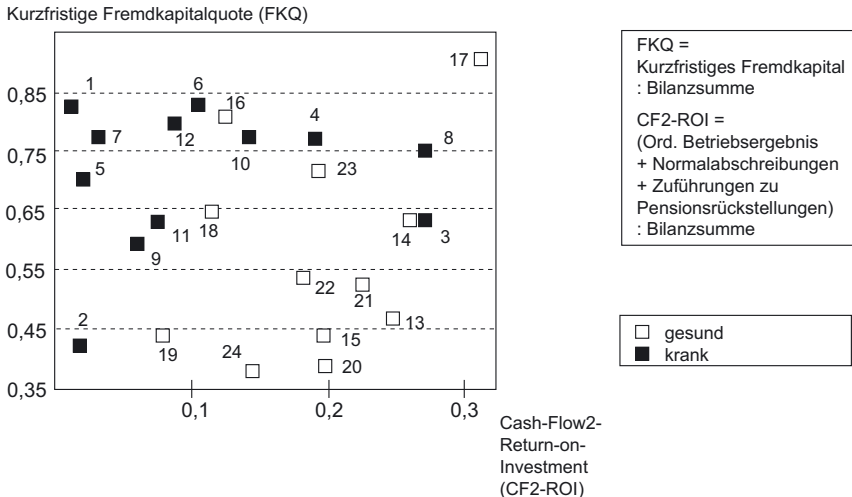


Abbildung 2: Ausprägung einer kurzfristigen Fremdkapitalquote und eines Cash-Flow2-Return-on-Investment für zwölf gesunde und zwölf kranke Unternehmen

Versucht man zunächst nur, die Unternehmen univariat, d. h. nur mit einer Kennzahl, z. B. anhand der kurzfristigen Fremdkapitalquote mit möglichst wenigen Fehlklassifikationen in „gesund“ und „krank“ zu trennen (univariate Diskriminanzanalyse), so ergibt sich ein Trennwert von ungefähr 66 % (vgl. Abbildung 3). Da für die kurzfristige Fremdkapitalquote die Hypothese gilt, dass gesunde Unternehmen durchschnittlich eine niedrigere Ausprägung dieser Kennzahl aufweisen als kranke Unternehmen ($G < K$), werden alle Unternehmen, die eine Fremdkapitalquote über 66 % haben, als „krank“ und alle Unternehmen, die eine Fremdkapitalquote unter 66 % haben, als „gesund“ klassifiziert. Dabei werden von zwölf tatsächlich kranken Unternehmen vier fälschlich als gesund beurteilt (α -Fehler = $4/12$). Von zwölf tatsächlich gesunden Unternehmen werden insgesamt drei fälschlich als krank beurteilt (β -Fehler = $3/12$).

Ebenso können die 24 Unternehmen univariat anhand des Cash-Flow2-Return-on-Investment in die Gruppen „gesund“ und „krank“ klassifiziert werden (vgl. Abbildung 4). Der optimale, d. h. fehlerminimale Trennwert beträgt ungefähr 15 %. Da für den Cash-Flow2-Return-on-Investment die Hypothese gilt, dass gesunde Unternehmen durchschnittlich einen höheren Wert dieser Kennzahl aufweisen als kranke ($G > K$), werden alle Unternehmen, die einen Cash-Flow2-Return-on-Investment unter 15 % aufweisen, als „krank“ und alle Unternehmen, die einen

Kurzfristige Fremdkapitalquote (FKQ)

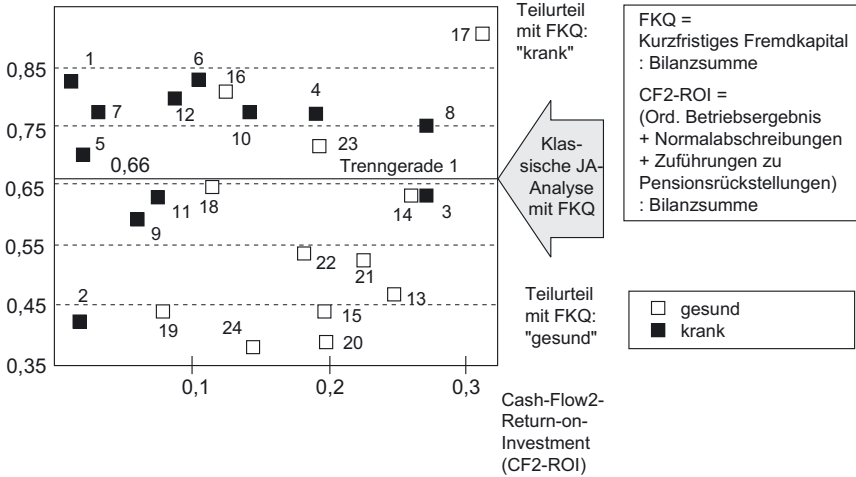


Abbildung 3: Univariate Trennung mit einer kurzfristigen Fremdkapitalquote

Cash-Flow2-Return-on-Investment über 15 % aufweisen, als „gesund“ klassifiziert. Dabei werden von zwölf später tatsächlich kranken Unternehmen drei fälschlich als „gesund“ beurteilt (α -Fehler = 3 / 12). Von zwölf tatsächlich gesunden Unternehmen werden vier fälschlich als „krank“ beurteilt (β -Fehler = 4 / 12).

Kurzfristige Fremdkapitalquote (FKQ)

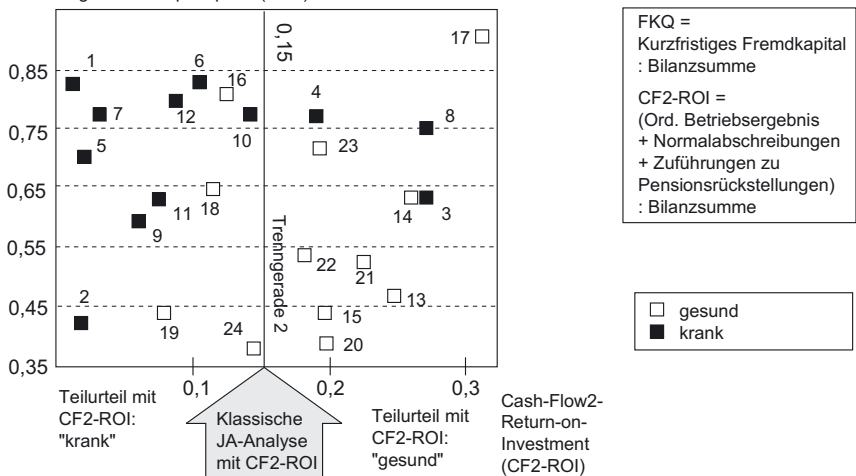


Abbildung 4: Univariate Trennung mit einem Cash-Flow2-Return-on-Investment

In Abbildung 5 sind beide Trenngeraden eingezeichnet (zweifache univariate Trennung). Die vier Felder, die durch die beiden Trenngeraden gebildet werden, sind mit den römischen Ziffern I bis IV bezeichnet. Die Unternehmen in Feld I werden mit beiden Kennzahlen als „krank“, die Unternehmen in Feld III werden mit beiden Kennzahlen als „gesund“ beurteilt. Für die Unternehmen in diesen Feldern ergeben sich also bei der zweimaligen univariaten Klassifikation (mit zwei Kennzahlen) eindeutige Urteile. Die Unternehmen in Feld II hingegen werden mit der Fremdkapitalquote als „gesund“, mit dem Cash-Flow2-Return-on-Investment aber als „krank“ beurteilt. Ebenso werden die Unternehmen in Feld IV mit beiden Kennzahlen unterschiedlich beurteilt, nämlich mit der Fremdkapitalquote als „krank“ und mit dem Cash-Flow2-Return-on-Investment als „gesund“. Für die Unternehmen in den Feldern II und IV ergeben sich also widersprüchliche Teilurteile bei der zweifachen univariaten Klassifikation. Eine solche Klassifikation ist unbrauchbar. Daher ist von einer zweifach univariaten Klassifikation zu einer einmaligen bivariaten Klassifikation überzugehen.

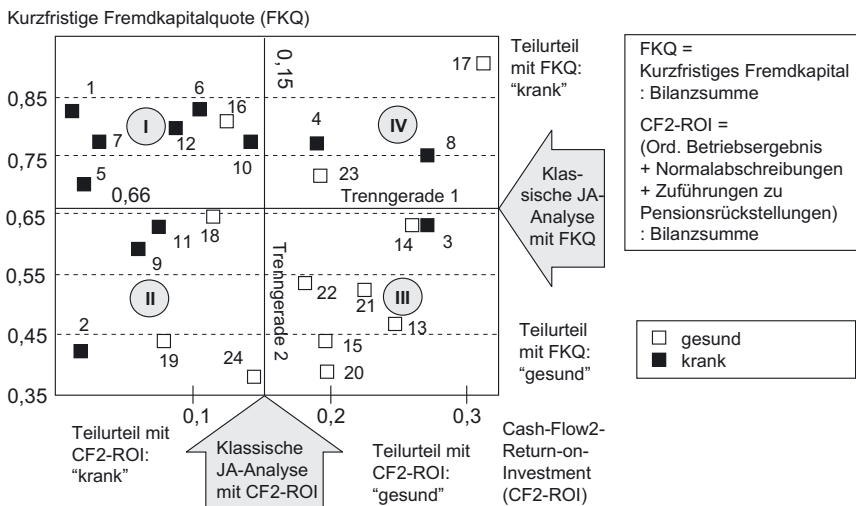


Abbildung 5: Zweifache univariate Trennung

Denn die einmalige bivariate Diskriminanzanalyse löst dieses Problem der Widersprüchlichkeit von Teilurteilen für den Fall der Trennung mit zwei Kennzahlen, indem sie die Werte beider Kennzahlen zu einem einzigen Wert, dem D -Wert, verknüpft und daraus einen Trennwert (D_T) auswählt. Dies lässt sich in Abbildung 6 graphisch mit einer Trenngeraden veranschaulichen, die so durch den Merkmalsraum gelegt wird, dass möglichst wenige Unternehmen falsch klassifiziert werden. Die Trenngerade steht in Höhe des Trennwertes senkrecht auf der Diskriminanzfunktion, die in diesem Fall aus einer linearen Kombination der beiden Kennzahlen

len kurzfristige Fremdkapitalquote und Cash-Flow2-Return-on-Investment besteht.⁶ Bei der in Abbildung 6 dargestellten Trennung werden von zwölf später tatsächlich kranken Unternehmen nur noch zwei fälschlich als „gesund“ klassifiziert (α -Fehler = 2/12). Von den zwölf tatsächlich gesunden Unternehmen werden ebenfalls nur noch zwei fälschlich als „krank“ klassifiziert (β -Fehler = 2/12). Mit der bivariaten Diskriminanzanalyse gelingt es also zum einen, widersprüchliche Teilurteile zu einem eindeutigen Gesamturteil zu verknüpfen, und zum anderen, die Fehlklassifikationen deutlich zu reduzieren.

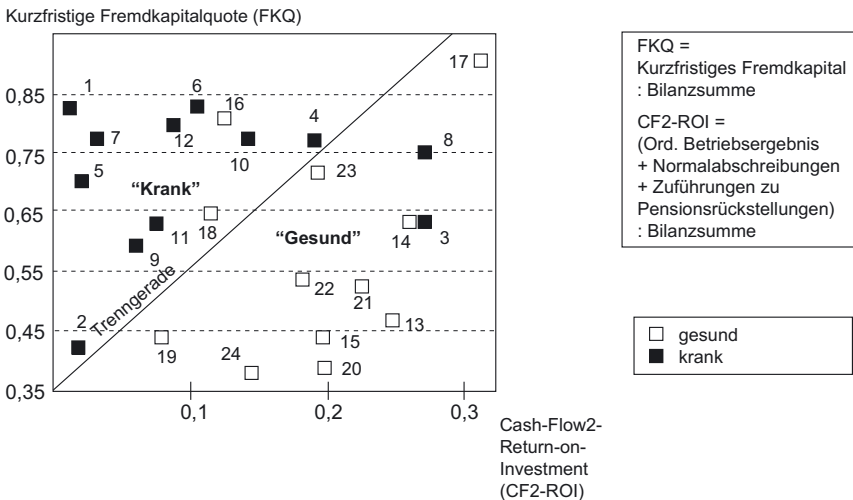


Abbildung 6: Bivariate Trennung

Was in unserem Beispiel nur anhand von zwei Kennzahlen (bivariat) dargestellt wurde und werden konnte, ist auch für eine größere Anzahl von Kennzahlen mit Hilfe der mathematisch-statistischen Methode, der multivariaten linearen Diskriminanzanalyse, möglich. Je mehr Kennzahlen man zur Trennung hinzuzieht, desto mehr Informationsbereiche des Jahresabschlusses werden berücksichtigt, so dass mit einer hinreichend großen Anzahl von relevanten Kennzahlen ein umfassendes Gesamturteil über ein Unternehmen im Sinne des Ganzheitlichkeitsprinzips möglich ist. Bei einer Vergrößerung der Anzahl relevanter Kennzahlen wird zudem der α -Fehler und der β -Fehler immer kleiner. Indes sollte die Kennzahlenmenge in einer Diskriminanzfunktion (oder auch in einem Künstlichen Neuronalen Netz) aus Gründen der betriebswirtschaftlichen Überschaubarkeit und Interpretierbarkeit begrenzt werden. Denn ein Gesamturteil, das sich aus den Werten von z. B. dreißig oder mehr einzelnen Kennzahlen zusammensetzt, kann vom Bilanzanalytiker nicht

⁶ Vgl. zur geometrischen Ableitung der Diskriminanzfunktion Backhaus, K. u. a., Multivariate Analysemethoden, S. 108 – 111.

mehr nachvollzogen werden, zumal der Differenz-Trennbeitrag (= Reduktion von α - und β -Fehler) mit jeder weiteren Kennzahl abnimmt. Wenn alle Informationsbereiche des Jahresabschlusses bereits durch mehrere Kennzahlen abgedeckt sind, muss also vor der Aufnahme weiterer Kennzahlen genau abgewogen werden, ob eine allenfalls minimale Verbesserung der Klassifikationsleistung durch diese Kennzahl(en) eine Verschlechterung der Interpretierbarkeit kompensiert.

2. Künstliche Neuronale Netzanalyse

Neben der linearen Trennung wie in Abbildung 6 bietet die Künstliche Neuronale Netzanalyse (*KNNA*) mit einer nicht-linearen Trennung eine Möglichkeit, den α - bzw. den β -Fehler noch weiter zu reduzieren. So kann in dem oben dargestellten Beispiel der β -Fehler auf 1/12 gesenkt werden, wenn statt einer Trenngeraden, wie in Abbildung 6 dargestellt, eine nicht-lineare Trennlinie verwendet wird, wie sie in der folgenden Abbildung 7 eingezeichnet ist und wie sie durch ein Künstliches Neuronales Netz erzeugt worden sein könnte.

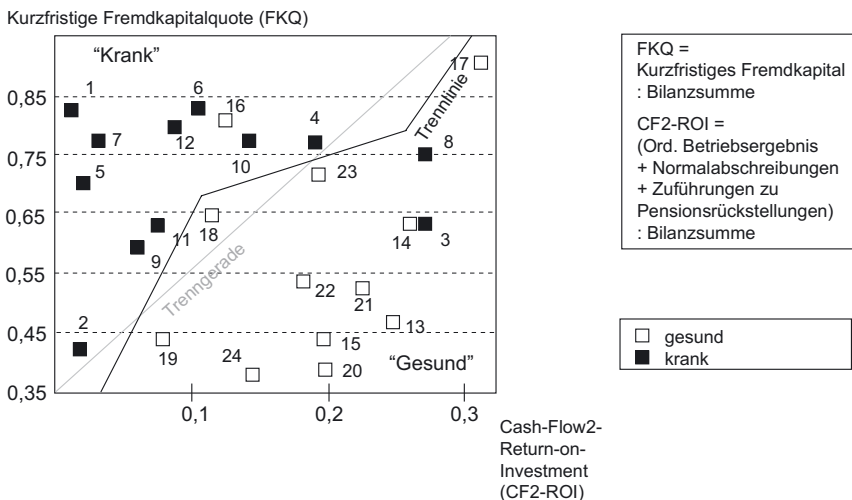


Abbildung 7: Lineare versus nicht-lineare Trennung

Im Gegensatz zu einer Trennung mit der linearen Diskriminanzanalyse durch eine einzige Trenngerade erfolgt die Trennung der beiden Gruppen durch die Künstliche Neuronale Netzanalyse (*KNNA*) somit genauer und es werden Besonderheiten des Datenmaterials berücksichtigt. Der repräsentativen und sorgfältigen Auswahl des auszuwertenden Datenmaterials kommt damit bei der *KNNA* eine große Bedeutung zu, wenn verhindert werden soll, dass ein Netz zufällige Besonderheiten lernt. So könnte in dem gewählten Beispiel zwar der α -Fehler im Ana-

lysematerial weiter reduziert werden, wenn die Trennlinie rechts von der Kennzahlenkombination des Unternehmens 8 verlaufen würde. Da dieses Unternehmen indes ein „Ausreißer“ sein dürfte, würde das Netz bei neuen, unbekannten Unternehmen mit einer durch den Ausreißer bestimmten Trennlinie mehr Fehler machen, als bei dem in Abbildung 6 dargestellten Verlauf der Trennlinie.

Künstliche Neuronale Netze sind ein Abbild (Modell) von biologischen neuronalen Netzen. Sie bilden ein System zur Informationsverarbeitung. Ähnlich wie ein biologisches neuronales Netz besteht es aus Zellen (Neuronen), die miteinander verbunden sind und Informationen in Form von Signalen empfangen und senden. Künstliche Neuronale Netze werden zur Lösung von Problemen in den unterschiedlichsten Disziplinen, z. B. der Biologie, der Medizin, der Psychologie, der Informatik, der Mathematik, der Physik und der Elektrotechnik eingesetzt.⁷ Mit Künstlichen Neuronalen Netzen lassen sich auch betriebswirtschaftliche Fragestellungen sehr erfolgreich bearbeiten, unter anderem die Bonitätsbeurteilung von Unternehmen.⁸ Hierbei macht man sich die Eignung von Künstlichen Neuronalen Netzen zur Lösung von Klassifikationsaufgaben zunutze. Bei der Bilanzbonitätsbeurteilung von Unternehmen ist das Ziel, Unternehmen möglichst zuverlässig in die Gruppen „gesund“ und „krank“ zu klassifizieren. Die Klassifikation erfolgt bei der Bilanzbonitätsbeurteilung – wie gezeigt – anhand von Kennzahlenwerten aus den Jahresabschlussdaten der zu klassifizierenden Unternehmen, die zu einem einzigen Wert, einem Bonitätsindex, verdichtet werden. Welche Kennzahlen in diesen Wert eingehen und wie diese zu gewichten und zusammenzufassen sind, so dass möglichst viele Unternehmen richtig beurteilt werden, lernt das Künstliche Neuronale Netz anhand einer großen und möglichst repräsentativen Zahl von historischen Beispielfällen. Die Beispiele sind die Jahresabschlüsse gesunder bzw. solventer und kranker bzw. später insolventer Unternehmen bzw. die aus den Jahresabschlussdaten berechneten Kennzahlenvektoren. Diese werden dem Künstlichen Neuronalen Netz wieder und wieder präsentiert, bis die Klassifikationsleistung sich durch weiteres Lernen gemessen an einer Teststichprobe nicht mehr verbessert. Wenn das Lernen beendet ist, ist ein Künstliches Neuronales Netz aufgrund seiner Generalisierungsfähigkeit in der Lage, auch unbekannte Datensätze erfolgreich zu klassifizieren, was an einer großen neutralen Validierungsstichprobe überprüft werden sollte.⁹

Der Vorteil eines Künstlichen Neuronalen Netzes gegenüber einer linearen Diskriminanzfunktion ist, dass mit einem Künstlichen Neuronalen Netz auch (unbekannte) nicht-lineare Zusammenhänge mit sehr gutem Erfolg abgebildet werden können.¹⁰ Ein weiterer Vorteil von Künstlichen Neuronalen Netzen ist, dass sie

⁷ Vgl. Zell, A., Simulation Neuronaler Netze, S. 23 f.

⁸ Vgl. zu betriebswirtschaftlichen Anwendungen neuronaler Netze Corsten, H./May, C., Neuronale Netze in der Betriebswirtschaft.

⁹ Vgl. Nauck, D./Klawonn, F./Kruse, R., Neuronale Netze und Fuzzy-Systeme, S. 30.

¹⁰ Die MDA kann zwar ebenfalls nicht-linear sein, doch ist die nicht-lineare MDA sehr anfällig gegenüber einer Verletzung der Normalverteilungsannahme und klassifiziert fremde

quantitative und qualitative Daten simultan verarbeiten können.¹¹ Dadurch werden sie dem Anspruch an das Gesamturteil über die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens gerecht, in das neben aus Jahresabschlusskennzahlen gewonnenen Informationen weitere Informationen über die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des Unternehmens eingehen sollten.¹²

Zu einer Verschlechterung der Klassifikationsleistung bei zu vielen Lernschritten kommt es, wenn das Netz die Struktur der Daten der Lernstichprobe in allen zufälligen Details auswendig lernt und, wie sich später zeigt, fremde Daten, z. B. die der Teststichprobe, schlechter klassifiziert. Das Netz verliert mit dem Erlernen der zufälligen Details allmählich seine Generalisierungsfähigkeit, es kommt zum sogenannten Overtraining¹³. In Abbildung 8 ist diese maximale Anpassung an die Lerndaten im rechten Bild schematisch dargestellt. Das linke Bild zeigt die Trennung von gesunden und kranken Unternehmen anhand von zwei Kennzahlen (k_1 und k_2) mit einem Künstlichen Neuronalen Netz, das noch fähig ist zu generalisieren. Kranke Unternehmen sind durch ein schwarzes, gesunde durch ein weißes Quadrat dargestellt.

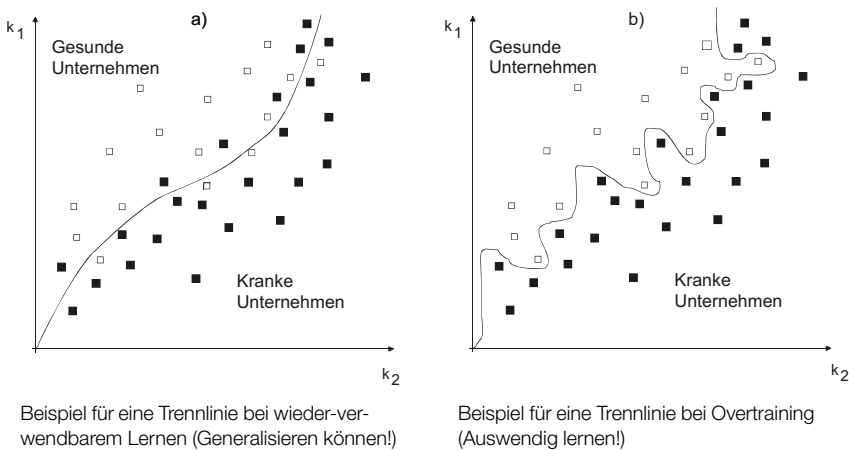


Abbildung 8: Overtraining

Ein Beispiel für ein fertig entwickeltes, konkretes Künstliches Neuronales Netz ist das Bilanzbonitätsrating mit dem Backpropagation-Netz BP-14.¹⁴ Für die Ent-

Daten schlechter als die lineare MDA; vgl. dazu *Lachenbruch, P. A. / Sneeringer, C. / Revo, L. T.*, Robustness of the Linear and Quadratic Discriminant Function, S. 53.

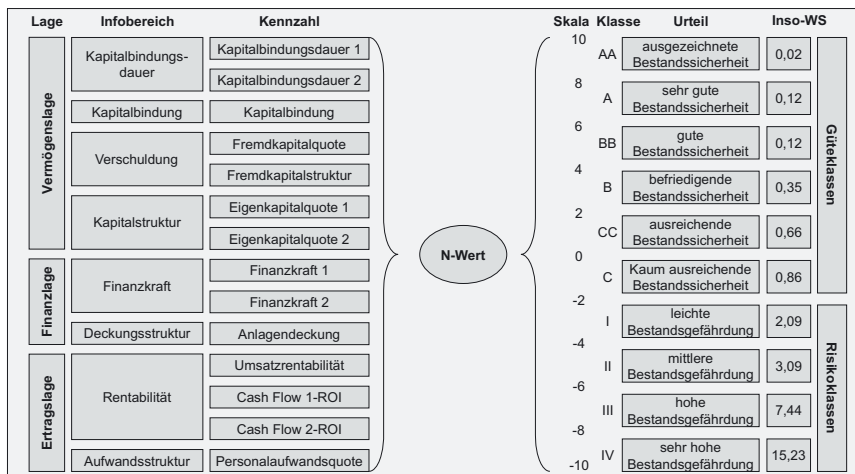
¹¹ Vgl. *Uthoff, C.*, Erfolgsoptimale Kreditwürdigkeitsprüfung, S. 157 f.

¹² Vgl. *Uthoff, C.*, Erfolgsoptimale Kreditwürdigkeitsprüfung.

¹³ Vgl. *Zimmermann, H. G.*, Neuronale Netze als Entscheidungskalkül, S. 58 f.

¹⁴ Vgl. *Baetge, J.*, Bilanzanalyse, S. 579.

wicklung des Netzes wurden über 11.000 Jahresabschlüsse von solventen sowie von später insolvent gewordenen Unternehmen verwendet. Das Ergebnis der Künstlichen Neuronalen Netzanalyse (KNNa) lässt sich graphisch wie folgt veranschaulichen:



Legende: Inso-WS = Insolvenz-wahrscheinlichkeit.

Abbildung 9: Die Zusammenhänge im Backpropagation-Netz mit 14 Kennzahlen: „BP-14“

Wie die Abbildung 9 zeigt, enthält das BP-14 aus allen acht Informationsbereichen des Jahresabschlusses insgesamt 14 Kennzahlen. Die Informationsbereiche wiederum lassen sich der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zuordnen. Die 14 Kennzahlen werden zu einem Gesamturteil, dem sogenannten N-Wert (Neuronaler Netzwert), verdichtet. Der N-Wert, gemessen an einer Skala von +10 bis -10, ordnet das Unternehmen einer bestimmten Klasse zu. Für die sechs Güteklassen und die vier Risikoklassen des BP-14 konnten Insolvenz-wahrscheinlichkeiten (Inso-WS) ermittelt werden. Ein Unternehmen, das bspw. der Güteklasse AA zugeordnet wird, weist mit einer Insolvenz-wahrscheinlichkeit von 0,02 % eine 50 mal geringere Insolvenz-wahrscheinlichkeit auf als das durchschnittliche Fortbestands-risiko in Deutschland, das bei ca. 1 % liegt.¹⁵ Ermittelt sich für ein Unternehmen ein N-Wert von -9, so besitzt das Unternehmen eine Insolvenz-wahrscheinlichkeit von 15,23 %. Ein Unternehmen der Risikoklasse IV hat also eine ca. 760 mal höhere Insolvenz-wahrscheinlichkeit als ein Unternehmen mit einem N-Wert von +9. Der N-Wert ist somit ein Maß für die Bestandsfestigkeit bzw. die Bestands-gefährdung eines Unternehmens.

¹⁵ Vgl. Baetge, J., Bilanzanalyse, S. 597: Von 3,3 Mio. Unternehmen sind im Durchschnitt der letzten Jahre ca. 33.000 Unternehmen insolvent geworden, das entspricht 1 %.

Das Vorgehen einer Bilanzanalyse mit Hilfe des BP-14 folgt dem Top-Down-Ansatz, wie er in Abbildung 10 dargestellt ist.

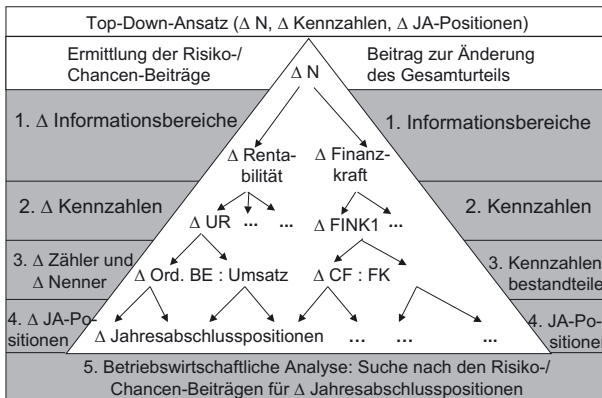


Abbildung 10: Der Top-Down-Ansatz:
Risiko-/Chancentreiber in Jahresabschlusspositionen

Mit der fragengeleiteten Bilanzanalyse sollen die Risiko- und Chancenbeiträge und deren Beitrag zur Veränderung des Gesamturteils ermittelt werden. Ausgehend von der Veränderung des Gesamturteils, des N-Wertes, wird auf der ersten Stufe untersucht, welche der acht Informationsbereiche den größten Einfluss auf die Veränderung des N-Wertes ausgeübt haben. Im zweiten Schritt fragt der Bilanzanalytiker, welche Kennzahlen in den jeweiligen Informationsbereichen am stärksten zur Veränderung des N-Wertes beigetragen haben. Im dritten Schritt muss der Bilanzanalytiker feststellen, welche Kennzahlenbestandteile am stärksten zur Veränderung der Kennzahlen geführt haben. Im nächsten Schritt wird der Bilanzanalytiker nach der Veränderung der Jahresabschlusspositionen fragen, die den Kennzahlenbestandteilen zugeordnet werden. Im fünften und letzten Schritt wird eine betriebswirtschaftliche Analyse durchgeführt. Dabei soll der Bilanzanalytiker nach den Ursachen suchen, die für die Veränderung der Jahresabschlusspositionen „verantwortlich“ waren, die am stärksten für die N-Wert-Änderung verantwortlich ist.

Der N-Wert des Philipp Holzmann Konzerns hat sich im Zeitraum von 1994 bis 1998 wie folgt entwickelt:

Jahr	1994	1995	1996	1997	1998
N-Wert	-0,46	-5,07	-6,36	-6,16	-4,38

Abbildung 11: Entwicklung des N-Wertes im Zeitraum von 1994 bis 1998¹⁶

¹⁶ Vgl. Baetge, J./Jerschensky, A., Moderne Verfahren der Jahresabschlussanalyse, S. 1589. Die vorübergehende Erhöhung des N-Wertes im Jahr 1998 ist auf die Kapitalerhöhung zurückzuführen.

Die Entwicklung des N-Wertes des Philipp Holzmann Konzerns zeigt, dass 1994 noch von einer Bestandssicherheit auszugehen war, auch wenn diese als „kaum ausreichend“ zu bezeichnen war. 1995 kam es zu einer deutlichen Verschlechterung der Bonität des Philipp Holzmann Konzerns. Der N-Wert hat sich um 4,61 Punkte verringert und betrug nur noch $-5,07$. Ab 1995 war beim Philipp Holzmann Konzern von einer mittleren bis hohen Bestandgefährdung auszugehen.

III. Bilanzanalyse ohne komplexe Verfahren

1. Vorgehensweise des Bilanzanalytikers

Wie Abbildung 12 zeigt, lassen sich aus dem Jahresabschluss bzw. Konzernabschluss und dem Lagebericht bzw. Konzernlagebericht entscheidungsrelevante Informationen über die gegenwärtige wirtschaftliche Lage und die künftige Entwicklung eines Unternehmens gewinnen. Dementsprechend muss ein Bilanzanalytiker, z. B. ein Kleinaktionär, im *ersten Schritt* Daten über die wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen des Unternehmens sammeln. Im *zweiten Schritt* sind alle zur Verfügung stehenden Informationen vom externen Bilanzanalytiker zu erfassen und diese Informationen zunächst unsaldiert und detailliert in einem ausführlichen und vollständigen Erfassungsschema für die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung zu dokumentieren, damit keine dieser Detail-Informationen verloren geht. Erst nach der Detail-Dokumentation beginnt im *dritten Schritt* die Informationsverdichtung durch Kennzahlenbildung, z. B. durch Saldierung oder Zusammenfassung von Jahresabschlussposten im Zähler oder Nenner von Verhältniskennzahlen. Erst die Verdichtung der Daten zu ausgewählten Kennzahlen erlaubt eine Analyse der Unternehmenssituation. Bei der Kennzahlenbildung wird versucht, die Wirkung bilanzpolitischer Maßnahmen und sachverhaltensgestaltender Maßnahmen, die bilanzpolitisch motiviert sind, durch kreative Kennzahlen aufzuheben (Neutralisierungsprinzip).¹⁷ Zu jeder Kennzahl ist eine Hypothese zu formulieren, die angibt, ob ein hoher Wert der betreffenden Kennzahl tendenziell positiv oder negativ zu beurteilen ist.

Im *vierten Schritt* der Bilanzanalyse sind die Kennzahlen auszuwählen, die benötigt werden, um die Bestandsfestigkeit des Unternehmens zu beurteilen. Dabei hat der Bilanzanalytiker zu beachten, dass er ein umfassendes, ganzheitliches Urteil über die wirtschaftliche Lage und die künftige Entwicklung des zu analysierenden Unternehmens nur erhalten kann, wenn er Kennzahlen auswählt, die alle Informationsbereiche des Jahresanschlusses und damit der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens abdecken. Nur so ist ein ganzheitliches Bild über die Lage des Unternehmens zu gewinnen (Ganzheitlichkeitsprinzip).¹⁸ Im *fünften Schritt* sind

¹⁷ Vgl. Baetge, J., Bilanzanalyse, S. 31 – 33.

¹⁸ Vgl. Baetge, J., Bilanzanalyse, S. 35 – 36.

die ausgewählten Kennzahlen in einem Zeit-, Betriebs- und teilweise in einem Soll-Ist-Vergleich zu beurteilen. Der Betriebsvergleich sollte anhand von strukturierten Unternehmen der gleichen Branche erfolgen.¹⁹ Im *sechsten Schritt* interpretiert der Bilanzanalytiker die durch die vorgenommenen Kennzahlenvergleiche gewonnenen Informationen des analysierten Unternehmens und fasst diese zu einem Gesamturteil über die wirtschaftliche Lage zusammen.

Die sechs Schritte der Bilanzanalyse werden in Abbildung 12 veranschaulicht:

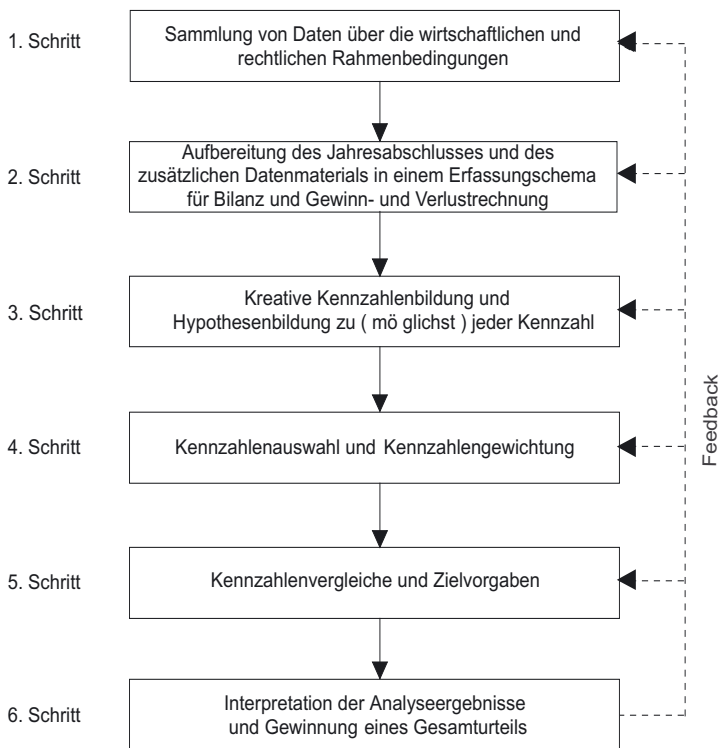


Abbildung 12: Die Schritte der Bilanzanalyse

¹⁹ Bei der Beurteilung des Philipp Holzmann Konzerns wurden für den Betriebsvergleich Kennzahlen von fünf ausgewählten Konzernen der Baubranche herangezogen. Im einzelnen sind sie aus den öffentlich zugänglichen Konzernabschlüssen von Bilfinger & Berger Bau AG, Dyckerhoff AG, Heilit & Woerner Bau-AG, Hochtief AG und Walter Bau-AG ermittelt worden.

2. Ausgewählte Kennzahlen zur finanzwirtschaftlichen Analyse von Unternehmen

a) Ausgewählte Kennzahlen zur Analyse der Finanzierungssituation

Für eine Analyse der Finanzierungssituation sollte der Bilanzanalytiker die langfristige Finanzierungspolitik als Teil der Unternehmenspolitik betrachten.²⁰ Die Finanzierungssituation eines Unternehmens kann anhand von Kennzahlen zur Kapitalstruktur und zum Schuldentilgungspotential analysiert werden.

Ziel der Kapitalstrukturanalyse ist es, Informationen über die Herkunft und Zusammensetzung des dem Unternehmen zur Verfügung gestellten Kapitals zu ermitteln. Zu diesem Zweck muss die Struktur, die Fristigkeit sowie die Sicherheit des eingesetzten Kapitals untersucht werden. Während das Eigenkapital nicht mit festen Rückzahlungsverpflichtungen verbunden ist und es dem Unternehmen daher in der Regel langfristig zur Verfügung steht, sind beim Fremdkapital die Fristigkeiten zu unterscheiden. Dabei ist zu beachten, dass dem bilanziellen Kapital lediglich der Charakter eines Erinnerungspostens zukommt, da es nur angibt, aus welchen Quellen und in welcher Höhe dem Unternehmen in der Vergangenheit liquide Mittel zugeflossen sind, die dann im Vermögen – also in den Aktiva – angelegt worden sind. Zur Analyse der Kapitalstruktur wird hier eine bilanzpolitikneutralisierende Eigenkapitalquote (EKQ1) herangezogen, die sich auch bei mathematisch-statistischen Bonitätsanalysen als sehr trennfähig herausgestellt hat.

Diese Eigenkapitalquote (EKQ1) als Quotient aus Eigenkapital und Gesamtkapital steht als ein Indikator für das Sicherungspotential eines Unternehmens und ist wie folgt definiert:

EKQ1	$\text{Eigenkapitalquote1} = \frac{\begin{array}{l} \text{Wirtschaftliches Eigenkapital} \\ - \text{immaterielle Vermögensgegenstände} \end{array}}{\begin{array}{l} \text{Bilanzsumme} - \text{immaterielle Vermögensgegenstände} \\ - \text{flüssige Mittel} - \text{Grundstücke und Bauten} \end{array}}$
------	--

Die Arbeitshypothese für jede Eigenkapitalquote, aber auch für die EKQ1, lautet, dass gesunde Unternehmen (G) eine höhere EKQ1 aufweisen als kranke (K), also: $G > K$. Der Hypothese liegt die in vielen empirischen Untersuchungen²¹ bestätigte Annahme zu Grunde, dass ein Unternehmen um so weniger insolvenzgefährdet ist, je höher seine Eigenkapitalquote ist.

Die hier verwendete Eigenkapitalquote ist so definiert, dass sie einerseits bilanzpolitische Maßnahmen, andererseits bilanzpolitisch motivierte Sachverhaltsgestal-

²⁰ Vgl. *Gräfer*, H., Bilanzanalyse, S. 140 – 141.

²¹ Vgl. zum Beispiel die bereits 1932 erschienene Untersuchung von *FitzPatrick*, P. J., *Comparison of the Ratios of Successful Industrial Enterprises with those of Failed Companies*, S. 600.

tungen möglichst neutralisiert. Dazu wird zum einem das sog. Wirtschaftliche Eigenkapital zu Grunde gelegt, d. h. das Eigenkapital, das dem Unternehmen frei und langfristig zur Verfügung steht. Das wirtschaftliche Eigenkapital wird wie folgt ermittelt:

	Gezeichnetes Kapital
–	Ausstehende Einlagen
+	Rücklagen
±	Gewinnvortrag (+) / Verlustvortrag (–)
±	Jahresüberschuss (+) / Jahresfehlbetrag (–)
+	50 % des Sonderpostens mit Rücklageanteil
+	Mittel- und langfristige Darlehen nicht haftender Gesellschafter
–	Forderungen an Gesellschafter
=	Wirtschaftliches Eigenkapital

Sowohl im Zähler als auch im Nenner werden bei dieser besonderen Eigenkapitalquote die immateriellen Vermögensgegenstände abgezogen. Für nicht entgeltlich erworbene immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens besteht nach § 248 Abs. 2 HGB ein Aktivierungsverbot, welches aber durch Sachverhaltsgestaltung seitens des Bilanzierenden umgangen werden kann. Außerdem besteht für den in den immateriellen Vermögensgegenständen enthaltenen Geschäfts- oder Firmenwert (GoF) nach § 255 Abs. 4 HGB ein Ansatzwahlrecht, das in praxi je nach Lage des Unternehmens unterschiedlich ausgenutzt wird. Außerdem streut die Abschreibungsdauer des GoF in praxi ganz beträchtlich, ohne dass es eine verlässliche Methode gibt, die Nutzungsdauer eines GoF zu bestimmen. Durch Eliminierung der immateriellen Vermögensgegenstände einschließlich des GoF wird der Einfluss der diesbezüglichen bilanzpolitischen Maßnahmen zumindest vermindert. Da einem außenstehenden Bilanzanalytiker im Einzelfall nicht bekannt ist, in welcher Höhe immaterielle Vermögensgegenstände nur durch Sachverhaltsgestaltung aktiviert werden konnten, werden die gesamten immateriellen Vermögensgegenstände abgezogen. Jahresabschlüsse zu analysierender Unternehmen werden auf diese Weise vergleichbarer gemacht.²²

Außerdem werden im Nenner der EKQ1 aus dem Gesamtkapital die Grundstücke und Bauten herausgerechnet. Dies geschieht ebenfalls, um den Einfluss von sachverhaltsgestaltender Bilanzpolitik auf die Kennzahlenausprägungen zu verringern. Die Eigenkapitalquote könnte ansonsten durch Sale-and-lease-back-Politik, d. h. durch Verkauf und anschließendes Mieten von Grundstücken und Gebäuden, künstlich erhöht werden, wenn aus dem Verkaufserlös Kredite getilgt werden.²³ Die Bilanzsumme würde damit verringert, sodass der prozentuale Anteil des Eigenkapitals an der Bilanzsumme steigt. Da Unternehmen, die keine

²² Vgl. Baetge, J., Bilanzanalyse, S. 589.

²³ Vgl. Baetge, J., Bilanzanalyse, S. 24–25.

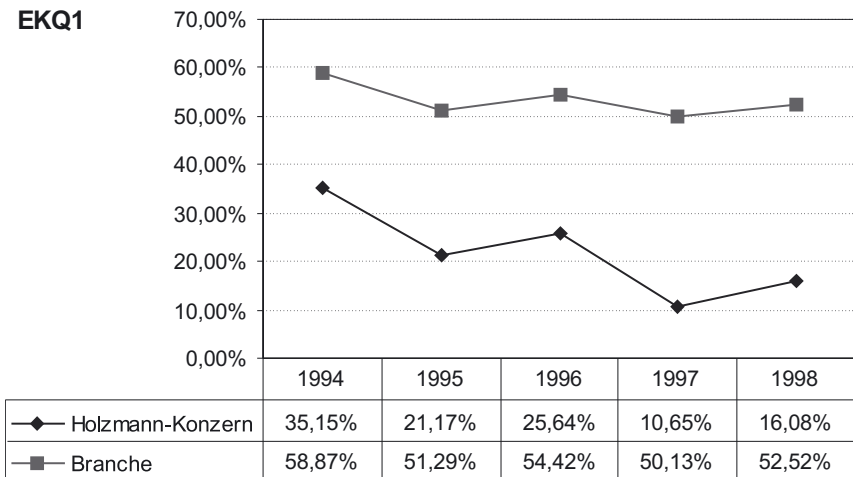
Sale-and-lease-back-Politik realisiert haben, bei der Bilanzanalyse nicht schlechter gestellt werden dürfen als Unternehmen, die diese sachverhaltsgestaltende Maßnahme genutzt haben, werden bei der EKQ1 die fortgeführten Anschaffungs- und Herstellungskosten der Grundstücke und Bauten als angenommene Verkaufserlöse von der Bilanzsumme abgezogen. Im Einzelfall ist indes nicht bekannt, welcher Teil des Postens Grundstücke und Bauten überhaupt für Sale-and-lease-back-Maßnahmen in Frage käme und wie hoch die potentiellen Verkaufspreise sind. Die Subtraktion des gesamten Postens Grundstücke und Bauten im Nenner führt damit bezüglich der EKQ1 nur zu einer Annäherung an die gewünschte Vergleichbarkeit mit Unternehmen, die Sale-and-lease-back-Maßnahmen betrieben haben.

Auch die flüssigen Mittel werden im Nenner der EKQ1 subtrahiert. Dies geschieht, um zu vermeiden, dass sich die Eigenkapitalquoten von zwei Unternehmen nur deswegen unterscheiden, weil eines der Unternehmen eine erhebliche „Kriegskasse“ hält oder weil in einem der Vergleichsfälle zum Jahresabschlussstichtag Fremdkapital aufgenommen worden ist, das die Liquidität kurzfristig verbessern soll.²⁴ Durch die Aufnahme von Fremdkapital erhöht sich die Bilanzsumme, sodass die Eigenkapitalquote geringer ausfällt als ohne diese Form des Window-dressing. Werden die flüssigen Mittel, die dem Unternehmen aus der Aufnahme des Fremdkapitals zugeflossen sind, wieder von der Bilanzsumme abgezogen, wird der Effekt des Window-dressing auf die Eigenkapitalquote neutralisiert. Da dem externen Bilanzanalytiker nicht bekannt ist, ob Window-dressing betrieben wurde und in welcher Höhe, werden bei der EKQ1 die gesamten flüssigen Mittel von der Bilanzsumme abgezogen. Die so gebildete komplexe EKQ1 hat sich bei differenzanalytischen Tests als eine sehr trennfähige Kennzahl erwiesen.

Beim Philipp Holzmann Konzern und beim Durchschnittswert der Vergleichsgruppe der fünf Wettbewerber entwickelte sich die EKQ1 in den Jahren 1994 bis 1998 wie aus Abbildung 13 ersichtlich.

Die EKQ1 ist im Zeitraum von 1994 bis 1998 durch eine deutliche Verschlechterung gekennzeichnet. Der deutliche Rückgang der EKQ1 in den Jahren 1995 und 1997 ist im Wesentlichen durch das gesunkene wirtschaftliche Eigenkapital verursacht. Dabei haben sich die Gewinn- und Kapitalrücklagen des Konzerns vor allem durch die Entnahme der Muttergesellschaft für den vorgenommenen Verlustausgleich verringert. Der Anstieg der Eigenkapitalquote im Jahr 1998 ist dagegen auf ein gestiegenes wirtschaftliches Eigenkapital zurückzuführen. Indes ist diese Verbesserung nicht durch die operative Geschäftstätigkeit des Konzerns verursacht worden, sondern resultiert im Wesentlichen aus der im November 1998 vorgenommenen Kapitalerhöhung. Über den ganzen Beurteilungszeitraum liegt die Eigenkapitalquote des Philipp Holzmann Konzerns deutlich unter dem Durchschnitt der Wettbewerber.

²⁴ Vgl. Baetge, J., Bilanzanalyse, S. 24.

EKQ1

Legende: EKQ1 = Eigenkapitalquote 1.

Abbildung 13: Die Entwicklung der Eigenkapitalquote 1 des Philipp Holzmann Konzerns und von ausgewählten Vergleichsunternehmen

Das Schuldentilgungspotential eines Unternehmens wird anhand der Kennzahl Finanzkraft 1 (FINK1) analysiert. Diese gibt an, welcher Teil des Fremdkapitals durch den erwirtschafteten Zahlungsmittelüberschuss getilgt werden kann. Daher gilt die Hypothese, dass gesunde Unternehmen eine höhere Ausprägung dieser Kennzahl aufweisen als kranke Unternehmen ($G > K$).

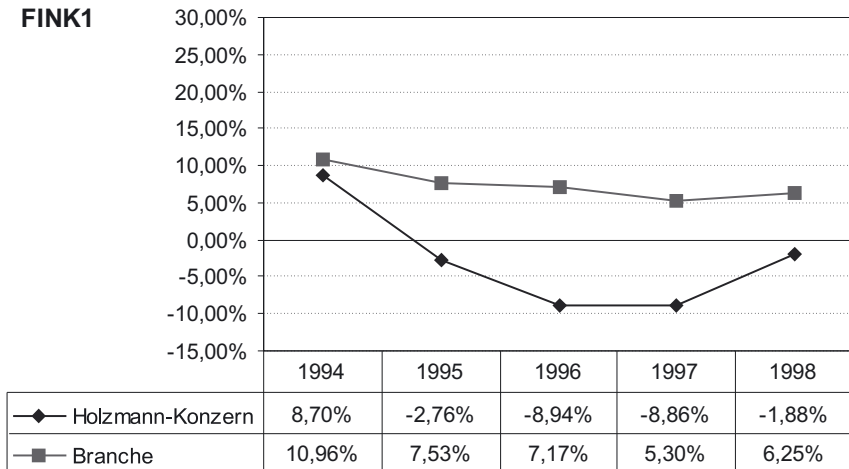
FINK1	$\text{Finanzkraft1} = \frac{\text{Ertragswirtschaftlicher Cash Flow}}{\text{Fremdkapital} - \text{erhaltene Anzahlungen}}$
-------	---

Im Zähler steht hier der ertragswirtschaftliche Cash Flow, da dieser gegenüber bilanzpolitischen Maßnahmen weniger anfällig ist als z. B. der Jahresüberschuss. In den ertragswirtschaftlichen Cash Flow geht (bei der hier vorgenommenen indirekten Berechnung) zunächst das ordentliche Betriebsergebnis ein, d. h. das Ergebnis, das mit dem eigentlichen Geschäftszweck des Unternehmens nachhaltig erwirtschaftet wurde (inklusive Zinsergebnis). Zudem wird für den ertragswirtschaftlichen Cash Flow der Abschreibungsaufwand wieder dem ordentlichen Betriebsergebnis hinzugerechnet, da bei der Bemessung der Abschreibungshöhe großer bilanzpolitischer Spielraum besteht.

+	Ordentliches Betriebsergebnis (inklusive Zinsergebnis, vermindert um außerordentliche Bestandteile)
=	Ertragswirtschaftlicher Cash Flow

Der Kehrwert der FINK1 ergibt den sog. Dynamischen Verschuldungsgrad, der auch als „Tilgungsdauer“²⁵ oder als „Schuldentilgungsdauer“²⁶ bezeichnet wird. Diese in der Bilanzanalyse häufig verwendete Kennzahl gibt an, in wie vielen Jahren es einem Unternehmen unter sonst gleichen Bedingungen möglich wäre, sein Fremdkapital aus dem Cash Flow vollständig zu tilgen. Je kleiner der Wert dieser Kennzahl ist, desto schneller kann ein Unternehmen c. p. sein Fremdkapital aus Mitteln tilgen, die im eigenen Umsatzprozess erwirtschaftet wurden. Dadurch ist ein Unternehmen mit kleinem dynamischen Verschuldungsgrad relativ unabhängig von seinen Fremdkapitalgebern. Ein geringer Wert des dynamischen Verschuldungsgrades ist somit als ein positives Indiz für die finanzielle Stabilität eines Unternehmens zu werten.

Beim Philipp Holzmann Konzern entwickelte sich der Kehrwert des dynamischen Verschuldungsgrades, die FINK1, in den Jahren 1994 bis 1998 wie folgt:



Legende: FINK1 = Finanzkraft 1.

Abbildung 14: Die Entwicklung der Finanzkraft 1 des Philipp Holzmann Konzerns und von ausgewählten Vergleichsunternehmen

Die FINK1 des Philipp Holzmann Konzerns hat sich von 1994 bis 1997 deutlich verschlechtert. Dieser Rückgang ist im Wesentlichen auf den sehr deutlichen Rückgang des ertragswirtschaftlichen Cash Flows zurückzuführen. Im Jahr 1998 konnte das ertragswirtschaftliche Zahlungsdefizit durch Kapitalerhöhung verbun-

²⁵ Vgl. Arbeitskreis „Externe Unternehmensrechnung“ der Schmalenbach-Gesellschaft, Empfehlungen zur Vereinheitlichung von Kennzahlen in Geschäftsberichten, S. 1992; Coenenberg, A. G., Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 942.

²⁶ Vgl. Gräfer, H., Bilanzanalyse, S. 157; Schult, E., Bilanzanalyse, S. 161.

den mit Schuldentilgung und dadurch Rückgang von Zinsaufwand verringert werden, indes blieb der Wert der Kennzahl negativ. Der Philipp Holzmann Konzern hatte somit seit 1995 nicht das Potential, Schulden mit im eigenen Umsatzprozess erwirtschafteten Mitteln zu tilgen, was auf eine angespannte Finanzierungssituation hindeutet. Die Vergleichsunternehmen hatten dagegen im Durchschnitt eine deutlich positive FINK1, die während des gesamten Zeitraums über 5% lag.

b) Ausgewählte Kennzahlen zur Analyse der Liquiditätssituation

Die kurzfristige Liquiditätssituation eines Unternehmens kann anhand von Liquiditätsregeln analysiert werden. Unter Liquidität wird dabei die Fähigkeit eines Unternehmens verstanden, jederzeit seinen Zahlungsverpflichtungen nachkommen zu können.

Mit den Liquiditätsregeln werden kurzfristige Deckungsgrade ermittelt, die über die Liquiditätssituation des zu analysierenden Unternehmens informieren sollen. Bei den Liquiditätsregeln werden kurz- und mittelfristige Vermögensteile zu den entsprechenden Schulden in Beziehung gesetzt. Der Ermittlung der kurzfristigen Liquiditätskennzahlen liegt die Annahme zu Grunde, dass die künftige Zahlungsfähigkeit eines Unternehmens bzw. das finanzielle Gleichgewicht dann als gesichert gelten kann, wenn den nach Fälligkeitsterminen geordneten finanziellen Verpflichtungen Vermögensgegenstände mit entsprechender Fristigkeit gegenüber stehen, d. h. wenn also die Zahlungsverpflichtungen durch einen entsprechend hohen Bestand an flüssigen Mitteln oder kurzfristig liquidierbaren Vermögensgegenständen gedeckt sind.²⁷ Denn in diesem Fall könnte das Unternehmen kurzfristige Zahlungsverpflichtungen durch den Verkauf von Teilen des kurzfristig liquidierbaren Vermögens decken.

Zur Ermittlung der kurzfristigen Liquiditätskennzahlen werden daher Posten des Umlaufvermögens zu den kurzfristigen Verbindlichkeiten ins Verhältnis gesetzt. Dabei ist es erforderlich, die einzelnen Posten des Umlaufvermögens nach ihrer Fristigkeit zu ordnen, d. h. die kurz- und mittelfristigen Bestandteile zu identifizieren. Abhängig von den jeweils in die Kennzahl einbezogenen Posten des Umlaufvermögens lassen sich unterschiedliche Liquiditätskennzahlen ermitteln. Diese Liquiditätskennzahlen werden auch als Liquiditätsgrade bezeichnet und sind wie folgt definiert:

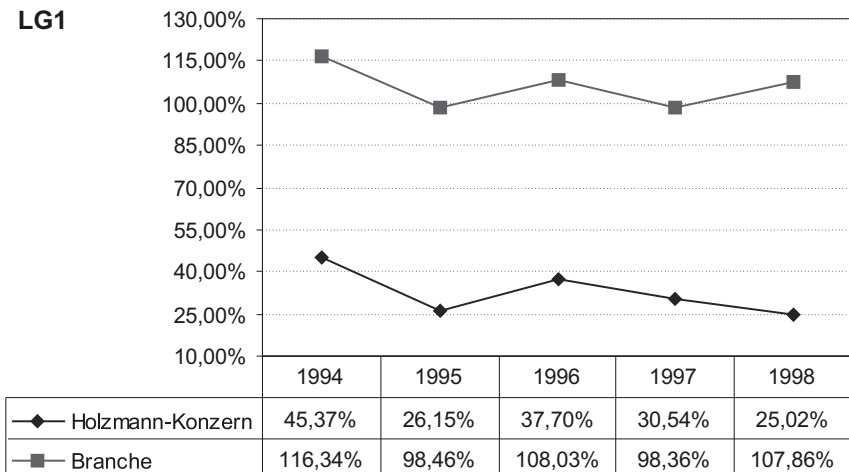
LG1	$\text{Liquidität 1. Grades} = \frac{\text{Liquide Mittel}}{\text{Kurzfristige Verbindlichkeiten}}$
LG2	$\text{Liquidität 2. Grades} = \frac{\text{Liquide Mittel} + \text{kurzfristige Forderungen}}{\text{Kurzfristige Verbindlichkeiten}} \geq 100\%$
LG3	$\text{Liquidität 3. Grades} = \frac{\text{Liquide Mittel} + \text{kurzfristige Forderungen} + \text{Vorräte}}{\text{Kurzfristige Verbindlichkeiten}} \geq 200\%$

²⁷ Vgl. Gräfer, H., Bilanzanalyse, S. 122 – 123.

Bei der Liquidität 1. Grades werden lediglich die liquiden Mittel einbezogen, während bei den Liquiditäten 2. und 3. Grades auch kurzfristig liquidierbare Vermögensgegenstände des Umlaufvermögens berücksichtigt werden. Diesem Vorgehen liegt der Gedanke zu Grunde, dass bestimmte Posten des Umlaufvermögens schneller liquidierbar sind als andere. So wird unterstellt, dass kurzfristige Forderungen schneller in finanzielle Mittel umwandelbar sind als andere Vermögensgegenstände des Vorratsvermögens. Die verschiedenen Liquiditätsgrade unterscheiden sich folglich durch die Kapitalbindungsdauer der in die Kennzahlenermittlung einbezogenen Posten des Umlaufvermögens. Daher wird die Liquidität 1. Grades als „Barliquidität“, die Liquidität 2. Grades als „kurzfristige Liquidität“ und die Liquidität 3. Grades als „mittelfristige Liquidität“ bezeichnet.

Generell wird für die Beurteilung der kurzfristigen Zahlungsfähigkeit eines Unternehmens anhand von Liquiditätsgraden unterstellt, dass die künftige Liquiditätssituation als um so positiver anzusehen ist, je höher der Prozentwert der Liquiditätsgrade ist. Für alle Liquiditätsregeln gilt somit die Arbeitshypothese $G > K$. Dabei wird für die Liquidität 2. Grades häufig ein Wert von mindestens 100 % und für die Liquidität 3. Grades ein Wert von mindestens 200 % gefordert. Für die Liquidität 1. Grades werden derartige Normwerte üblicherweise nicht gefordert.²⁸

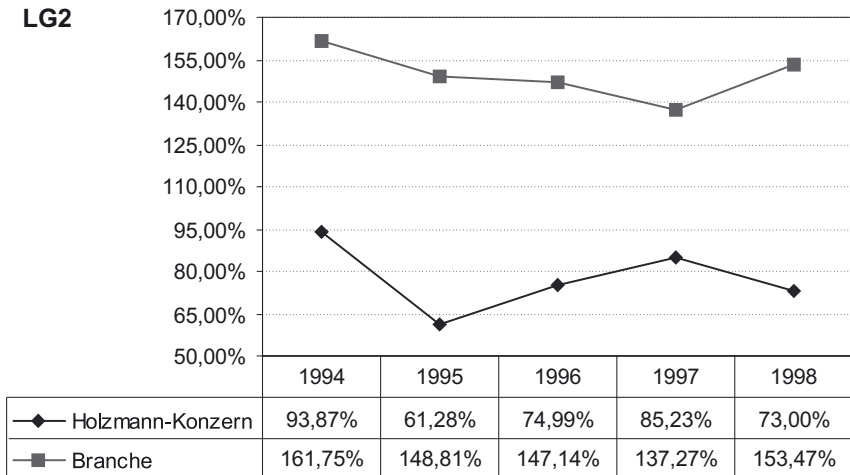
Beim Philipp Holzmann Konzern entwickelten sich die Liquiditätsgrade in den Jahren 1994 bis 1998 wie folgt:



Legende: LG1 = Liquidität 1. Grades.

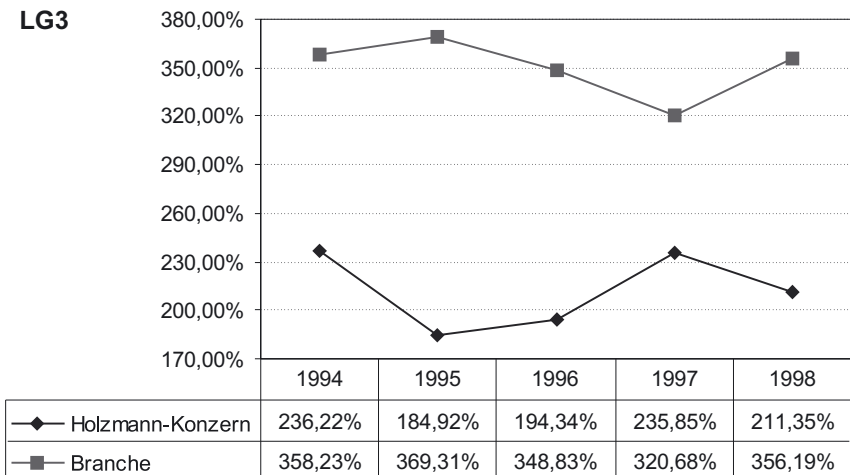
Abbildung 15: Die Entwicklung der Liquidität 1. Grades des Philipp Holzmann Konzerns und von ausgewählten Vergleichsunternehmen

²⁸ Vgl. Perridon, L. / Steiner, M., Finanzwirtschaft der Unternehmung, S. 553–555; Gräfer, H., Bilanzanalyse, S. 122.

LG2

Legende: LG2 = Liquidität 2. Grades.

Abbildung 16: Die Entwicklung der Liquidität 2. Grades des Philipp Holzmann Konzerns und von ausgewählten Vergleichsunternehmen

LG3

Legende: LG3 = Liquidität 3. Grades.

Abbildung 17: Die Entwicklung der Liquidität 3. Grades des Philipp Holzmann Konzerns und von ausgewählten Vergleichsunternehmen

Die Liquiditätsgrade des Philipp Holzmann Konzerns lagen in den Jahren 1994 bis 1998 deutlich unter dem Durchschnitt der Branchunternehmen. Die merkliche Verschlechterung im Geschäftsjahr 1995 ist vor allem durch den hohen Ver-

lust des Geschäftsjahres und den Einsatz von Zahlungsmitteln zum Abbau von Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen sowie zum Abbau der sonstigen Verbindlichkeiten verursacht worden. Der Sollwert von 100 % für die Liquidität 2. Grades wurde über den ganzen Zeitraum unterschritten. Der Sollwert für die Liquidität 3. Grades wurde zwar nur in den Jahren 1995 und 1996 nicht erreicht. Indes lag der Wert deutlich unter dem Wert der Vergleichsunternehmen, deren Liquidität 3. Grades im Zeitraum von 1994 bis 1998 zwischen 320 % und 370 % schwankte.

3. Ausgewählte Kennzahlen zur erfolgswirtschaftlichen Analyse von Unternehmen

a) Erfolgsquellenanalyse

Ein zentrales Element bei der Analyse der Erfolgslage eines Unternehmens ist die Erfolgsquellenanalyse.²⁹ Vorrangiges Ziel des Bilanzanalytikers bei der Erfolgsquellenanalyse ist es, die wichtigsten Erfolgsquellen zu identifizieren und Aussagen über die Nachhaltigkeit des Unternehmenserfolgs zu gewinnen.³⁰ Als „nachhaltig“ werden Aufwendungen und Erträge bezeichnet, von denen vermutet wird, dass sie voraussichtlich auch künftig in ähnlicher Höhe auftreten werden. Nicht nachhaltig sind in der Regel außerordentliche Erfolgsbeiträge. Mangels besserer Informationen muss der Bilanzanalytiker oft vereinfachen und Posten der Gewinn- und Verlustrechnung ungeteilt im Hinblick auf ihre Nachhaltigkeit beurteilen.

Ausgehend vom nachhaltigen Erfolg sollte der Bilanzanalytiker versuchen, die künftige Ertragskraft des Unternehmens aus den Jahresabschlussdaten zu prognostizieren.³¹ Die in der Vergangenheit als nachhaltig angesehenen Aufwendungen und Erträge werden als Indikator für künftige Erfolgsbeiträge verwendet.³² Je besser die Trennung von nachhaltigen und von nicht nachhaltigen Aufwendungen und Erträgen in der Erfolgsquellenanalyse gelingt, desto bessere Schlüsse können von den Aufwendungen und Erträgen in der Vergangenheit auf die künftige Ertragskraft gezogen werden.³³

Die Erfolgsquellen werden durch die so genannte Erfolgsspaltung ermittelt. Erfolgsspaltung bedeutet, dass das Jahresergebnis nach bestimmten Kriterien auf-

²⁹ Die Erfolgsquellenanalyse wird manchmal auch als Ergebnisquellenanalyse bezeichnet; vgl. etwa Gräfer, H., Bilanzanalyse, S. 58; Schult, E., Bilanzanalyse, S. 104.

³⁰ Vgl. Coenenberg, A. G., Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 977; Perridon, L. / Steiner, M., Finanzwirtschaft der Unternehmung, S. 558; Schult, E., Bilanzanalyse, S. 104.

³¹ Vgl. Ballwieser, W., Die Analyse von Jahresabschlüssen nach neuem Recht, S. 60–61.

³² Vgl. Lange, C., Jahresabschlussinformationen und Unternehmensbeurteilung, S. 208–209; Leffson, U., Bilanzanalyse, S. 83; Küting, K., Die handelsbilanzielle Erfolgsspaltungs-Konzeption auf dem Prüfstand, S. 700.

³³ Vgl. Coenenberg, A. G., Externe Ergebnisquellenanalyse für große Kapitalgesellschaften nach dem HGB 1985, S. 89.

geteilt („gespalten“) und den jeweiligen Erfolgsquellen zugerechnet wird. Wendet man die drei Erfolgsspaltungskriterien „Nachhaltigkeit“, „Betriebszugehörigkeit“ und „Periodenbezogenheit“ an, können im Folgenden vier Erfolgselemente unterschieden werden:³⁴

- Ordentlicher Betriebserfolg,
- Finanz- und Verbunderfolg,
- außerordentlicher Erfolg und
- Bewertungserfolg.

Nachhaltige, periodenbezogene und betriebszugehörige Erfolgsbeiträge werden zum ordentlichen Betriebserfolg zusammengefasst. Dagegen enthält der Finanz- und Verbunderfolg nachhaltige, periodenbezogene indes betriebsfremde Erfolgsbeiträge. Die nicht nachhaltigen und periodenfremden Erfolgsquellen werden im außerordentlichen Erfolg und im Bewertungserfolg zusammengefasst. Dabei erfasst der Bewertungserfolg die erfolgverbessernden oder erfolgverschlechternden bilanzpolitischen Maßnahmen, die nicht Folge wirtschaftlicher Aktivitäten des Unternehmens sind.³⁵

Ordentlicher Betriebserfolg	Nachhaltige Erfolgsquellen
+ Finanz- und Verbunderfolg	
+ Außerordentlicher Erfolg	Nicht nachhaltige Erfolgsquellen
+ Bewertungserfolg	
= Jahresüberschuss vor Steuern	
– Ertragsteuern	(Bei der Erfolgsquellenanalyse werden Ertragsteuern nicht berücksichtigt.)
= Jahresüberschuss	

Der *ordentliche Betriebserfolg* umfasst diejenigen Erfolgsbestandteile, die aus der eigentlichen Geschäftstätigkeit des Unternehmens zugeflossen sind. Der ordentliche Betriebserfolg soll den nachhaltig erzielbaren Erfolg zeigen, der aus der eigentlichen absatz- und produktionswirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmens resultiert.

Als *Finanz- und Verbunderfolg* werden diejenigen Erfolgsbestandteile bezeichnet, die entweder aus Kapitalanlagen resultieren (vor allem Zinsaufwendungen und Zinserträge) oder durch Kapitalverflechtungen entstanden sind (vor allem Aufwendungen und Erträge aus Beteiligungen und verbundenen Unternehmen).³⁶ Der

³⁴ Vgl. *Ballwieser*, W., Die Analyse von Jahresabschlüssen nach neuem Recht, S. 60–61; *Baetge*, J., Bilanzanalyse, S. 356–357; *Gräfer*, H., Bilanzanalyse, S. 58.

³⁵ Vgl. *Gräfer*, H., Bilanzanalyse, S. 72.

³⁶ Vgl. *Gräfer*, H., Bilanzanalyse, S. 66; *Rogler*, S., Gewinn- und Verlustrechnung nach dem Umsatzkostenverfahren, S. 182; *Schult*, E., Bilanzanalyse, S. 107.

Finanz- und Verbunderfolg stammt damit nicht aus der eigentlichen Geschäftstätigkeit des Unternehmens, wird aber als nachhaltige Erfolgsquelle angesehen. Der Finanz- und Verbunderfolg zeichnet sich in vielen Fällen durch im Zeitablauf geringere Schwankungen aus als die anderen drei Erfolgsquellen.³⁷

Der *außerordentliche Erfolg* umfasst Erfolgsbestandteile, die einmalig sind oder nur selten vorkommen bzw. periodenfremd sind; er ist daher als nicht nachhaltig einzustufen. Im außerordentlichen Erfolg werden zunächst die bereits nach den engen handelsrechtlichen Kriterien bilanzierten außerordentlichen Erträge und Aufwendungen gezeigt. Weiterhin werden dem außerordentlichen Erfolg die als ungewöhnlich, einmalig oder periodenfremd erkannten Elemente des ordentlichen Betriebserfolgs oder des Finanz- und Verbunderfolgs hinzugerechnet.

In den außerordentlichen Erfolg werden auch die außerplanmäßigen Abschreibungen auf immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens und auf Sachanlagen umgegliedert, wenn sie (gemäß § 253 Abs. 2 Satz 3 HGB) aufgrund einer voraussichtlich dauernden Wertminderung des Vermögensgegenstands vorgenommen wurden (Abschreibungspflicht und Anhangangabepflicht). Liegen dagegen Hinweise dafür vor, dass die Abschreibung wegen einer nur vorübergehenden Wertminderung vorgenommen wurde (Abschreibungswahlrecht), ist der entsprechende Betrag im Bewertungserfolg zu berücksichtigen.

Unter dem Begriff „*Bewertungserfolg*“ werden Erfolgsbestandteile zusammengefasst, die vor allem aus bewusst vorgenommenen bilanzpolitischen Maßnahmen resultieren, d. h. nicht Folge wirtschaftlicher Aktivitäten des Unternehmens sind.³⁸ Die Bedeutung des Bewertungserfolgs für die Ertragskraft des Unternehmens ist noch geringer einzuschätzen als die des außerordentlichen Erfolgs, da die Bestandteile des Bewertungserfolgs weder regelmäßig entstehen noch finanzwirksam sind.³⁹ Der Bewertungserfolg enthält, rein „technisch“ gesehen, die aus den anderen drei Erfolgsquellen umgegliederten Beträge, die als nicht finanzwirksame bilanzpolitische Maßnahmen zu identifizieren sind.⁴⁰

Bei der Auswertung einer Erfolgsquellenanalyse sind zunächst Höhe und Entwicklung des ordentlichen Betriebserfolgs bedeutend. Daher ist in die oben gewählte Kennzahl FINK1 auch das ordentliche Betriebsergebnis eingeflossen. Je gleichmäßiger die zeitliche Entwicklung des ordentlichen Betriebserfolgs ist und je höher der ordentliche Betriebserfolg im Verhältnis zu den anderen Erfolgsquellen ist, um so positiver ist die Ertragskraft des analysierten Unternehmens zu beurteilen.⁴¹

³⁷ Vgl. Wehrheim, M., Die Erfolgsspaltung als Krisenindikator, S. 511.

³⁸ Vgl. Gräfer, H., Bilanzanalyse, S. 72.

³⁹ Vgl. Hauschildt, J., Erfolgsspaltung, Aussagefähigkeit und Grenzen, S. 194; Gräfer, H., Bilanzanalyse, S. 73.

⁴⁰ Vgl. Gräfer, H., Bilanzanalyse, S. 73.

⁴¹ Vgl. Schult, E., Bilanzanalyse, S. 108.

Wie beim Bewertungserfolg, so sollte auch bei der Analyse des außerordentlichen Erfolgs nicht nur auf die absolute Höhe der Erfolgsquelle(n) geachtet werden. Auch die Höhe der beiden Elemente, nämlich der außerordentlichen Aufwendungen und der außerordentlichen Erträge, ist wichtig. Hintergrund dieser Überlegung ist, dass gefährdete Unternehmen eher hohe außerordentliche Aufwendungen zu tragen haben als andere Unternehmen und zudem versuchen könnten, diese Aufwendungen durch irgendwie konstruierte außerordentliche Erträge zu kompensieren.⁴²

Beim Philipp Holzmann Konzern entwickelten sich die Erfolgsquellen in den Jahren 1994 bis 1998 wie folgt:

Kennzahl (in TDM)	1994	1995	1996	1997	1998
Ordentlicher Betriebserfolg	238.506	-603.773	-1.068.390	-989.518	-240.252
Finanz- und Verbunderfolg	12.876	16.180	-56.799	-97.222	33.121
Außerordentlicher Erfolg	-1.400	163.762	1.061.500	515.500	142.200
Bewertungserfolg	-7.143	1.599	46.000	-148.243	49.500
Jahresüberschuss / Jahresfehlbetrag (vor Steuern)	242.839	-422.232	-17.689	-719.483	-15.431

Abbildung 18: Die Entwicklung der Erfolgsquellen des Philipp Holzmann Konzerns

Die Erfolgsquellenanalyse verdeutlicht die schwache Ertragskraft des Philipp Holzmann Konzerns. Der ordentliche Betriebserfolg ist in 1998 zwar gestiegen, weil durch die Kapitalerhöhung Zinsaufwand reduziert werden konnte, indes ist der Philipp Holzmann Konzern weiterhin nicht in der Lage, einen positiven nachhaltigen Erfolg aus der eigentlichen Geschäftstätigkeit zu erreichen. Seit 1995 konnte Holzmann kein positives Ergebnis aus der eigentlichen Geschäftstätigkeit erzielen. Zwar gelang es 1998, das Ergebnis deutlich zu steigern, es blieb aber trotzdem negativ. Vor allem in den Jahren 1996 und 1997 wurde versucht, das negative ordentliche Betriebsergebnis durch das außerordentliche Ergebnis zu kompensieren. Der Jahresfehlbetrag wurde größtenteils durch die Aufdeckung stiller Reserven reduziert, indem Vermögensgegenstände des Anlagevermögens veräußert wurden. In 1998 war ein erfolgerhöhender Verkauf von Vermögensgegenständen indes kaum mehr möglich, und der Erfolg wurde größtenteils durch die Auflösung von Rückstellungen erzielt.

⁴² Vgl. Küting, K. / Weber, C.-P., Die Bilanzanalyse, S. 243.

b) Ausgewählte Rentabilitätskennzahlen

Mit der Rentabilitätsanalyse wird die Ertragskraft des zu analysierenden Unternehmens untersucht. Ziel der Rentabilitätsanalyse ist es, über den Erfolg oder Misserfolg der unternehmerischen Betätigung Aufschluss zu erhalten, sie gegebenenfalls an einem Vergleichsobjekt zu messen und die Ertragskraft des zu analysierenden Unternehmens zu beurteilen.⁴³ Der Vorteil einer Rentabilitätskennzahl besteht darin, dass Unternehmen mit unterschiedlicher Struktur und Größe anhand dieser Verhältniszahl besser als mit absoluten Erfolgszahlen verglichen werden können.

Die Rentabilitätsanalyse soll unter anderem Aussagen zum Verhältnis des erwirtschafteten Ergebnisses zum dafür erforderlichen Faktoreinsatz ermöglichen, d. h., ob und wie weit das Unternehmen in der Lage war, mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln die angestrebten relativen Erfolgsbeiträge zu erzielen.⁴⁴ Für alle Rentabilitätskennzahlen gilt dabei für erwerbswirtschaftlich orientierte Unternehmen die Arbeitshypothese, dass gesunde Unternehmen (*G*) im Durchschnitt eine höhere Rentabilität aufweisen als kranke Unternehmen (*K*), also: $G > K$, d. h., für alle bei der Rentabilitätsanalyse zu ermittelnden Kennzahlen wird ein hoher Kennzahlenwert vom Bilanzanalytiker positiv beurteilt.

Im Folgenden werden exemplarisch die zur erfolgswirtschaftlichen Analyse eines Unternehmens herangezogenen Rentabilitätskennzahlen, die Gesamtkapitalrentabilität sowie der Cash-Flow2-Return-on-Investment, vorgestellt.

Die Gesamtkapitalrentabilität ist ein Maß dafür, wie effizient das Unternehmen mit den ihm insgesamt zur Verfügung stehenden Mitteln gearbeitet hat.⁴⁵ Während das Jahresergebnis dem Eigenkapital zugute kommt, dienen die Fremdkapitalzinsen zur Bezahlung der Fremdkapitalnutzung. Daher werden die Fremdkapitalzinsen dem Jahresergebnis wieder hinzugerechnet, sodass eine dem Gesamtkapital inhaltlich entsprechende Ergebnisgröße entsteht.⁴⁶ Die Gesamtkapitalrentabilität soll so die Verzinsung des Gesamtkapitals angeben. Zur Analyse eines Unternehmens wird folgende Gesamtkapitalrentabilität verwendet, bei der das Jahresergebnis ausschließlich die nachhaltigen Erfolgsquellen umfasst:

GKR	$\text{Gesamtkapitalrentabilität} = \frac{\text{Ord. Betriebserfolg} + \text{Finanz- und Verbunderfolg} + \text{Fremdkapitalzinsen}}{\text{Bilanzsumme}}$
-----	---

⁴³ Vgl. *Gräfer*, H., Bilanzanalyse, S. 91; *Coenenberg*, A. G., Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 1005.

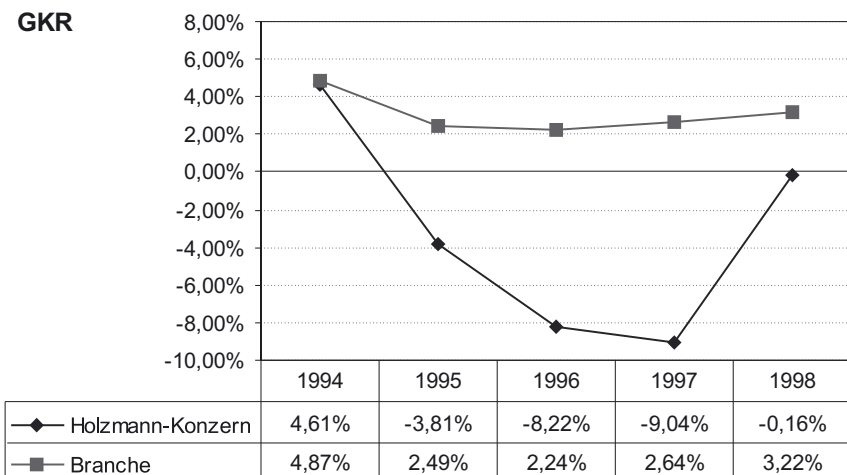
⁴⁴ Vgl. *Leonardi*, H., Externe Erfolgsanalysen auf der Grundlage handelsrechtlicher Jahresabschlüsse, S. 179.

⁴⁵ Vgl. *Rehkugler*, H. / *Poddig*, T., Bilanzanalyse, S. 208; *Gräfer*, H., Bilanzanalyse, S. 94.

⁴⁶ Vgl. *Leffson*, U., Bilanzanalyse, S. 35; *Küting*, K. / *Weber*, C.-P., Die Bilanzanalyse, S. 296–297.

Die Gesamtkapitalrentabilität ist von der Finanzierungsstruktur eines Unternehmens, also vom Verhältnis zwischen Eigenkapital und Fremdkapital, unabhängig.⁴⁷ Durch die Addition des Zinsaufwands zum Jahresergebnis im Zähler der Kennzahl sowie durch die Berücksichtigung des Gesamtkapitals im Nenner der Kennzahl werden unterschiedliche Finanzierungsstrukturen der zu vergleichenden Unternehmen neutralisiert. Im Schrifttum wird daraus gefolgert, dass sich die aus der Kerngeschäftstätigkeit der Unternehmen stammenden Erfolge mit der GKR besser vergleichen ließen.⁴⁸

Beim Philipp Holzmann Konzern entwickelte sich die Gesamtkapitalrentabilität in den Jahren 1994 bis 1998 wie folgt:



Legende: GKR = Gesamtkapitalrentabilität.

Abbildung 19: Die Entwicklung der Gesamtkapitalrentabilität des Philipp Holzmann Konzerns und von ausgewählten Vergleichsunternehmen

Die Gesamtkapitalrentabilität ist von 1994 bis 1997 deutlich gesunken. Dies ist im Wesentlichen auf die negativen Ergebnisgrößen ordentlicher Betriebserfolg und Finanz- und Verbunderfolg zurückzuführen (vgl. Erfolgsquellenanalyse). Der Anstieg der Gesamtkapitalrentabilität im Geschäftsjahr 1998 ist auch auf einen Anstieg der nachhaltigen Erfolgsgrößen, vor allem des ordentlichen Betriebserfolgs

⁴⁷ Vgl. Weber, H. K., Bilanzanalyse mit dem Ziel der Rentabilitätsermittlung, S. 1453; Küting, K. / Weber, C.-P., Die Bilanzanalyse, S. 296.

⁴⁸ Vgl. Leonardi, H., Externe Erfolgsanalysen auf der Grundlage handelsrechtlicher Jahresabschlüsse, S. 179; Gräfer, H., Bilanzanalyse, S. 94; Weber, H. K., Bilanzanalyse mit dem Ziel der Rentabilitätsermittlung, S. 1453; Rogler, S., Gewinn- und Verlustrechnung nach dem Umsatzkostenverfahren, S. 195.

zurückzuführen. Indes ist die Gesamtkapitalrentabilität immer noch negativ. Des Weiteren liegt die Gesamtkapitalrentabilität im Branchenvergleich auch 1998 noch auf einem merklich unterdurchschnittlichen Niveau.

Eine weitere Kennzahl zur Rentabilität, der Cash-Flow2-Return-on-Investment (CF2-ROI), gibt den erwirtschafteten Zahlungsmittelüberschuss im Verhältnis zu dem dafür eingesetzten Kapital an. Die Kennzahl beziffert also den prozentualen Rückfluss des insgesamt eingesetzten Kapitals. Auch diese Kennzahl hat sich bei mathematisch-statistischen Bonitätsanalysen als sehr trennfähig herausgestellt.

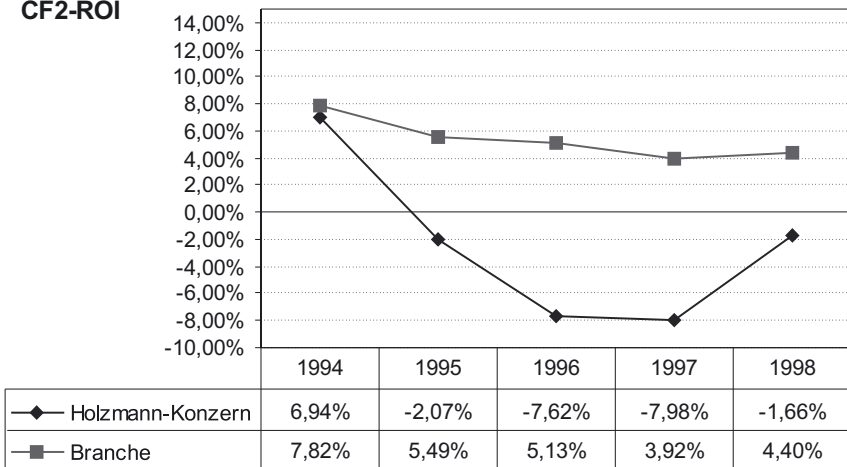
CF2-ROI	$\text{Cash-Flow2-Return-on-Investment} = \frac{\text{Ertragswirtschaftlicher Cash Flow} + \text{Zuführung zu Pensionsrückstellungen}}{\text{Bilanzsumme}}$
---------	---

Im Zähler werden die Zuführungen zu den Pensionsrückstellungen zum ertragswirtschaftlichen Cash Flow addiert, da bei der Bemessung der Pensionsrückstellungen, ebenso wie bei der Bemessung der Abschreibungen, erhebliche Bilanzpolitik betrieben werden kann. Bilanzpolitisches Potential liegt hier zum einen darin, dass ein Passivierungswahlrecht für Altzusagen, mittelbare Neuzusagen und ähnliche Verpflichtungen besteht. Zum anderen ist die Rückstellungsdotierung von der Wahl des Diskontierungszinsfußes und dem Verfahren zur Zuführungsbemessung abhängig.⁴⁹

Beim Philipp Holzmann Konzern entwickelte sich der Cash-Flow2-Return-on-Investment in den Jahren 1994 bis 1998 wie aus Abbildung 20 ersichtlich.

Auch der CF2-ROI zeigt die gleiche deutliche negative Entwicklung des Philipp Holzmann Konzerns seit 1994 wie die Gesamtkapitalrentabilität und verdeutlicht die schwierige erfolgswirtschaftliche Situation des Philipp Holzmann Konzerns. Die – wie sich später zeigte – vorübergehende positive Veränderung im Jahre 1998 ist vor allem auf die Kapitalerhöhung zurückzuführen.

⁴⁹ Zu den erheblichen bilanzpolitischen Möglichkeiten bei den Pensionsrückstellungen vgl. *Hardes*, W., Bilanzpolitik mit Pensionsrückstellungen, S. 92–203; *Baetge*, J./*Kirsch*, H.-J./*Thiele*, S., Bilanzen, S. 393–398; *Thoms-Meyer*, D., Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung für Pensionsrückstellungen, S. 27–165.

CF2-ROI

Legende: CF2-ROI = Cash-Flow2-Return-on-Investment.

Abbildung 20: Die Entwicklung des Cash-Flow2-Return-on-Investment des Philipp Holzmann Konzerns und von ausgewählten Vergleichsunternehmen

4. Gesamturteilsbildung

Im letzten Schritt der Bilanzanalyse muss der Bilanzanalytiker die aus den Kennzahlenvergleichen gewonnenen Ergebnisse interpretieren und zu einem Gesamturteil zusammenfassen. Um ein Gesamturteil über die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens zu ermitteln, muss der Bilanzanalytiker für die beiden Teilbereiche der Bilanzanalyse, die finanzwirtschaftliche und die erfolgswirtschaftliche Analyse, jeweils ein Teilurteil fällen und diese Teilurteile zu einem Gesamturteil aggregieren.⁵⁰

Über die Finanzierungssituation des Philipp Holzmann Konzerns lässt sich nach der Kennzahlenanalyse zusammenfassend festhalten, dass die längerfristige Finanzierungssituation im betrachteten Zeitraum als kritisch einzustufen ist. Die Kennzahlen haben sich zwar im Geschäftsjahr 1998 durch die Kapitalerhöhung verbessert, allerdings lagen die Werte weiterhin auf einem sehr schlechten Niveau, was vor allem durch den vorgenommenen Branchenvergleich zum Ausdruck kommt.

Auch bezüglich der Liquiditätssituation lässt sich festhalten, dass die merkliche Verschlechterung im Geschäftsjahr 1995 zu einer als angespannt zu bezeichnenden Liquiditätssituation führte. Die Entwicklung der Liquiditätssituation des Philipp Holzmann Konzerns zeigt, dass ausgehend von der sehr schlechten kurzfristigen Liquiditätssituation im Geschäftsjahr 1997 sich die finanzielle Lage 1998 weiter

⁵⁰ Vgl. Baetge, J., Bilanzanalyse, S. 51.

verschlechtert hat. Vor dem Hintergrund der erheblichen Ertragsschwäche des Konzerns erschien die kurzfristige Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit des Konzerns in höchstem Maße gefährdet.

Die Erfolgsquellenanalyse macht deutlich, dass die Erfolgslage des Philipp Holzmann Konzerns in den Jahren 1995 bis 1997 durch hohe Verluste im Rahmen der ordentlichen Geschäftstätigkeit geprägt war und von daher als angespannt bezeichnet werden musste. Die hohen Verluste deuteten auf eine fundamentale Ertragsschwäche und eine merkliche Bestandgefährdung hin.

Auch die Beurteilung der Rentabilität des Philipp Holzmann Konzerns konnte sich zwar im Jahr 1998 deutlich verbessern. Trotzdem muss festgehalten werden, dass der Konzern unter einer merklichen Ertragsschwäche litt, da die Kennzahlenwerte im gesamten Analysezeitraum von 1995 bis 1998 negativ waren und deutlich unter dem Branchendurchschnitt lagen.

Als Gesamturteil lässt sich somit festhalten, dass sich anhand der publizierten Informationen die sehr kritische wirtschaftliche Situation des Philipp Holzmann Konzerns ab dem Geschäftsjahr 1995 erkennen lässt. Der Philipp Holzmann Konzern war im Gegensatz zu den ausgewählten Vergleichsunternehmen erheblich bestandsgefährdet, auch wenn im Jahr 1998 aufgrund der Kapitalerhöhung erste Sanierungserfolge zu erkennen waren.

IV. Zusammenfassung

Das Ziel der Bilanzanalyse, anhand des Jahresabschlusses bzw. Konzernabschlusses und des Lageberichts bzw. Konzernlageberichts entscheidungsrelevante Informationen über die gegenwärtige wirtschaftliche Lage und die künftige Entwicklung eines Unternehmens zu gewinnen, kann durch moderne Verfahren der Bilanzanalyse erreicht werden. Vor allem mit einem optimierten Künstlichen Neuronalen Netz, wie dem BP-14, kann die wirtschaftliche Lage und die Bestandsicherheit eines Unternehmens objektiv beurteilt werden. Bereits 1996 konnte mit dem Bilanzbonitätsrating BP-14 auf Grundlage des Konzernabschlusses des Geschäftsjahres 1995 festgestellt werden, dass der Philipp Holzmann Konzern bestandsgefährdet war.⁵¹ Die Bestandsgefährdung mündete 1999 in einem Insolvenzantrag der Philipp Holzmann AG.

Ein Kleinaktionär, der eine Entscheidung darüber treffen möchte, ob er Aktien eines Unternehmens kaufen, halten oder verkaufen soll, hat in der Regel nicht die Möglichkeit, seine Entscheidung mit Hilfe eines modernen Verfahrens, wie der Künstlichen Neuronalen Netzanalyse, zu treffen. Aber ein des Bilanzlesens kundiger Kleinaktionär kann die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens mit Hilfe von

⁵¹ Vgl. Baetge, J./Jerschensky, A., *Moderne Verfahren der Jahresabschlußanalyse*, S. 1589.

intelligenten, d. h. Bilanzpolitik konterkarierenden Kennzahlen beurteilen und auf dieser Grundlage versuchen, die künftige Entwicklung des Unternehmens abzuschätzen. Der Kleinaktionär erhält ein ganzheitliches Bild über die Lage des Unternehmens, wenn er Kennzahlen aus allen Informationsbereichen des Jahresabschlusses, d. h. aus der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage, heranzieht. Anhand des Beispiels des Philipp Holzmann Konzerns konnte gezeigt werden, dass allein anhand der Analyse der Kennzahlen, die auf der Grundlage der veröffentlichten Jahresabschlussinformationen des Geschäftsjahres 1995 gebildet wurden, bereits die angespannte wirtschaftliche Lage und damit die Bestandsgefährdung des Konzerns deutlich zu erkennen war.

Am Beispiel des Philipp Holzmann Konzerns konnte somit gezeigt werden, dass es nicht immer notwendig ist, ein Unternehmen mit komplexen, modernen Verfahren zu beurteilen. Bereits durch die Bildung und Beurteilung von bilanzpolitik-neutralisierenden Kennzahlen aus allen Informationsbereichen kann eine schwierige wirtschaftliche Lage offensichtlich werden.

Literaturverzeichnis

- Arbeitskreis „Externe Unternehmensrechnung“ der Schmalenbach-Gesellschaft: Empfehlungen zur Vereinheitlichung von Kennzahlen in Geschäftsberichten, in: DB 1996, S. 1989 – 1994 (Empfehlungen zur Vereinheitlichung von Kennzahlen in Geschäftsberichten).
- Backhaus, Klaus u. a.: Multivariate Analysemethoden, 10. Aufl., Berlin u. a. 2003 (Multivariate Analysemethoden).
- Baetge, Jörg: Bilanzanalyse, Düsseldorf 1998.
- Baetge, Jörg / Hüls, Dagmar / Uthoff, Carsten: Früherkennung der Unternehmenskrise, in: Forschungsjournal Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Heft 2 / 1995, S. 21 – 29 (Früherkennung der Unternehmenskrise).
- Baetge, Jörg / Jerschensky, Andreas: Beurteilung der wirtschaftlichen Lage von Unternehmen mit Hilfe von modernen Verfahren der Jahresabschlußanalyse, Bilanzbonitäts-Rating von Unternehmen mit Künstlichen Neuronalen Netzen, in: DB 1996, S. 1581 – 1591 (Moderne Verfahren der Jahresabschlußanalyse).
- Baetge, Jörg / Kirsch, Hans-Jürgen / Thiele, Stefan: Bilanzen, 6. Aufl., Düsseldorf 2002 (Bilanzen).
- Baetge, Jörg / Kruse, Ariane / Uthoff, Carsten: Bonitätsklassifikationen von Unternehmen mit Neuronalen Netzen, in: Wirtschaftsinformatik, Heft 34 / 1996, S. 273 – 281 (Bonitätsklassifikationen von Unternehmen mit Neuronalen Netzen).
- Baetge, Jörg / Sieringhaus, Isabel: Bilanzbonitäts-Rating von Unternehmen, in: Handbuch Rating, hrsg. v. Büschgen, Hans Egon / Everling, Oliver, Wiesbaden 1996, S. 221 – 249 (Bilanzbonitäts-Rating).
- Ballwieser, Wolfgang: Die Analyse von Jahresabschlüssen nach neuem Recht, in: WPg 1987, S. 57 – 68 (Die Analyse von Jahresabschlüssen nach neuem Recht).

- Coenenberg, Adolf Gerhard.* Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, 19. Aufl., Stuttgart 2003 (Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse).
- Corsten, Hans/May, Constantin.* Neuronale Netze in der Betriebswirtschaft, Anwendung in Prognose, Klassifikation und Optimierung, Wiesbaden 1996 (Neuronale Netze in der Betriebswirtschaft).
- FitzPatrick, Paul J.:* A Comparison of the Ratios of Successful Industrial Enterprises with those of Failed Companies, in: The Certified Public Accountant 1932, S. 598–605, 656–665 und S. 727–731 (A Comparison of the Ratios of Successful Industrial Enterprises with those of Failed Companies).
- Gräfer, Horst.* Bilanzanalyse, 8. Aufl., Herne / Berlin 2001 (Bilanzanalyse).
- Hauschildt, Jürgen.* Erfolgsspaltung, Aussagefähigkeit und Grenzen, in: Bilanzanalyse nach neuem Recht, hrsg. v. Coenenberg, Adolf Gerhard, 2. Aufl., Landsberg am Lech 1990, S. 189–208 (Erfolgsspaltung).
- Kütting, Karlheinz.* Die handelsbilanzielle Erfolgsspaltungs-Konzeption auf dem Prüfstand, in: WPg 1997, S. 693–702 (Die handelsbilanzielle Erfolgsspaltungs-Konzeption auf dem Prüfstand).
- Kütting, Karlheinz/Weber, Claus-Peter,* Die Bilanzanalyse, 6. Aufl., Stuttgart 2001 (Die Bilanzanalyse).
- Lachenbruch, Peter A./Sneeringer, Cheryl/Revo, Lawrence T.:* Robustness of the Linear and Quadratic Discriminant Function to Certain Types of Non-Normality, in: Communications in Statistics 1973, S. 39–56 (Robustness of the Linear and Quadratic Discriminant Function).
- Lange, Christoph.* Jahresabschlußinformationen und Unternehmensbeurteilung, Stuttgart 1989 (Jahresabschlußinformationen und Unternehmensbeurteilung).
- Leffson, Ulrich.* Bilanzanalyse, 3. Aufl., Stuttgart 1984 (Bilanzanalyse).
- Leonardi, Hildegard.* Externe Erfolgsanalysen auf der Grundlage handelsrechtlicher Jahresabschlüsse, Bergisch Gladbach / Köln 1990 (Externe Erfolgsanalysen auf der Grundlage handelsrechtlicher Jahresabschlüsse).
- Nauck, Detlef/Klawonn, Frank/Kruse, Rudolf.* Neuronale Netze und Fuzzy-Systeme, 2. Aufl., Braunschweig / Wiesbaden 1996 (Neuronale Netze und Fuzzy-Systeme).
- Niehaus, Hans-Jürgen:* Früherkennung von Unternehmenskrisen, Düsseldorf 1987 (Früherkennung von Unternehmenskrisen).
- Perridon, Louis/Steiner, Manfred:* Finanzwirtschaft der Unternehmung, 11. Aufl., München 2002 (Finanzwirtschaft der Unternehmung).
- Rehkugler, Heinz/Poddig, Thorsten:* Bilanzanalyse, 4. Aufl., München / Wien 1998 (Bilanzanalyse).
- Rogler, Silvia:* Gewinn- und Verlustrechnung nach dem Umsatzkostenverfahren, Wiesbaden 1990 (Gewinn- und Verlustrechnung nach dem Umsatzkostenverfahren).
- Schult, Eberhard:* Bilanzanalyse, 11. Aufl., Hamburg 2003 (Bilanzanalyse).
- Thoms-Meyer, Dirk:* Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung für Pensionsrückstellungen, Düsseldorf 1996 (Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung für Pensionsrückstellungen).

- Uthoff*, Carsten: Erfolgsoptimale Kreditwürdigkeitsprüfung auf der Basis von Jahresabschlüssen und Wirtschaftsauskünften mit Künstlichen Neuronalen Netzen, Stuttgart 1997 (Erfolgsoptimale Kreditwürdigkeitsprüfung).
- Weber*, Helmut K.: Bilanzanalyse mit dem Ziel der Rentabilitätsermittlung, in: DB 1980, S. 1453 – 1460 (Bilanzanalyse mit dem Ziel der Rentabilitätsermittlung).
- Wehrheim*, Michael: Die Erfolgsspaltung als Krisenindikator, in: DStR 1997, S. 508 – 513 (Die Erfolgsspaltung als Krisenindikator).
- Zell*, Andreas: Simulation Neuronaler Netze, Bonn u. a. 1994 (Simulation Neuronaler Netze).
- Zimmermann*, Hans Georg: Neuronale Netze als Entscheidungskalkül, in: Neuronale Netze in der Ökonomie, hrsg. v. Rehkugler, Heinz/Zimmermann, Hans Georg, München 1994, S. 1 – 87 (Neuronale Netze als Entscheidungskalkül).

Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Krise der Gesellschaft

Von *Ulrich Haas*

I. Einleitung

Der Geschäftsführer steht einer Rechtsform vor, die seit vielen Jahren bereits die Insolvenzstatistik anführt. Dies gilt sowohl, was die absoluten Zahlen anbelangt, als auch hinsichtlich der Insolvenzanfälligkeit. Die durch GmbH-Insolvenzen verursachten Gesamtschäden durch Forderungsausfälle, nicht entrichtete Krankenkassen- und Sozialversicherungsbeiträge, Verfahrenskosten, Zahlung von Insolvenzgeld etc. betragen jährlich viele Milliarden Euro.¹ Diese enormen Schäden, die auf die Teilnahme der GmbH am Wirtschaftsleben zurückzuführen sind, stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zu dem Prinzip der Haftungsbeschränkung in § 13 Abs. 2 GmbHG. Danach haftet den Gesellschaftsgläubigern gegenüber allein das Gesellschaftsvermögen, nicht aber der Gesellschafter oder aber der Geschäftsführer persönlich. Um das mit dem Wirtschaften mit beschränkter Haftung verbundene Risiko für Dritte zumindest teilweise auszugleichen, haben Rechtsprechung und Literatur in den letzten Jahren die Haftung des Geschäftsführers in der Krise und im Vorfeld der Krise zunehmend in den Mittelpunkt gerückt² und dadurch ein dichtes Netz haftungsbewehrter unternehmerischer Verhaltenspflichten zum (mittelbaren und unmittelbaren) Schutz der Gesellschaftsgläubiger geschaffen.

II. Das System des mittelbaren Gläubigerschutzes

Im Mittelpunkt des am GmbH-Geschäftsführer anknüpfenden Systems des (mittelbaren) Gläubigerschutzes steht § 43 Abs. 2 GmbHG. Nach dieser Vorschrift haftet der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft auf Schadensersatz, wenn er in Angelegenheiten der Gesellschaft nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anwendet. Von dieser Norm geht – auch wenn Inhaber des Anspruchs allein die Gesellschaft ist – ein wichtiger Beitrag zur Insolvenzvermeidung

¹ *Meyer*, GmbHR 2002, 242, 251 ff.

² Zur wachsenden praktischen Bedeutung der Verschuldenshaftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften siehe das Zahlenmaterial bei *Meyer*, GmbHR 2002, 242, 248; siehe auch *Leibner*, GmbHR 2002, 424.

bzw. Insolvenzvorsorge (auch) im Interesse der Gesellschaftsgläubiger aus.³ Der Ausrichtung bzw. Konzentration der unternehmerischen Verhaltenspflichten auf die Gesellschaft liegt nämlich die Vorstellung zugrunde, dass das, was im Interesse der Gesellschaft liegt, letztlich auch das Interesse der Gesellschaftsgläubiger reflexartig mitschützt. Der – nicht krisenspezifische – dem Gläubigerschutz dienende § 43 Abs. 2 GmbHG findet nicht nur außerhalb, sondern auch innerhalb bzw. im unmittelbaren Vorfeld der Krise Anwendung; denn auch eine insolvente oder vermögenslose Gesellschaft kann infolge einer Pflichtverletzung des Geschäftsführers (noch weiter) geschädigt werden, indem beispielsweise Passiva erhöht oder aber Aktiva vermindert werden.⁴ Neben die „allgemeinen“ vom Geschäftsführer zu beachtenden und nach § 43 Abs. 2 GmbHG sanktionierten Verhaltenspflichten treten in bzw. im Vorfeld der Krise aber eine Reihe weiterer „besonderer“ Pflichten, nämlich die Pflicht, die Krise rechtzeitig zu erkennen (siehe unten 1) und die hieraus notwendigen Konsequenzen (siehe unten 2 bis 4) zu ziehen.

1. Pflicht zur unternehmerischen Selbstkontrolle

Grundlage für eine effektive Krisenvermeidung bzw. -bewältigung (auch im Interesse der Gesellschaftsgläubiger) ist ein hinreichender Informationsstand des Geschäftsführers über die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft. Nur wer in der Lage ist, die wirtschaftliche Krise und deren Ausmaß zu erkennen, ist auch in der Lage, die von Gesetzes wegen gebotenen Konsequenzen zu ziehen. Zwar kennt das GmbH-Recht – anders als beispielsweise das Aktienrecht in § 91 Abs. 2 AktG für den Vorstand⁵ – keine gesetzlich normierte Pflicht der Geschäftsleitung zur Einführung eines unternehmensinternen Überwachungssystems.⁶ Die Rechtsprechung hat jedoch (schon vor Einführung des § 91 Abs. 2 AktG im Jahre 1998) in ständiger Rechtsprechung die Ansicht vertreten, dass die Geschäftsleitung eine Pflicht zur beständigen wirtschaftlichen Selbstprüfung trifft.⁷ Hieran hat sich

³ Siehe in diesem Sinne *Fleck*, ZHR 1985, 387, 395; *Frisch*, Haftungserleichterung für den GmbH-Geschäftsführer nach dem Vorbild des Arbeitsrechts, 1998, S. 22; *Michalski/Haas*, GmbHG, 2002, § 43 Rn. 14; siehe für die inhaltsgleiche Vorschrift im GenG RGZ 46, 60, 61 sowie die Gesetzesbegründung des historischen Gesetzgebers, BR-Drucks. 1891, D. II Nr. 94 S. 78.

⁴ BGHZ 100, 190, 198; OLG Saarbrücken ZIP 2002, 130, 131; *Michalski/Haas*, GmbHG, 2002, § 43 Rn. 212.

⁵ Siehe hierzu etwa *Lück*, DB 1998, 1925 ff.; *Kück*, DB 1998, 8 ff.; *Hüffer*, AktG, 5. Aufl. 2002, § 92 Rn. 6 ff.; *Drygalla/Drygalla*, ZIP 2000, 297, 299 ff.

⁶ Laut Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 13/9712 S. 15) soll jedoch § 91 Abs. 2 AktG auch auf solche GmbH ausstrahlen, die aufgrund ihrer Größe und Struktur mit einer AktG vergleichbar sind, siehe hierzu *Drygalla/Drygalla*, ZIP 2000, 297 ff.; *Lutter*, GmbHR 2000, 301, 305; *Altmeppen*, ZGR 1999, 201, 300 ff.

⁷ BGH GmbHR 1995, 299, 300; 1994, 539, 545; OLG Oldenburg NZG 2001, 37, 39 f.; OLG Celle GmbHR 2000, 942; KG NZG 1999, 400; OLG Düsseldorf GmbHR 1993, 159, 160; siehe auch *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 43 Rn. 10; *Lutter*, GmbHR

– auch für die GmbH – nach Einführung des § 91 Abs. 2 AktG durch das KonTraG nichts geändert. Der (konkrete) Inhalt der in § 43 Abs. 1 GmbHG verankerten Pflicht zur beständigen wirtschaftlichen Selbstprüfung hängt von der Struktur und Größe der Gesellschaft sowie deren wirtschaftlicher Lage ab. In jedem Fall muss sich der Geschäftsführer – auch bei einer arbeitsteiligen Organisation – jederzeit über die vermögensrechtliche Situation der Gesellschaft schnell und umfassend informiert halten und in der Lage sein, die von der Gesellschaft eingegangenen Risiken abzuschätzen und zu steuern. Diese Pflicht kann über die Fortschreibung der Werte der letzten Jahresbilanz hinausgehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich die Anzeichen für eine Krise verschärfen (Umsatzeinbruch, Mahnungen, Aufzehren des Eigenkapitals, etc.).⁸ Dann muss der Geschäftsführer darüber hinausgehende Aktivitäten entfalten.⁹ Er hat zu prüfen (und sich zu vergewissern), ob die Gesellschaft insolvent ist bzw. die Insolvenz unmittelbar bevorsteht.¹⁰ Anders als die Zahlungsunfähigkeit, die dem Geschäftsführer kaum verborgen bleiben wird, ist die Überschuldung schwieriger zu erkennen. Letztere lässt sich insbesondere nicht aus den fortgeschriebenen Bilanzwerten des Jahresabschlusses ableiten.¹¹ Daher genügt der Geschäftsführer seiner wirtschaftlichen Selbstprüfungspflicht nur, wenn er einen Überschuldungsstatus erstellt, sich also vergewissert, dass der bei der Verwertung des Gesellschaftsvermögens voraussichtlich erzielbare Erlös die Verbindlichkeiten der Gesellschaft decken wird.¹²

2. Besondere Pflichten im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen

Eine Konsequenz der Krise ist, dass den Geschäftsführer besondere Pflichten im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen treffen. Er muss m.a.W. besonders sorgsam mit dem Gesellschaftsvermögen verfahren, will er sich nicht gegenüber der Gesellschaft haftbar machen. Zu den „besonderen“ Pflichten im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen zählen die Pflicht zur Kapitalerhaltung (§ 43 Abs. 3 GmbHG) sowie die Masseerhaltungspflicht in § 64 Abs. 2 GmbHG. Beide Pflichten obliegen dem Geschäftsführer zwar gegenüber der Gesellschaft. Letztlich dienen diese Pflichten aber – wie bereits § 43 Abs. 2 GmbHG – dazu, das Interesse der Gesellschaftsgläubiger mitzuschützen.

2000, 301, 305; K. Schmidt, in: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 3. Aufl. 2003, Rn. 682.

⁸ OLG Celle NZG 2002, 730, 732.

⁹ Roth/Altmeyen, GmbHG, 4. Aufl. 2003, Vorb § 64 Rn. 17; Goette, ZInsO 2001, 529, 530.

¹⁰ BGH GmbHR 1994, 539, 545; OLG Koblenz OLG-Report 2001, 228, 229.

¹¹ BGH DStR 2001, 175; Goette, ZInsO 2001, 529, 530; Haas, DStR 2003, 423, 424.

¹² Goette, ZInsO 2001, 529, 530.

*a) Die Pflicht zur Kapitalerhaltung
(§ 43 Abs. 3 GmbHG)*

Sinn und Zweck der Vorschriften zur Kapitalerhaltung ist es, das Eigenvermögen der GmbH in gewisser Höhe zu erhalten.¹³ Letzteres liegt in mehrfacher Hinsicht im Interesse der Gesellschaftsgläubiger.¹⁴ Das Eigenvermögen der Gesellschaft stellt das von den Gesellschaftern hingegebene Risikokapital, d. h. deren Risikobeitrag an der wirtschaftlichen Unternehmung dar. Die Gefahr, dass die Gesellschafter (im Wege von Weisungen an den Geschäftsführer) verantwortungslos mit dem Gesellschaftsvermögen umgehen, ist umso geringer, je höher das eigene finanzielle Risiko der Gesellschaft ist. Darüber hinaus bildet das Eigenkapital der Gesellschaft einen Puffer bzw. ein Risikopolster. Es fängt Betriebsverluste zugunsten des von den Gläubigern hingegebenen Fremdkapitals ab. Schließlich dient das Eigenkapital auch dazu, Liquiditätsengpässe zu beseitigen.

aa) Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 43 Abs. 3 GmbHG

Adressat des Kapitalerhaltungssystems ist – wie sich aus § 43 Abs. 3 GmbHG ergibt – in erster Linie der Geschäftsführer.¹⁵ Nach § 43 Abs. 3 GmbHG haftet der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft auf Schadensersatz, wenn er eine verbotswidrige Auszahlung aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen vornimmt. Die Vorschrift regelt eine gesonderte und selbstständige Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft und ist eine besondere Ausprägung des § 43 Abs. 2 GmbHG. Dies folgt aus dem Wortlaut des § 43 Abs. 3 Abs. 3 S. 1 GmbHG. Mit dem Wort „insbesondere“ schließt nämlich der Absatz unmittelbar an den vorhergehenden Haftungstatbestand (und dessen Tatbestandsvoraussetzungen) an.¹⁶ § 43 Abs. 3 GmbHG enthält allerdings gegenüber § 43 Abs. 2 GmbHG eine Haftungsverschärfung in dreifacher Hinsicht.¹⁷ Zum einen kann die Gesellschaft auf den Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsführer nur verzichten, sich hierüber vergleichen oder aber den Geschäftsführer durch Entlastungsbeschluss von der Haftung freistellen, wenn der Anspruch nicht zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Letzteres ergibt sich aus der Verweisung in § 43 Abs. 3 S. 2 GmbHG auf § 9b GmbHG. Zum anderen beseitigt die Gesell-

¹³ *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2003, Rn. 5.17, dort auch zu den Mängeln dieses Systems, siehe Rn. 5.25 ff.

¹⁴ *Roth* ZGR 1993, 170, 177 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, 1980, § 10 IV 3; *Sernetz/Haas*, Kapitalaufbringung und -erhaltung in der GmbH, 2003, Rn. 370 ff.

¹⁵ *Michalski/Heidinger*, GmbHG, 2002, § 30 Rn. 8; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 30 Rn. 2.

¹⁶ BGHZ 122, 336, 340; BGH WM 1986, 789, 790; OLG Hamburg NZG 2000, 839, 840; *Scholz/Schneider*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 43 Rn. 197.

¹⁷ Siehe auch *Scholz/Schneider*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 43 Rn. 191; *Schaub* DStR 1992, 985, 988.

schafterweisung im Rahmen des § 43 Abs. 3 GmbHG – anders als bei § 43 Abs. 2 GmbHG – die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens nicht, wenn die Forderung zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Schließlich liegt eine weitere Haftungsverschärfung darin, dass § 43 Abs. 3 GmbHG zugunsten der Gesellschaft einen typisierten Schadensnachweis gestattet. Leistungen, die der Geschäftsführer unter Verletzung der Kapitalerhaltungspflichten erbracht hat, sind – so lange sie nicht wertmäßig in das Gesellschaftsvermögen zurückgelangt sind – stets als Schaden zu bewerten.¹⁸ Für die Frage also, ob ein Schaden vorliegt oder nicht, spielt es keine Rolle, ob die Gesellschaft wegen der verbotswidrigen Auszahlung auch Ansprüche gegen den Gesellschafter (z. B. nach § 812 BGB, §§ 31, 33 GmbHG) hat.¹⁹

Dem Wortlaut nach knüpft die Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 3 GmbHG an dem Auszahlungsverbot in § 30 Abs. 1 bzw. 2 GmbHG sowie an dem Erwerb eigener Geschäftsanteile nach § 33 GmbHG an. Entsprechende Anwendung findet herrschender Meinung zufolge § 43 Abs. 3 GmbHG bei einem Verstoß gegen das Kreditgewährungsverbot in § 43a GmbHG.²⁰ Ganz überwiegend soll die Vorschrift auch bei der Rückzahlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen gelten.²¹ Gefolgert wird dies aus den so genannten Rechtsprechungsgrundsätzen zum Kapitalersatzrecht, d. h. der analogen Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG. Der Geschäftsführer haftet danach, wenn er die umqualifizierte Gesellschafterleistung zurückgewährt bzw. in den Fällen des § 32a Abs. 2 GmbHG nicht dafür Sorge trägt, dass der Gesellschafter die Gesellschaft von der Kreditverbindlichkeit freistellt. Dieser Ansicht ist jedoch nicht zu folgen;²² denn zwischen dem Recht der Kapitalerhaltung und dem Kapitalersatzrecht besteht kein inhaltlicher Zusammenhang. Die analoge Anwendung der Vorschriften über die Kapitalerhaltung im Rahmen der Rechtsprechungsregeln ist vielmehr ein formaler Aufhänger für ein vom System der Kapitalaufbringung- und -erhaltung unabhängiges Gläubigerschutzsystem.²³ Gegen eine analoge Anwendung spricht überdies, dass nach überwiegender Ansicht kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen im Über-

¹⁸ RGZ 159, 211, 230; *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 43 Rn. 22; *Scholz/Schneider*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 43 Rn. 199.

¹⁹ *Sernetz/Haas*, Kapitalaufbringung und -erhaltung in der GmbH, 2003, Rn. 502 ff.

²⁰ *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 43 Rn. 22; *Schneider*, in: FS Werner, 1984, S. 795, 809 f.; *Michalski/Haas*, GmbHG, 2002, § 43 Rn. 220.

²¹ BGH ZIP 1992, 108, 109; BB 2001, 1753, 1754; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl. 2002, §§ 32 a, b Rn. 103; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 43 Rn. 83; *Hommelhoff/Goette*, Kapitalersatzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2003, Rn. 149; *Goette*, ZInsO 2001, 529, 532; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 43 Rn. 39.

²² *Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, 1997, S. 65 ff.; *ders.*, NZI 1999, 209, 214.

²³ *Haas*, NZI 2001, 1 ff.; *Michalski/Haas*, GmbHG, 2002, § 43 Rn. 219; so wohl auch *Goette*, ZHR 1998, 223; siehe auch *Eichele*, Die Reichweite des Kapitalerhaltungsgrundsatzes aus § 30 Abs. 1 GmbHG, die Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters und das Eigenkapitalersatzrecht in der GmbH, 1998, S. 63 ff.

schuldungsstatuts zu passivieren sind.²⁴ Die herrschende Meinung begründet dies mit dem Gebot der Rechtssicherheit und -klarheit. Die nach wie vor bestehenden Unwägbarkeiten in der Einstufung der Gesellschafterhilfen seien – so die herrschende Meinung – dem Geschäftsführer im Hinblick auf die mit § 64 GmbHG verbundenen schadensersatzrechtlichen und strafrechtlichen Risiken nicht zumutbar.²⁵ Dieses Ergebnis, im Interesse des Geschäftsführers für zweifelsfreie und rechtssichere Verhältnisse zu sorgen, würde freilich unterlaufen, wenn Letzterer zwar nicht wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht, wohl aber nach § 43 Abs. 3 GmbHG zur Verantwortung gezogen werden könnte.

bb) § 43 Abs. 3 GmbHG und nachträgliche Gesundung der Gesellschaft

Die Pflichten im Zusammenhang mit der Kapitalerhaltung schützen das Gesellschaftsvermögen nicht schlechthin, sondern nur in Höhe der Rechnungsziffer „Stammkapital“. In zeitlicher Hinsicht ist damit der Anwendungsbereich des § 43 Abs. 3 GmbHG nur eröffnet, wenn durch die verbotswidrige Auszahlung eine Unterbilanz entsteht oder aber vertieft wird. Kontrovers diskutiert wird die Frage nach dem Schicksal des Haftungsanspruchs, wenn zwar im Auszahlungszeitpunkt eine Unterbilanz vorhanden und damit der Anspruch nach § 43 Abs. 3 GmbHG einmal entstanden ist, im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs aber die Gesellschaft ihre wirtschaftliche Schieflage nachhaltig überwunden hat. Hier stellt sich die Frage, ob der Geschäftsführer aus § 43 Abs. 3 GmbHG überhaupt noch in Anspruch genommen werden kann.

Die Rechtsprechung hat zu dieser Frage im Rahmen des § 43 Abs. 3 GmbHG noch nicht, wohl aber im Zusammenhang mit dem „parallelen“ Anspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter auf Erstattung der verbotswidrigen Auszahlung (§ 31 GmbHG) Stellung genommen. Entgegen seiner früheren Judikatur²⁶ ist der BGH heute der Ansicht, dass die (nachhaltige) wirtschaftliche Gesundung der Gesellschaft den Erstattungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG nicht entfallen lässt. Der BGH folgert dies zum einen aus dem Tatbestand des § 31 Abs. 1 GmbHG, wonach es für die Entstehung des Erstattungsanspruchs allein auf den Auszahlungszeitpunkt ankommt. Zum anderen begründet er dies mit der in § 31 Abs. 1 GmbHG angeordneten Rechtsfolge, nämlich der umgehenden Erstattung der ver-

²⁴ Siehe hierzu BGH DSStR 2001, 175, 179; *Roth/Altmeyden*, GmbHG, 4. Aufl. 2003, Vorb § 64 Rn. 26; *Haas*, NZI 1999, 209 ff.; siehe auch *Kleindiek*, in: von Gerkan/Hommelhoff (Hrsg.) Handbuch zum Kapitalersatzrecht, 2. Aufl. 2002, Rn. 7.28 ff.

²⁵ BGH DSStR 2001, 175, 177; *Goette*, DSStR 2001, 175, 179; *Haas*, NZI 1999, 209, 214 mwN.

²⁶ BGH NJW 1988, 139, 140; OLG Stuttgart NZG 1998, 683, 684; *Goette*, DSStR 1997, 1495, 1499 f.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 37 III 2 b; kritisch gegenüber dieser Rechtsprechung *Scholz/Westermann*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 31 Rn. 6 f.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 31 Rn. 11 ff.; *Rowedder/Pentz*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 31 Rn. 17.

botswidrig geleisteten Zahlung. Diese Rechtsfolge lasse aber – so der BGH – keinen Raum für einen nachträglichen Wegfall des Anspruchs. Schließlich weist der BGH noch auf die „funktionale Vergleichbarkeit“ des Erstattungs- mit dem Einlageanspruch hin. Auch Letzterer bestehe unabhängig davon fort, ob das Stammkapital auf andere Weise als durch Anspruchserfüllung abgedeckt worden sei oder nicht.²⁷ Fraglich ist nun, ob und inwieweit diese zu § 31 Abs. 1 GmbHG aufgestellten Grundsätze auf § 43 Abs. 3 GmbHG übertragbar sind.

Gegen eine Übertragung der BGH-Rechtsprechung auf die vorliegende Fallgestaltung spricht, dass – anders als der Tatbestand in § 31 Abs. 1 GmbHG – die in § 43 Abs. 3 GmbHG angeordnete Rechtsfolge (Schadensersatz) nicht allein auf den Zeitpunkt der verbotswidrigen Auszahlung, sondern auf den Vergleich zweier Vermögenslagen und damit auch auf den Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs abstellt. Die Berücksichtigung der nachträglichen wirtschaftlichen Gesundung der Gesellschaft erscheint daher nicht von vornherein abwegig. Gegen ein Fortbestehen der Haftung nach § 43 Abs. 3 GmbHG spricht auch die angebliche funktionelle Vergleichbarkeit von (Rest-)Einlageanspruch und Rückzahlungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG. Steht nämlich eine Resteinlage aus und ist diese fällig, so haftet der Geschäftsführer allenfalls nach § 43 Abs. 2 GmbHG, wenn er diese zugunsten der Gesellschaft nicht einfordert,²⁸ nicht aber nach den strengerer Voraussetzungen des § 43 Abs. 3 GmbHG. Für eine Übertragung der Rechtsprechungsgrundsätze zum Erstattungsanspruch spricht demgegenüber der Sinn und Zweck des § 43 Abs. 3 GmbHG. Die Vorschrift beruht auf dem Bedürfnis, das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen in besonderer Weise zu sichern. Die Haftung des Geschäftsführers soll u. a. sicherstellen, dass verbotswidrige Auszahlungen von dem Geschäftsführer umgehend wieder eingefordert und damit rückgängig gemacht werden.²⁹ Dieser Sicherungszweck würde freilich unterlaufen, wenn zwar der Gesellschafter, nicht aber der Geschäftsführer im Falle einer wirtschaftlichen Gesundung wegen der Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften weiterhin haftet.

b) Die Masseerhaltungspflicht

Hat sich die Krise der Gesellschaft zu einer Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung verdichtet, ordnet § 64 Abs. 2 GmbHG an, dass der Geschäftsführer

²⁷ BGH ZIP 2000, 1251, 1253; Henze, GmbHR 2000, 1069, 1073; siehe insbesondere auch Kort, ZGR 2001, 613, 615 ff.

²⁸ Siehe auch K. Schmidt, in: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 3. Aufl. 2003, Rn. 686.

²⁹ Das Nichteinfordern einschlägiger Ansprüche im Zusammenhang mit der Kapitalerhaltung stellt h.M. zufolge selbst eine Pflichtverletzung nach § 43 Abs. 3 GmbHG dar, siehe Hachenburg/Mertens, GmbHG, 8. Aufl. 1996, § 43 Rn. 90; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 43 Rn. 39; Sernetz/Haas, Kapitalaufbringung und -erhaltung in der GmbH, 2003, Rn. 497.

zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet ist, die er nach diesem Zeitpunkt aus dem Gesellschaftsvermögen vorgenommen hat, soweit sie nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind.

aa) Die Rechtsnatur des Anspruchs

Die Rechtsnatur des Anspruchs aus § 64 Abs. 2 GmbHG ist umstritten.³⁰ In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, es handele sich hierbei um einen (echten) Schadensersatzanspruch im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger.³¹ Die Rechtsprechung ordnet den Anspruch dagegen ganz überwiegend als Ersatzforderung eigener Art ein, die unabhängig von den sonstigen Rechten des Insolvenzverwalters geltend gemacht werden kann und auf Wiederauffüllung der Masse gerichtet ist.³² Der Anspruch diene dazu – so der BGH –, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens alle Gesellschaftsgläubiger gleichmäßig und entsprechend ihrem Rang befriedigt werden.³³

Die verschiedenen Ansichten zur Rechtsnatur des Anspruchs wirken sich – in Randbereichen – auf die Tatbestandsmerkmale der Vorschrift aus, etwa auf die Auslegung des Begriffes verbotswidrige „Zahlung“ oder auf den Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsmannes. Interpretiert man die Vorschrift im Sinne eines Schadensersatzanspruchs, so kommt eine Erstattungspflicht des Geschäftsführers nur in Betracht, wo der Vergleich zweier Vermögenslagen eine Masseverkürzung ergibt. Dem Geschäftsführer werden damit über § 64 Abs. 2 GmbHG nicht nur bestimmte, sondern sämtliche Masseverkürzungen zugerechnet. Da im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität alle adäquat kausalen Schadensfolgen bis zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs zu berücksichtigen sind, wird letztlich über § 64 Abs. 2 GmbHG der Schaden erstattet, der auf der Fortführung des Unternehmens trotz Insolvenzreife beruht. Dient § 64 Abs. 2 GmbHG demgegenüber der Sicherung des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes im Vorfeld der Insolvenzeröffnung, so hat dies zur Folge, dass § 64 Abs. 2 GmbHG nur bestimmte masseschmälernde Handlungen des Geschäftsführers erfasst, nämlich solche, die einem Gläubiger Vorteile gegenüber der Gläubigersamtheit verschaffen. Sonstige Risiken, die ihre Ursache in der masseschmälernden Fortführung des Unternehmens als solche haben, können demgegenüber eben-

³⁰ Siehe hierzu *K. Schmidt*, KTS 2001, 373, 388 f.; *Altmeppen*, ZIP 2001, 2201, 2204 f.

³¹ *Kübler/Prütting/Noack*, Sonderband Gesellschaftsrecht, 1999, Rn. 326; *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 64 Rn. 26; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 64 Rn. 35; *K. Schmidt*, WPg 2003 (Sonderheft) 141, 144 f.; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 64 Rn. 56 f.

³² BGH NZI 2001, 87 f.; *Goette*, ZInsO 2001, 529, 535; *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh*, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 64 Rn. 70.

³³ BGH ZIP 2000, 184, 185 und DStR 2003, 1133; *Goette*, ZInsO 2001, 529, 535; *Schulze-Osterloh*, in: FS Bezzenger, 2000, S. 415, 419 ff.; so für die entsprechende Regelung im Aktienrecht *Habersack*, in: GroßKommAktG, 4. Aufl. 1999, § 92 Rn. 91.

so wenig berücksichtigt werden wie „Fernwirkungen“ der „verbotswidrigen“ Auszahlung auf die der Gläubigerbefriedigung dienende Masse.

Der Meinungsstreit sollte freilich nicht überbewertet werden; denn im Regelfall werden beide Ansichten zum selben Ergebnis führen. Erlangt nämlich ein Gläubiger einen Vorteil auf Kosten der Gläubigergesamtheit, so wird – grundsätzlich – nicht nur der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz tangiert, sondern auch eine Masseverkürzung eingetreten sein. In Einzelfragen können die verschiedenen Ansichten aber durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Insoweit verdient dann aber die Rechtsprechung und damit die Ansicht den Vorzug, die auf einen punktuellen Ausgleich abstellt im Gegensatz zu einer generellen Verlustdeckungshaftung. Hierfür spricht zum einen der Wortlaut in § 64 Abs. 2 GmbHG, der von „Zahlung“ und nicht von Schadensersatz spricht. Zum anderen verdient die Rechtsprechung aber auch aus systematischen Erwägungen den Vorzug. So kennt das GmbH-Recht beispielsweise keine Vorschrift, die dem Geschäftsführer eine Garantenpflicht für den Erhalt des Gesellschaftsvermögens aufbürdet. Vielmehr knüpfen die verschiedenen Haftungsnormen stets an einer in einer einzelnen Handlung oder Unterlassung liegenden Pflichtverletzung, nicht aber an dem mit einer Geschäftsführung notwendig verbundenen wirtschaftlichen Risiko an.³⁴ Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz um den tragenden Grundsatz des Insolvenzverfahrens handelt (§ 1 InsO). Zudem hat der Gesetzgeber an verschiedenen Stellen zum Ausdruck gebracht, dass er diesen Grundsatz auch im Vorfeld der Insolvenzeröffnung sicher gestellt wissen will. Warum nun § 64 Abs. 2 GmbHG nicht im Lichte dieses zentralen insolvenzrechtlichen Leitgedankens gedeutet werden soll, ist wenig nachvollziehbar.

bb) Folgerungen aus der Rechtsnatur des Erstattungsanspruchs

Folgt man der von der Rechtsprechung vertretenen Auffassung, so rückt § 64 Abs. 2 GmbHG unübersehbar in die Nähe der Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO). Diese dient nämlich – ganz überwiegender Ansicht nach – dazu, Vermögensverschiebungen, durch die die Masse verkürzt und der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz beeinträchtigt wird, wieder rückgängig zu machen.³⁵ Anders freilich als § 64 Abs. 2 GmbHG richtet sich der Anfechtungsanspruch nicht gegen den Geschäftsführer, sondern gegen den Insolvenzgläubiger. Dennoch kann es – aufgrund der identischen Zielsetzung beider Ansprüche – nicht verwundern, dass es eine Vielzahl von Parallelen zwischen beiden gibt.

³⁴ *Schulze-Osterloh*, in: FS Bezenberger, 2000, S. 415, 422 f.; *Baumbach/Hueck/Zöllner*; GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 43 Rn. 16; *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 43 Rn. 57.

³⁵ BGHZ 59, 230, 232; MünchKommInsO/*Kirchhof*, 2002, vor §§ 129 bis 147 Rn 2 f. *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO, Stand Nov. 2003, § 129 Rn. 2 ff.; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, 12. Aufl. 2003, § 129 Rn. 1.

Voraussetzung sowohl für eine Gläubigerbenachteiligung i.S. des § 64 Abs. 2 GmbHG als auch i.S. der §§ 129 ff. InsO ist beispielsweise, dass sich die in Frage stehende Rechtshandlung auf Vermögensgegenstände des Schuldners bzw. der Gesellschaft beziehen muss. Keine Gläubigerbenachteiligung liegt daher vor, wenn der Schuldner bzw. der Geschäftsführer ein günstiges Vertragsangebot nicht annimmt³⁶ oder Vermögensgegenstände, an denen ein Aussonderungsrecht besteht, herausgibt³⁷. Gleiches gilt, wenn der Geschäftsführer bzw. der Schuldner Treugut an den Treugeber zurückgibt.³⁸ Nicht als Treuhänder, sondern als Schuldner ist der Arbeitgeber im Hinblick auf die Sozialversicherungsbeiträge anzusehen. Das gilt auch für die auf die Arbeitnehmer entfallenden Beiträge zur Sozialversicherung; denn hieran hat der Arbeitnehmer, soweit sich die Beiträge im Schuldnervermögen befinden, keinerlei schützenswerte Rechtsposition erlangt. Folglich liegt eine die Haftung nach § 64 Abs. 2 GmbHG³⁹ bzw. die Insolvenzanfechtung⁴⁰ auslösende Gläubigerbenachteiligung vor, wenn der Geschäftsführer bzw. der Schuldner Zahlungen auf ausstehende Verbindlichkeiten zur Sozialversicherung leistet.

Der für beide Ansprüche notwendige Bezug zum Schuldner- bzw. Gesellschaftsvermögen wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass dem Schuldner oder der Gesellschaft Vermögensgegenstände von dritter Seite mit einer bestimmten Zweckabrede (zur tatsächlichen freien Verfügung) überlassen werden. So hat der BGH beispielsweise entschieden, dass der Geschäftsführer nach § 64 Abs. 2 GmbHG haftet, wenn er Zahlungsmittel, die der Gesellschaft zu dem Zweck überlassen wurden, einen Gläubiger zu befriedigen, tatsächlich für diesen Zweck verwendet.⁴¹ Hätte sich der Geschäftsführer nämlich normgerecht verhalten – so der BGH –, wäre der darlehensweise überlassene Geldbetrag im Gesellschaftsvermögen verblieben. Der Betrag hätte dann in dem eröffneten Insolvenzverfahren allen Gläubigern zur Ver-

³⁶ Für die §§ 129 ff. InsO siehe *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, 12. Aufl. 2003, § 129 Rn. 99; differenziert *MünchKommInsO/Kirchhof*, 2002, § 129 Rn. 81; für § 64 GmbHG, siehe auch *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 64 Rn. 26.

³⁷ Für §§ 129 ff. InsO siehe *MünchKommInsO/Kirchhof*, 2002, § 129 Rn. 78; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, 12. Aufl. 2003, § 129 Rn. 105; für § 64 GmbHG siehe BGHZ 1000, 19, 23 ff.; *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 64 Rn. 29; *Michalski/Nerlich*, GmbHG, 2002, § 64 Rn. 46; für die analoge Situation im Aktienrecht siehe *GroßKommAktG/Habersack*, 4. Aufl. 1999, § 92 Rn. 95.

³⁸ Dagegen liegt eine Gläubigerbenachteiligung vor, wenn Zahlungen von einem für die Gesellschaft / Schuldner geführten Treuhandkonto erfolgen, siehe OLG Düsseldorf ZIP 1998, 2101, 2102.

³⁹ BGH DStR 2001, 175, 177; ebenso für die Zahlung rückständiger Steuerschulden OLG Düsseldorf NZG 1999, 884, 885; siehe auch *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 64 Rn. 27; für die analoge Situation im Aktienrecht siehe *GroßKommAktG/Habersack*, 4. Aufl. 1999, § 92 Rn. 93.

⁴⁰ BGH ZIP 2003, 1667, 1668 f.; ZIP 2002, 1159, 1160; ZIP 2001, 2235, 2236 f.; *MünchKommInsO/Kirchhof*, 2002, § 129 Rn. 78; siehe für die Anfechtung von Zahlungen an den Steuergläubiger etwa OLG Schleswig ZIP 2003, 727; ZInsO 2003, 187.

⁴¹ BGH DStR 2003, 1133 (*Goette*).

fügung gestanden. So aber habe ein Gesellschaftsgläubiger anstelle der ihm eigentlich zustehenden quotalen eine vollständige Befriedigung seiner Forderung auf Kosten der übrigen Gläubiger erhalten. Nichts anderes gilt im Anwendungsbereich der §§ 129 ff. InsO. Auch hier hat der BGH entschieden, dass eine die Insolvenzanfechtung begründende Gläubigerbenachteiligung vorliegt, wenn der Schuldner darlehensweise zur Verfügung gestellte Zahlungsmittel, über die er tatsächlich frei verfügen kann, einer Zweckabsprache entsprechend zur Tilgung von Schulden verwendet.⁴²

Ob eine Gläubigerbenachteiligung vorliegt oder nicht, wird sowohl im Rahmen der Insolvenzanfechtung als auch bei § 64 Abs. 2 GmbHG nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten beurteilt.⁴³ Gibt der Schuldner bzw. der Geschäftsführer beispielsweise einen Gegenstand weg, der voll oder gar darüber hinaus mit Rechten Dritter belastet ist, scheidet eine Gläubigerbenachteiligung und damit ein Anspruch aus den §§ 129 ff. InsO bzw. aus § 64 Abs. 2 GmbHG aus.⁴⁴ Gleiches gilt für Zahlungen an absonderungsberechtigte Gläubiger in Höhe des Wertes des Sicherungsgutes.⁴⁵ Beide Ansprüche setzen des Weiteren voraus, dass eine Benachteiligung der Gläubigergesamtheit vorliegt. Wird daher nur ein Gläubiger gegen einen anderen oder ein Zugriffsobjekt gegen ein anderes ausgetauscht, liegt regelmäßig keine Gläubigerbenachteiligung vor.⁴⁶ Freilich stellt der Austausch von Gläubigern dann eine Gläubigerbenachteiligung dar, wenn der neue Gläubiger besser besichert wird als der alte.⁴⁷

Übereinstimmung – zumindest im Ausgangspunkt – besteht zwischen § 64 GmbHG und §§ 129 ff. InsO auch in Bezug auf die zu berücksichtigenden Gläubigernachteile. Da es sich bei der Insolvenzanfechtung nicht um einen Schadensersatzanspruch handelt, werden hier die zu berücksichtigenden Nachteile grundsätzlich weit gefasst. Verstanden werden hierunter nicht nur unmittelbare, sondern – grundsätzlich – auch mittelbare Benachteiligungen, d. h. solche, die nicht schon durch das Geschäft selbst, sondern erst durch einen außerhalb dieses Geschäfts

⁴² BGH NZI 2002, 255 f.

⁴³ Im Anwendungsbereich der §§ 129 ff. InsO, siehe BGH NJW 1955, 709; MünchKommInsO/*Kirchhof*, 2002, § 129 Rn. 101; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, 12. Aufl. 2003, § 129 Rn. 93. Im Anwendungsbereich des § 64 GmbHG siehe etwa *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 64 Rn. 26.

⁴⁴ Für die §§ 129 ff. InsO siehe BGH ZIP 1999, 196, 197 f.; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, 12. Aufl. 2003, § 129 Rn. 103; MünchKommInsO/*Kirchhof*, 2002, § 129 Rn. 109; für § 64 GmbHG siehe *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 64 Rn. 26.

⁴⁵ *Michalski/Nerlich*, GmbHG, 2002, § 64 Rn. 46; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 64 Rn. 26.

⁴⁶ Im Anwendungsbereich der §§ 129 ff. InsO siehe RGZ 48, 148, 150 f.; MünchKommInsO/*Kirchhof*, 2002, § 129 Rn. 108; für § 64 Abs. 2 GmbHG BGH DStR 2000, 210, 211; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl. 1991, § 64 Rn. 40; *Gottwald/Haas*, Insolvenzrechtshandbuch, 2. Aufl. 2001, § 92 Rn. 94.

⁴⁷ Im Rahmen der §§ 129 ff. InsO siehe *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, 12. Aufl. 2003, § 129 Rn. 115; für § 64 GmbHG siehe OLG Celle GmbHR 1997, 901, 902.

liegenden Umstand verursacht werden.⁴⁸ Eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung kann daher beispielsweise vorliegen, wenn zwar zum Zeitpunkt der Veräußerung eines Gegenstandes eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners geflossen ist, dieser Gegenstand aber im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr vorhanden ist, sei es, dass er irgendwie in Verlust geraten ist oder aber von dem Schuldner beiseite geschafft wurde.⁴⁹ Eine Einschränkung dieser „entfernteren“ Folgen der in Frage stehenden Rechtshandlung, etwa durch die Adäquanztheorie, erfolgt – wegen der von einem Schadensersatzanspruch verschiedenen Rechtsnatur des Anfechtungsanspruchs – nicht.⁵⁰ Ähnlich ist die Rechtslage auch im Rahmen des § 64 Abs. 2 GmbHG. Zumindest der BGH versteht hier die Gläubigerbenachteiligung in einem weiten Sinne. Ausdrücklich heißt es in der Entscheidung des BGH vom 18. 3. 1974, dass die Haftung des Geschäftsführers nur dann entfällt, wenn dieser den Nachweis führt, „dass ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt *und dort voll erhalten geblieben ist*.“⁵¹ Nach überwiegender Ansicht soll es jedoch auf eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung dann nicht ankommen, wenn die ausgetauschten Leistungen gleichwertig sind. Die dogmatische Begründung hierfür ist unklar. Teilweise wird in diesen Fällen von vornherein eine „Auszahlung“ verneint.⁵² Anderer Ansicht nach entfällt die Haftung des Geschäftsführers hier aufgrund des Ausnahmetatbestands in § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG.⁵³ Danach scheidet eine Haftung des Geschäftsführers aus, wenn die Auszahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar ist. Für die letztgenannte Ansicht spricht ein Vergleich mit dem Anfechtungsrecht. Dort wird – auch bei Gleichwertigkeit des Aktiventausches – zwar nicht die (u.U. bestehende mittelbare) Gläubigerbenachteiligung verneint. Dennoch soll in diesen Fällen – grundsätzlich – eine Anfechtung ausscheiden. Begründet wird dies mit § 142 InsO. Die Vorschrift privilegiert anfechtungsrechtlich so genannte Bargeschäfte. Hierunter versteht das Gesetz Umsatzgeschäfte, bei denen Leistung und Gegenleistung kraft Parteivereinbarung miteinander verknüpft und gleichwertig sind und darüber hinaus in einem engen zeitlichen Verhältnis ausgetauscht werden.

⁴⁸ BGH NZI 2000, 116, 118; ZIP 1996, 1907, 1908; MünchKommInsO / Kirchhof, 2002, § 129 Rn. 121 ff.

⁴⁹ Uhlenbruck / Hirte, InsO, 12. Aufl. 2003, § 129 Rn. 127.

⁵⁰ BGH NZI 2000, 116, 118; MünchKommInsO / Kirchhof, 2002, § 129 Rn. 169.

⁵¹ BGH NJW 1974, 1088, 1089; siehe auch BGH DStR 2003, 1133, 1134: „Allenfalls dann, wenn mit den von dem Geschäftsführer bewirkten Zahlungen ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt *und dort verblieben ist*, kann erwogen werden, eine Masseverkürzung ... zu verneinen.“

⁵² So etwa Roth / Altmeyen, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 64 Rn. 56 ff.; Hachenburg / Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1991, § 64 Rn. 43; Scholz / K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 64 Rn. 23 (allerdings in Parallele zu § 142 InsO).

⁵³ BGH NJW 1974, 1088, 1089; ZIP 1986, 456, 459; wohl auch BGH DStR 2001, 175, 177; Baumbach / Hueck / Schulze-Osterloh, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 64 Rn. 71; Schulze-Osterloh, in: FS Bezzenberger, 2000, S. 415, 424; GroßKommAktG / Habersack, 4. Aufl. 1999, § 92 Rn. 95; Pape, ZInsO 2001, 397, 401.

Fraglich ist schließlich, inwieweit mit einer Zahlung oder anfechtbaren Rechtshandlung verbundene Vorteile mit den gläubigerbenachteiligenden Wirkungen zu verrechnen sind. Das Anfechtungsrecht ist diesbezüglich vergleichsweise restriktiv. Ganz überwiegend findet hier eine „Vorteilsausgleichung“, d. h. eine Berücksichtigung von Ereignissen, die der Insolvenzmasse zum Vorteil gereichen und in einem adäquat kausalen Zusammenhang mit der benachteiligenden Rechtshandlung stehen, grundsätzlich nicht statt.⁵⁴ Eine Ausnahme gilt freilich für solche Vorteile zugunsten der Insolvenzmasse, die die Gegenleistung für die durch die Handlung bewirkte Vermögensminderung darstellen. Diese sind ohne weiteres zu berücksichtigen.⁵⁵ Eine „Gegenleistung“ i.d.S. nimmt die insolvenzrechtliche Rechtsprechung auch dann an, wenn die Bank – ohne das Kontokorrentverhältnis zu kündigen – Einzahlungen bzw. Gutschriften auf dem debitorischen Konto verrechnet, den Schuldner aber innerhalb des Kreditrahmens vereinbarungsgemäß wieder verfügen lässt.⁵⁶ Stellt dagegen der Vorteil keine Gegenleistung dar, kommt es für die „Anrechnung“ darauf an, ob Vorteil und Vermögensopfer „unmittelbar“ zusammenhängen. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn das Vermögensopfer gezielt eingesetzt wird, um den Vorteil zu erreichen. Vielmehr muss sich der Vorteil unmittelbar in einer Mehrung des Schuldnervermögens niederschlagen.⁵⁷ Dies liegt beispielsweise nicht vor, wenn der Schuldner Schulden aus Stromlieferungen bezahlt, um eine Einstellung der Stromversorgung und einen damit verbundenen Produktionsausfall zu verhindern.⁵⁸ Gleiches gilt, wenn der Schuldner dem Subunternehmer wegen ausstehender Forderungen ein Sicherungsrecht gewährt, um diesen dazu zu bewegen, die ihm übertragenen Arbeiten (gegen Entgelt) fortzuführen.⁵⁹

Unter welchen Voraussetzungen eine Vorteilsanrechnung im Rahmen des § 64 Abs. 2 GmbHG stattfindet, wird – im Vergleich zum Anfechtungsrecht – teils restriktiver, teils liberaler gesehen. Enger ist die Rechtsprechung etwa bei der bankseitigen Verrechnung von Überweisungen, Einzahlungen bzw. Kundenschecks auf debitorischen Konten der Gesellschaft. Nach Ansicht des für Gesellschaftsrecht zuständigen 2. Zivilsenats des BGH stellt – grundsätzlich – schon die Verrechnung als solche eine die Haftung des Geschäftsführers auslösende Zahlung dar.⁶⁰ Anders als im Rahmen der §§ 129 ff. InsO soll hier die Vorteilsanrechnung selbst dann

⁵⁴ BGH NJW 1970, 44, 46; MünchKommInsO/Kirchhof, 2002, § 129 Rn. 175 f.; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 12. Aufl. 2002, § 143 Rn. 23.

⁵⁵ MünchKommInsO/Kirchhof, 2002, § 129 Rn. 175; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 12. Aufl. 2002, § 143 Rn. 23.

⁵⁶ BGH NZI 2002, 311, 313; siehe auch MünchKommInsO/Kirchhof, 2002, § 142 Rn. 13; G. Fischer; NZI 2003, 281, 287 f.

⁵⁷ BGH NZI 2003, 315, 316 (Leithaus).

⁵⁸ BGH BB 1952, 868.

⁵⁹ BGH WM 1984, 1194, 1195.

⁶⁰ BGH LM § 64 Nr. 19 (Noack/Bunke) = NZI 2001, 87; ZIP 2000, 184, 185 f.; siehe auch OLG Düsseldorf GmbHR 1999, 661, 662; zustimmend MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler, 2003, § 92 Rn. 43.

ausscheiden, wenn der Geschäftsführer über die gutgeschriebenen Beträge wieder verfügt und die Bank lediglich als Zahlstelle fungiert hat.⁶¹ In den meisten anderen Fallgestaltungen ist das gesellschaftsrechtliche Schrifttum (und wohl auch die Rechtsprechung) aber eher liberaler, was die Möglichkeiten der Vorteilsanrechnung anbelangt. Neben den unmittelbaren „Gegenleistungen“⁶² sollen nämlich auch solche Zahlungen des Geschäftsführers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes i.S. des § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG vereinbar sein, die geleistet werden, um den Geschäftsbetrieb für die Zwecke des Insolvenzverfahrens oder auch für die Zwecke einer ernstlich erwarteten Sanierung aufrecht zu erhalten.⁶³ Mitunter wird gar vertreten, dass im Rahmen des § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG ein „öffentliches Interesse am Bestand lebensfähiger Betriebe“ zu beachten sei.⁶⁴ Diese Auffassung ist bedenklich. Sie birgt die Gefahr, dass der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung ausgehöhlt wird. Die bestmögliche und gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger ist gemäß § 1 InsO der Hauptzweck des Insolvenzverfahrens,⁶⁵ dessen Schutz § 64 Abs. 2 GmbHG gerade bezweckt. Die Erhaltung des Unternehmens des Schuldners ist demgegenüber lediglich einer von mehreren Wegen zur Gläubigerbefriedigung.⁶⁶ Dies kommt auch in § 1 InsO zum Ausdruck, wonach die Erhaltung und Sanierung von Unternehmen kein selbstständiges Verfahrensziel darstellt. Auch Gründe der Rechtsklarheit sprechen für eine restriktive Handhabung der Vorteilsanrechnung i.S. der anfechtungsrechtlichen Judikatur; denn in dem Zeitpunkt, in dem die Bevorzugung eines Gläubigers stattfindet, wird der Geschäftsführer selten zuverlässig abschätzen können, ob sich das Nachgeben für die Masse lohnt.⁶⁷

⁶¹ BGH ZIP 2000, 184, 185 f. (die mit den Mitteln der Gutschrift ermöglichte Befriedigung anderer Gläubiger soll aber nicht erneut eine unzulässige Auszahlung i.S. des § 64 Abs. 2 GmbHG darstellen); zustimmend *Frings* GmbH 2000, 184, 185; *Pape* ZInsO 2001, 397, 403; zu Recht kritisch gegenüber dieser Rechtsprechung *Noack/Bunke* LM § 64 Nr. 19.

⁶² *Michalski/Nerlich*, GmbHG, 2002, § 64 Rn. 46; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 64 Rn. 43.

⁶³ OLG Düsseldorf NZG 1999, 1066, 1068; *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 64 Rn. 30; *Michalski/Nerlich*, GmbHG, 2002, § 64 Rn. 46; *Pape* ZInsO 2001, 397, 401; siehe auch MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler, 2003, § 92 Rn. 46: „Ob und inwieweit Schulden bezahlt werden dürfen, die im Insolvenzverfahren zu den gewöhnlichen Insolvenzforderungen gehören, wird sich nur nach Lage des Falles beantworten lassen.“; im letzteren Sinne wohl auch BGH DStR 2001, 175, 177.

⁶⁴ *Michalski/Nerlich*, GmbHG, 2002, § 64 Rn. 46; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 64 Rn. 9.

⁶⁵ BGH NZI 2002, 375; 2003, 315, 316; HK-InsO/Kirchhof, 3. Aufl. 2003, § 1 Rn. 6.

⁶⁶ Beschlussempfehlung und -bericht des Rechtsausschusses zu § 1, BT-Drucks. 12/7302, S. 155; HK-InsO/Kirchhof, 3. Aufl. 2003, § 1 Rn. 4; siehe auch BGH NZI 2003, 315, 316.

⁶⁷ So aus dem Blickwinkel der §§ 129 InsO, BGH NZI 2003, 315, 317.

3. Sanierungspflichten

Eine weitere Konsequenz der wirtschaftlichen Schieflage der Gesellschaft ist, dass den Geschäftsführer besondere Pflichten gegenüber der Gesellschaft treffen, Wege aus der Krise auszuloten und zu beschreiten. Hierzu gehört etwa die Pflicht des Geschäftsführers, die Gesellschafterversammlung bei Eintritt der Krise einzuberufen und diese hierüber zu informieren. Es besteht mithin eine – nach § 43 Abs. 2 GmbHG sanktionierte – umfassende Informations- und Berichtspflicht des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft, die in § 49 Abs. 3 GmbHG ihren Niederschlag gefunden hat. Danach ist der Geschäftsführer „insbesondere“ verpflichtet, die Gesellschafterversammlung einzuberufen, wenn sich aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren ist. Durch das Wort „insbesondere“ stellt das Gesetz selber klar, dass sich eine Einberufungspflicht auch schon zu einem früheren Zeitpunkt ergeben kann. Sinn und Zweck des § 49 Abs. 3 GmbHG ist es, der Gesellschafterversammlung als oberstem Gesellschaftsorgan im Vorfeld der Insolvenz die Möglichkeit zu geben, darüber zu befinden, ob die Gesellschaft saniert oder aber liquidiert werden soll. Die Reaktionsschwelle soll also m.a.W. vorverlegt werden.⁶⁸

Der Geschäftsführer darf sich allgemeiner Ansicht zufolge nicht mit der Einberufung der Gesellschafterversammlung begnügen. Vielmehr trifft ihn auch die Pflicht, Wege aus der Krise sorgsam zu prüfen, auszuloten, aufzuzeigen und vorzubereiten. Er muss die Gesellschafter daher zutreffend beraten, damit diese von dem in § 49 Abs. 3 GmbHG verankerten „Frühwarnsystem“ auch sinnvoll Gebrauch machen können.⁶⁹ Der Geschäftsführer macht sich nach § 43 Abs. 2 GmbHG gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig, wenn er seiner Pflicht zur Sanierungsprüfung nicht ordnungsgemäß nachkommt oder wenn er den Insolvenzantrag „verfrüht“ stellt, ohne Möglichkeiten der Sanierung ausreichend geprüft zu haben.⁷⁰ Da die Entscheidung über Sanierung bzw. Liquidation – im Vorfeld von Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit – allein bei den Gesellschaftern liegt, haftet der Geschäftsführer entgegen einer teilweise in der Literatur vertretenen Ansicht gegenüber der Gesellschaft, wenn er trotz der geringen bzw. unzureichenden Eigenkapitalreserven den Geschäftsbetrieb – jenseits der Insolvenzreife – fortsetzt.⁷¹

⁶⁸ Siehe hierzu *Goette* ZInsO 2001, 529, 533; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 49 Rn. 11; siehe auch *Michalski/Römermann*, GmbHG, 2002, § 49 Rn. 9; *Bauer*, ZInsO 2002, 153, 154.

⁶⁹ *Goette*, ZInsO 2001, 529, 533; *K. Schmidt*, in: *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, 3. Aufl. 2003, Rn. 686; *Götter*, *Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH*, 1999, Rn. 330; *Bauer*, ZInsO 2002, 153, 154.

⁷⁰ *K. Schmidt*, ZIP 1980, 328, 330; *ders.*, in: *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, 3. Aufl. 2003, Rn. 686; *Götter*, *Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH*, 1999, Rn. 330 ff.; *Haas*, DStR 1998, 1359, 1362 f.

⁷¹ Eingehend zur Haftung des Geschäftsführers im Falle materieller Unterkapitalisierung der Gesellschaft *Haas*, *Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz*, 1997, S. 145 ff.; siehe

4. Pflicht zum ordnungsgemäßen Marktaustritt

Das System der auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung beruht auf der für das Recht der Kapitalgesellschaften grundlegenden Voraussetzung, dass das Gesellschaftsvermögen, das zur Erfüllung der im Namen der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten benötigt wird, in der Gesellschaft zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger verbleiben muss.⁷² Dieser Schutz des Befriedigungsinteresses der Gläubiger wird im Gesetz innerhalb des Marktaustrittsverfahrens verwirklicht. So markieren beispielsweise die Insolvenzauslösetatbestände den Zeitpunkt, ab dem das Gesellschaftsvermögen der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger vorbehalten ist (§ 1 InsO). Mit Eintritt der Insolvenz hat – nach dem gesetzlichen Leitbild – das Gesellschaftsvermögen seine Funktion als Betriebsmittel, d. h. als Reservoir zur Erzielung von Einkünften aus laufenden Umsatzgeschäften verloren. Es steht von diesem Zeitpunkt an ausschließlich der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung. Realisiert bzw. gesichert wird die Haftungsfunktion des Gesellschaftsvermögens durch das Insolvenz(-eröffnungs-)verfahren.

Das Gesetz schützt die Haftungsfunktion des Gesellschaftsvermögens aber nicht nur im insolvenzrechtlichen, sondern auch im liquidationsrechtlichen Marktaustrittsverfahren. Auch hier hat mit Beginn des Liquidationsverfahrens das Gesellschaftsvermögen seine Betriebsmittelfunktion verloren mit der Folge, dass allein das Befriedigungsinteresse der Gläubiger im Vordergrund steht. Zum Ausdruck kommt dies in dem zwingenden⁷³ § 73 Abs. 1 GmbHG. Die Vorschrift ordnet – zeitlich befristet – an, dass eine Auskehr des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter nicht vor Tilgung oder Sicherstellung der Schulden der Gesellschaft erfolgen darf. Die Vorschrift bezweckt herrschender Meinung zufolge eine „totale Ausschüttungssperre“ im Interesse einer möglichst vollständigen Gläubigerbefriedigung.⁷⁴

„Garant“ für das *insolvenzrechtliche* Marktaustrittsverfahren (und den hierdurch verwirklichten Gläubigerschutz) ist – gesellschaftsintern besehen – in erster Linie der Geschäftsführer, nicht aber beispielsweise der Gesellschafter.⁷⁵ Dem Geschäfts-

auch Michalski / Haas, GmbHG, 2002, § 43 Rn. 297; a.A. Roth / Altmeyen, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 43 Rn. 9; Altmeyen, ZIP 1999, 878.

⁷² BGH ZIP 2002, 1578, 1580.

⁷³ Siehe nur Rowedder / Rasner, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 73 Rn. 1: „§ 73 ist zwingendes Recht und eine der wesentlichen Gläubigerschutzbestimmungen für die Abwicklung.“

⁷⁴ K. Schmidt, ZIP 1981, 1; Scholz / K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 73 Rn. 2; Roth / Altmeyen, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 73 Rn. 1; Baumbach / Hueck / Schulze-Osterloh, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 73 Rn. 2; Michalski / Nerlich, GmbHG, 2002, § 73 Rn. 4; Lutter / Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 73 Rn. 1; siehe auch Kessler, GmbHR 2002, 945, 950.

⁷⁵ Scholz / K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 64 Rn. 6 ff.; Roth / Altmeyen, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 64 Rn. 5.

führer obliegt es nach § 64 Abs. 1 GmbHG, im Falle des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung rechtzeitig den Insolvenzantrag zu stellen. Die Beachtung dieser gesetzlichen Pflicht, die in einem mehrköpfigen Leitungsorgan jedem einzelnen Geschäftsführer unabhängig von einer internen Ressortverteilung obliegt, schuldet der Geschäftsführer (auch) gegenüber der Gesellschaft. Stellt er daher den Insolvenzantrag nicht oder verspätet, haftet er daher nach § 43 Abs. 2 GmbHG.⁷⁶ Umstritten ist, inwieweit eine Haftung wegen verspäteter Antragstellung gegenüber der Gesellschaft entfällt, wenn die Gesellschafter dem Geschäftsführer eine entsprechende Weisung erteilt haben. Während der BGH die haftungsbefreiende Wirkung einer derartigen Gesellschafterweisung zunächst bejaht hat,⁷⁷ hat er die Frage in einer neueren Entscheidung ausdrücklich offen gelassen⁷⁸. Die wohl überwiegende Ansicht geht, wohl zu Recht, davon aus, dass die Gesellschafter über die Einhaltung der dem Geschäftsführer kraft Gesetzes obliegenden zwingenden Pflichten nicht disponieren können.⁷⁹

Verantwortlich für die Einleitung des *gesellschaftsrechtlichen* Marktaustrittsverfahrens (und den hierdurch verwirklichten Gläubigerschutz) sind – sieht man einmal von Sonderfallgestaltungen ab – die Gesellschafter, nicht aber die Geschäftsführer. Die Gesellschafter müssen – im Grundsatz – die Liquidation beschließen, um das Marktaustrittsverfahren einschließlich seiner gläubigerschützenden Mechanismen in Gang zu setzen. Aufgrund ihrer herausgehobenen Stellung innerhalb der Gesellschaft besteht die Gefahr, dass die Gesellschafter durch entsprechende Einflussnahmen auf den Geschäftsführer ein geordnetes Marktaustrittsverfahren vereiteln und den hierdurch vermittelten Schutz des Befriedigungsinteresses der Gläubiger unterlaufen. Damit steht gerade das gesellschaftsrechtliche Liquidationsverfahren (und der hierdurch vermittelte Gläubigerschutz) praktisch zur Disposition der Gesellschafter. Die Gesellschafter können den Gläubigerschutz „leer laufen lassen“, indem sie die Gesellschaft „still“ oder „kalt“ liquidieren. Hiervon ist dann auszugehen, wenn die Gesellschafter – ohne die Auflösung der Gesellschaft zu beschließen – die Gesellschaft rein tatsächlich abwickeln, indem sie durch bestandsgefährdende bzw. existenzvernichtende Entnahmen das Gesellschaftsvermögen absaugen und dadurch der Gesellschaft die Fähigkeit nehmen, ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen. Ist der Geschäftsführer den Gesellschaftern hierbei behilflich, stellt sich die Frage, inwieweit er sich gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig macht.

Soweit durch die Maßnahmen das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen angetastet wird, macht sich der Geschäftsführer unstreitig bereits

⁷⁶ BGH DSr 1994, 1093, 1094; NJW 1974, 1088, 1089; K. Schmidt, in: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 3. Aufl. 2003, Rn. 686.

⁷⁷ BGH NJW 1974, 1088, 1089.

⁷⁸ BGH DSr 1994, 1093, 1094.

⁷⁹ Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 64 Rn. 4; Roth/Altmeppen, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 64 Rn. 6; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 64 Rn. 4.

nach § 43 Abs. 3 GmbHG ersatzpflichtig. Für Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen jenseits der Stammkapitalgrenze kommt demgegenüber allenfalls eine Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG in Betracht. Allerdings entfällt diese grundsätzlich – wie sich aus einem Umkehrschluss aus § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG ergibt –, soweit der Geschäftsführer Weisungen der Gesellschafterversammlung umsetzt. Jedoch endet die Haftungsfreistellung dort, wo eine wirksame Weisung nicht vorliegt und damit eine Folgepflicht des Geschäftsführers nicht besteht.⁸⁰ Eine nichtige bzw. eine die Folgepflicht nicht auslösende Weisung nimmt die herrschende Meinung insbesondere dann an, wenn diese gegen die guten Sitten oder gegen zwingendes Recht (insbesondere gläubigerschützende Vorschriften) verstößt.⁸¹ Letzteres ist – mit der wohl überwiegenden Ansicht in der Literatur – im Falle so genannter existenzgefährdenden Weisungen anzunehmen, wenn also die Gesellschaft zum Vorteil der Gesellschafter außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Marktaustrittsverfahren „kalt“ liquidiert wird.⁸² Folglich haftet der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG, wenn er an einer „kalten“ Liquidation der Gesellschaft mitwirkt.⁸³

III. Das System des unmittelbaren Gläubigerschutzes

Kennzeichnend für die Haftung des Geschäftsführers wegen unternehmerischer Pflichtverletzungen ist der Grundsatz der Haftungskonzentration bzw. -kanalisierung, wie er etwa in § 43 Abs. 2 bzw. § 43 Abs. 3 GmbHG zum Ausdruck kommt.⁸⁴ Danach haftet der Geschäftsführer im Falle einer sorgfaltswidrigen Geschäftsführung allein der Gesellschaft, nicht aber Dritten bzw. Gesellschaftsgläubigern gegenüber. Von diesem Grundsatz der Haftungskonzentration sind – in bzw. im Vorfeld der Krise – verschiedene Ausnahmen denkbar, nämlich dann, wenn das Gesetz selbst, abweichend von dem vorgenannten Grundsatz der Haftungskonzentration, eine unmittelbare Außenhaftung anordnet, wenn die Außenhaftung des Geschäftsführers auf einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung beruht, oder aber, wenn die Außenhaftung aufgrund allgemeiner Erwägungen angezeigt erscheint.

⁸⁰ Rowedder/Koppensteiner, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 43 Rn. 33; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 43 Rn. 29; Michalski/Haas, GmbHG, 2002, § 43 Rn. 182.

⁸¹ BGH NJW 1974, 1088, 1089; Roth/Altmeppen, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 37 Rn. 6 f.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 37 Rn. 30; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 37 Rn. 12.

⁸² Roth/Altmeppen, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 37 Rn. 7; Lutter/Banerjea ZIP 2003, 2177 f.

⁸³ Für eine Haftung in entsprechender Anwendung des § 43 Abs. 3 wohl Roth/Altmeppen, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 43 Rn. 94 ff.

⁸⁴ Habersack, Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges“ Recht, 1996, S. 205; Hachenburg/Mertens, GmbHG, 8. Aufl. 1996, § 43 Rn. 99; Michalski/Haas, GmbHG, 2002, § 43 Rn. 283.

1. Gesetzliche Ausnahmen vom Grundsatz der Haftungskonzentration

Das Gesellschaftsrecht sieht nur punktuelle und zumeist keine krisenspezifischen Ausnahmen vom Grundsatz der Haftungskonzentration vor. Zu den wenigen Ausnahmetatbeständen zählen beispielsweise die Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG oder die Haftung des Geschäftsführers nach § 40 Abs. 2 GmbHG. Auch außerhalb des Gesellschaftsrechts finden sich nur vereinzelt Normen, die eine unmittelbare Außenhaftung des Geschäftsführers anordnen. Hierzu zählen etwa § 69 AO oder aber § 26 Abs. 3 InsO. Nach letzterer Vorschrift kann der Gläubiger, der die Verfahrenskosten nach § 26 Abs. 1 S. 2 InsO vorgestreckt hat, beim Geschäftsführer Rückgriff nehmen, wenn dieser den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens schuldhaft nicht oder verspätet gestellt hat. Mit dieser Vorschrift wollte der Gesetzgeber seinerzeit einen Beitrag zur Verringerung masseloser Insolvenzverfahren leisten.⁸⁵ Die Außenhaftung des Geschäftsführers nach § 26 Abs. 3 InsO hat in der Praxis bisher aber kaum Bedeutung erlangt.⁸⁶ Immer wieder wird daher eine Nachbesserung angemahnt. Wenn der Gesetzgeber wirklich einen Anreiz zur Leistung von Massekostenvorschüssen geben wolle, dann müsse der Insolvenzverwalter befugt und verpflichtet sein, den Erstattungsanspruch des vorschussleistenden Gläubigers geltend zu machen und den Gläubiger vorrangig durch Auszahlung zu bedienen.⁸⁷

2. Auf dem Willen des Geschäftsführers beruhende Ausnahmen vom Grundsatz der Haftungskonzentration

Eine Außenhaftung gegenüber außenstehenden Gläubigern kommt auch dann in Betracht, wenn Gläubiger und Geschäftsführer vereinbaren, dass letzterer für Verbindlichkeiten der Gesellschaft einstehen soll. Derartige Vereinbarungen sind in der Praxis häufig, etwa in Gestalt einer Bürgschaft oder eines Schuldbeitritts.⁸⁸ Eine Außenhaftung des Geschäftsführers kann sich uU auch aus § 164 Abs. 2 BGB ergeben. Geht der Wille des Geschäftsführers, das Rechtsgeschäft für die Gesellschaft abschließen zu wollen, nicht bzw. nicht mit hinreichender Sicherheit hervor, so hat danach der Geschäftsführer für die vereinbarten Pflichten selbst einzustehen. Eingeschränkt wird das in § 164 Abs. 2 BGB niedergelegte Offenkundigkeits-

⁸⁵ Siehe BT-Drucks. 12/2443 S. 118 f.; zu den einzelnen Voraussetzungen siehe *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, 1999, Rn. 1030 ff.; kritisch zu der Norm *K. Schmidt*, in: *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, 3. Aufl. 2003, Rn. 1176; *Gottwald/Haas*, *Insolvenzrechtshandbuch*, 2. Aufl. 2001, § 92 Rn. 153.

⁸⁶ Siehe zu den ganz wenigen von den Gerichten bislang entschiedenen Fällen, OLG Hamm NZI 2002, 437 ff.

⁸⁷ *K. Schmidt*, in: *Insolvenzrecht* 2003, RWS-Forum 24, 2003, S. 19, 33; *ders.* in: *Aktuelle Probleme des neuen Insolvenzrechts*, 50 Jahre Kölner Arbeitskreis, 2000, S. 95 f.; *ders.*, in: *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, 3. Aufl. 2003, Rn. 1177.

prinzip im Handelsverkehr zwar durch die Grundsätze des unternehmensbezogenen Handelns.⁸⁹ Bleiben aber – wie beispielsweise im Scheck- bzw. Wechselverkehr üblich⁹⁰ – ernsthafte, nicht auszuräumende Zweifel an der Unternehmensbezogenheit des Geschäfts, so gehen diese zu Lasten des Geschäftsführers.⁹¹

In Betracht kommt auch eine Außenhaftung des Geschäftsführers aufgrund eines Garantievertrages. Einen solchen hat der BGH etwa angenommen, wenn der Geschäftsführer einem Lieferanten zweimal telefonisch zusichert, sich wegen der Bezahlung der Lieferung keine Sorgen zu machen, weil er – notfalls – Geld in die Gesellschaft nachschießen werde, wenn Letztere die Lieferung nicht bezahlen könne.⁹² Aufgrund des Garantieversprechens sei der Geschäftsführer – so der BGH – gegenüber dem Lieferanten zur Schadloshaltung verpflichtet, wenn der versprochene Erfolg (hier Bezahlung seitens der Gesellschaft) nicht eintritt.⁹³ Gleiches hat der BGH in einem anderen Fall angenommen, in dem ein Geschäftsführer einen ihm freundschaftlich verbundenen Gesellschaftsgläubiger auf dem Briefpapier der Gesellschaft „als Freund“ um Stundung der Forderung gebeten hat mit dem Hinweis, dass er eigene Termingelder auflösen werde, um damit persönlich die Gesellschaftsverbindlichkeiten zu begleichen.⁹⁴ Die Abgrenzung derartiger Garantie- und Auskunftsverträge zu – grundsätzlich – unverbindlichen Zusicherungen im Vorfeld von vertraglichen Vereinbarungen⁹⁵ ist nicht immer einfach.

3. Ausnahmen von dem Grundsatz der Haftungskonzentration nach allgemeinen Grundsätzen

Außerhalb der gesetzlich angeordneten und rechtsgeschäftlich vereinbarten Ausnahmen vom Grundsatz der Haftungskonzentration gibt es – rechtstechnisch gesehen – wenig Möglichkeiten, um im Falle von unternehmerischen Pflichtverletzungen des Geschäftsführers zu einer Außenhaftung zu gelangen. In Betracht kommen insoweit lediglich die Vertreterhaftung nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB (frühere c.i.c.-Haftung), die Haftung auf deliktischer Grundlage (§§ 823 Abs. 2 i.V.m. einem Schutzgesetz, 826 BGB) oder aber die analoge Anwendung aktienrechtlicher Vorschriften (§ 93 Abs. 5 AktG).

⁸⁸ Siehe beispielsweise BGH EWiR 2002, 13 f.

⁸⁹ Siehe hierzu BGH DStR 2000, 1089, 1099; DB 1998, 1610 f.; NZG 1997, 709; NJW 1996, 2645.

⁹⁰ OLG Brandenburg GmbHR 1998, 742 f.; OLG Hamm GmbHR 1993, 159.

⁹¹ BGH DStR 2000, 1089, 1099.

⁹² BGH DStR 2001, 1397, 1398.

⁹³ BGH DStR 2001, 1397, 1398.

⁹⁴ BGH NZG 2002, 779 f.

⁹⁵ Siehe hierzu unten III. 3. c) aa).

a) Grenzen einer Außenhaftung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen

Bei der Aktivierung dieser (allgemeinen) Anspruchsgrundlagen ist zu beachten, dass das im Gesellschaftsrecht niedergelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht in sein Gegenteil verkehrt werden darf. Nach dem gesetzlichen Leitbild ist nämlich die Innenhaftung des Geschäftsführers für unternehmerische Pflichtverletzungen die Regel, die Außenhaftung demgegenüber die zu rechtfertigende Ausnahme. Dahinter steht – wie oben ausgeführt – eine strukturelle Zweckentscheidung des Gesetzgebers, wonach über ein System der Innenhaftung nicht nur die Interessen der Gesellschaft und der Gesellschafter, sondern reflexartig auch die der Gesellschaftsgläubiger angemessen mitgeschützt werden. Allein der Umstand, dass aufgrund der in § 13 Abs. 2 GmbHG niedergelegten Haftungsbeschränkung Haftungs-lücken zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger bestehen, reicht jedenfalls nicht aus, um eine Außenhaftung des Geschäftsführers zu begründen;⁹⁶ denn zum einen wäre wenig einsichtig, warum für Gläubigerschutzlücken allein die Geschäftsführer, nicht aber die Gesellschafter einzustehen hätten, obwohl die Haftungsbeschränkung gerade auch Letzteren zugute kommt.⁹⁷ Zum anderen darf nicht übersehen werden, dass das System der beschränkten Haftung gerade darauf aufbaut, dass auch die Gesellschaftsgläubiger einen Teil des wirtschaftlichen Risikos der Unternehmung zu tragen haben.⁹⁸ Über dieses gesetzliche Leitbild darf – auch mithilfe allgemeiner Haftungsnormen außerhalb des GmbH-Rechts – nicht leichtfertig hinweggegangen werden.⁹⁹

Anknüpfungspunkt für eine Außenhaftung des Geschäftsführers nach allgemeinen Grundsätzen kann daher allenfalls eine über das von den Gesellschaftsgläubigern kompensationslos zu tragende allgemeine Risiko hinausgehende „besondere“ Gefährdung ihrer Interessen sein. Schwierigkeiten bereitet freilich die Grenzziehung, wann ein allgemeines, wann ein die Außenhaftung rechtfertigendes besonderes Risiko vorliegt. Ausgangspunkt für die Abgrenzung ist zunächst das dem System der Binnenverantwortung des Geschäftsführers zugrundeliegende Regelungsmodell. Dieses baut auf einem grundsätzlichen Gleichlauf zwischen Gesellschafts- und Gläubigerinteressen auf. Nur wenn diese Prämisse zutrifft, kann nämlich davon ausgegangen werden, dass über eine Binnenverantwortung des Geschäftsführers die Gläubigerinteressen ausreichend mitgeschützt werden.

Nun gibt es aber eine Reihe von Fallkonstellationen, in denen sich die Gesellschaft so weit von dem Ideal- und Leitbild einer GmbH entfernt, dass von einem

⁹⁶ So aber Nölle, Die Eigenhaftung des GmbH-Geschäftsführers für Organisationspflichtverletzungen, 1995, S. 106.

⁹⁷ Medicus, ZGR 1998, 570, 579 f.; Lutter, GmbHR 1997, 329, 335.

⁹⁸ Siehe BSG ZIP 1994, 1944, 1946; Mertens, AG 1991, 427, 434; Michalski/Haas, GmbHG, 2002, § 43 Rn. 21; siehe auch Scholz/Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 43 Rn. 10; Haas, WM 2003, 1929, 1930.

⁹⁹ Siehe auch BGHZ 125, 366, 371 ff.; Michalski/Haas, GmbHG, 2002, Rn. 283.

grundsätzlichen Interessengleichlauf nicht mehr die Rede sein kann. Dieser Zustand ist beispielsweise dann erreicht, wenn – aufgrund besonderer Umstände – mit einer Geltendmachung der Binnenverantwortung des Geschäftsführers (nach §§ 43 Abs. 2, 3, 64 Abs. 2 GmbHG) nicht zu rechnen ist und damit die von einer Haftungsnorm ausgehende Ausgleichs- und verhaltenssteuernde Funktion, die wesentliches Element des mittelbaren Gläubigerschutzsystems ist, ersatzlos entfällt. Hier kann in einer unmittelbaren Außenhaftung des Geschäftsführers eine Möglichkeit liegen, Defizite des mittelbaren Gläubigerschutzsystems auszugleichen (siehe unten b). Eine weitere Fallgestaltung, in der die dem System der Binnenhaftung zugrunde liegende Prämisse nicht zutrifft, liegt dann vor, wenn die Geschäftsführung an der Vermeidung größerer oder bestimmter Risiken gar kein Interesse hat, wenn also die Rechtsform „GmbH“ als Zurechnungsträger von Gefahren und Risiken zu Lasten der Gläubiger missbraucht wird. Auch hier werden – ausnahmsweise – die Gläubigerinteressen durch ein System der Binnenhaftung nicht ausreichend mitgeschützt, so dass eine diese systemwidrige Lücke kompensierende Außenhaftung zulässig sein kann (siehe unten c).

*b) Erschwerte bzw. unmögliche Durchsetzung
von Haftungsansprüchen*

Die Durchsetzung von Haftungsansprüchen der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer kann – grundsätzlich – auf vielfältige Arten und Weisen gestört bzw. unmöglich gemacht werden. Nicht alle diese Fälle sind aber tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Außenhaftung des Geschäftsführers. Verzichten die Gesellschafter beispielsweise in einer „gesunden GmbH“ auf einen Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 GmbHG, so kommt eine Kompensation im Interesse der Gesellschaftsgläubiger von vornherein nicht in Betracht; denn ein solcher Verzicht hält sich im Rahmen des gesetzlichen Leitbilds und stellt damit kein besonderes systemwidriges Risiko zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger dar, das es durch eine Außenhaftung auszugleichen gilt. Überschritten ist das von den Gesellschaftsgläubigern kompensationslos hinzunehmende Risiko aber wohl dann, wenn die Durchsetzung von Haftungsansprüchen vereitelt wird, die den Gläubigern zur Befriedigung zugewiesen sind. Das ist freilich erst in der Insolvenz der Gesellschaft der Fall; denn erst ab diesem Zeitpunkt dient das Gesellschaftsvermögen (einschließlich der Haftungsansprüche gegen den Geschäftsführer) ausschließlich der Befriedigung der Gläubiger.

Nun hat freilich das Gesetz u. a. mit Mitteln des Gesellschafts- (§§ 43 Abs. 3 S. 2, 9 b GmbHG) und des Insolvenzrechts (§§ 129 ff. InsO) für eine Reihe von Fallgestaltungen Vorsorge getroffen, dass das Vermögen des Schuldners bzw. das Gesellschaftsvermögen der Gläubigerbefriedigung nicht entzogen wird. Systemwidrige Lücken verbleiben jedoch. Für diese stellt sich die Frage, inwieweit das gescheiterte Innenhaftungsmodell durch eine Außenhaftung zu ergänzen ist. Disku-

tiert werden insoweit insbesondere zwei Fallgestaltungen, nämlich masselosen Insolvenzen und die so genannte „Waschkorblage“.

aa) Masselose bzw. vermögenslose Gesellschaften

Ist die Gesellschaft masse- bzw. vermögenslos, gestaltet sich die Durchsetzung der Haftungsansprüche im Interesse der Gesellschaftsgläubiger schwierig.¹⁰⁰ Da es im Falle einer masselosen Insolvenz keinen Insolvenzverwalter gibt, um die Haftungsansprüche im Interesse der Gesellschaftsgläubiger geltend zu machen, muss der Gesellschaftsgläubiger – will er auf den im Haftungsanspruch verkörperten Vermögenswert zugreifen – den Anspruch pfordern und sich zur Einziehung überweisen lassen. Die Schwierigkeiten verschärfen sich, wenn die Gesellschaft – zu Unrecht – im Handelsregister als vermögenslos gelöscht wurde. Dann muss der Gesellschaftsgläubiger nämlich – herrschender Meinung zufolge – zunächst auf die Bestellung von Nachtragsliquidatoren hinwirken, um auf den Vermögenswert zugreifen zu können.¹⁰¹

Fraglich und umstritten ist nun, ob diese Erschweris bei der Durchsetzung von Haftungsansprüchen im Interesse der Gesellschaftsgläubiger durch eine Außenhaftung des Geschäftsführers zu kompensieren ist. Ein derartiger Ansatz ist dem Gesellschaftsrecht nicht fremd. So sieht beispielsweise § 93 Abs. 5 AktG vor, dass der Gesellschaftsgläubiger den Haftungsanspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer geltend machen kann, wenn er von der Gesellschaft für seine Forderung keine Befriedigung erhält.¹⁰² Wann allerdings dieses wirtschaftliche Stadium erreicht ist, wird im aktienrechtlichen Schrifttum uneinheitlich beantwortet.¹⁰³ Unabhängig von dieser strittigen Frage, ist jedoch festzuhalten, dass § 93 Abs. 5 AktG dem Gesellschaftsgläubiger – unter bestimmten eingeschränkten Voraussetzungen – einen eigenen¹⁰⁴ materiellen Anspruch gegen das Vorstandsmitglied bei Verletzung unternehmerischer Verhaltenspflichten gewährt und damit dem Umstand Rechnung trägt, dass eine Pfändung und Überweisung des Anspruchs der Gesellschaft gegen das Vorstandsmitglied im Rahmen der Zwangsvollstreckung aufwendig und mühsam ist.

Im GmbH-Recht fehlt eine dem § 93 Abs. 5 AktG vergleichbare Vorschrift. § 75 Abs. 6 RegE 1971, der insoweit eine Angleichung des GmbH-Rechts an das Ak-

¹⁰⁰ Siehe hierzu *Stobbe*, Die Durchsetzung gesellschaftsrechtlicher Ansprüche der GmbH in Insolvenz und masseloser Liquidation, 2001, Rn. 295 ff.

¹⁰¹ Zu den praktischen Schwierigkeiten siehe nur BayObLG BB 2000, 1055; *Stobbe*, Die Durchsetzung gesellschaftsrechtlicher Ansprüche der GmbH in Insolvenz und masseloser Liquidation, 2001, Rn. 393 ff.; *Kögel*, NZG 2000, 20 ff.

¹⁰² Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 62 AktG und in § 34 Abs. 5 GenG.

¹⁰³ Siehe Nachweise bei *Haas*, WM 2003, 1929, 1937.

¹⁰⁴ GroßKommAktG / *Hopt*, 4. Aufl. 1999, § 93 Rn. 396 ff.; *Hüffer*, AktG, 5. Aufl. 2002, § 93 Rn. 32; Kölner Kommentar / *Mertens*, 2. Aufl. 1988, § 93 Rn. 141.

tenrecht vorsah, ist nicht Gesetz geworden. Hieraus folgert nun die ganz überwiegende Ansicht, dass für eine analoge Anwendung des § 93 Abs. 5 AktG im GmbH-Recht kein Raum sei.¹⁰⁵ Die herrschende Meinung überzeugt nicht. Eine Außenhaftung aus „Praktikabilitätsgründen“ vergleichbar dem § 93 Abs. 5 AktG, um die Durchsetzung von bzw. den Zugriff auf Haftungsansprüche zu erleichtern, ist nämlich auch dem GmbH-Recht bekannt. So akzeptiert die überwiegende Ansicht beispielsweise eine Ausnahme vom System der Binnenverantwortung beim Liquidator, obwohl § 73 Abs. 3 GmbHG für diesen – ebenso wie § 43 Abs. 2, 3 GmbHG für den Geschäftsführer – den Grundsatz der Haftungskonzentration festschreibt. Verstößt nämlich ein Liquidator schuldhaft gegen die Pflichten in § 73 Abs. 1, 2 GmbHG, so haftet er herrschender Meinung nach nicht nur gegenüber der Gesellschaft (§ 73 Abs. 3). Vielmehr sollen die übergangenen Gläubiger, soweit sie keine Befriedigung von der Gesellschaft erlangen können, den Ersatzanspruch analog §§ 268 Abs. 2, 93 Abs. 5 AktG gegen den Liquidator selbst geltend machen können.¹⁰⁶ Dem Gläubiger soll die (umständliche und schwierige) Bestellung von Nachtragsliquidatoren erspart werden, nur um den Ersatzanspruch der GmbH gegen den Liquidator überhaupt pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen zu können.¹⁰⁷ Ein weiteres Beispiel findet sich bei der Vor-GmbH. So wandelt sich die (Verlustdeckungs-)Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der Vor-GmbH¹⁰⁸ aus Praktikabilitätsgründen in eine Außenhaftung zugunsten der Gläubiger um, wenn die Vor-GmbH „vermögenslos ist, insbesondere keine Geschäftsführer mehr hat oder weitere Gläubiger nicht vorhanden sind“.¹⁰⁹ Wann die Gesellschaft im Sinne dieser Rechtsprechung als vermögenslos anzusehen ist, ist nicht ganz klar. Das BAG hat jedenfalls in seinen Entscheidungen zur Verlustdeckungs-

¹⁰⁵ Siehe etwa *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 43 Rn. 50; *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 43 Rn. 99; *Scholz/Schneider*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 43 Rn. 209; *Stobbe*, Die Durchsetzung gesellschaftsrechtlicher Ansprüche der GmbH in Insolvenz und masseloser Liquidation, 2001, Rn. 945 ff.; a.A. aber *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 43 Rn. 62; siehe auch *Michalski/Haas*, GmbHG, 2002, § 43 Rn. 300 ff.

¹⁰⁶ *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh*, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 73 Rn. 13; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 73 Rn. 13; *Hachenburg/Hohner*, GmbHG, 8. Aufl. 1991, § 73 Rn. 41; siehe auch *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 73 Rn. 29; a.A. *Rowedder/Rasner*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 73 Rn. 10.

¹⁰⁷ Nicht verkannt werden soll dabei freilich, dass zwischen § 73 Abs. 3 GmbHG und § 43 GmbHG Gemeinsamkeiten, aber auch Unterschiede bestehen. Zwar steht in beiden Fällen der Ersatzanspruch grundsätzlich der Gesellschaft zu, jedoch berechnet sich in § 73 Abs. 3 GmbHG – anders als nach § 43 – der Umfang des Ersatzanspruchs aus der Sicht des benachteiligten Gläubigers. Die Vorschrift ist damit letztlich ein Fall der Drittschadensliquidation, bei der eine Durchbrechung der Haftungskonzentration leichter zu rechtfertigen ist als im Fall des § 43 GmbHG.

¹⁰⁸ So jedenfalls das von der Rechtsprechung vertretene Haftungsmodell, siehe hierzu BGHZ 134, 333, 339 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 11 Rn. 9; *Ulmer*, ZIP 1996, 733 ff.; a.A. *K. Schmidt*, ZIP 1996, 353 ff.; kritisch auch *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 11 Rn. 55 ff.

¹⁰⁹ BGHZ 134, 333, 341; BAG ZIP 2000, 1546, 1549; ZIP 1997, 2199, 2201.

haftung die Vermögenslosigkeit und die masselosen Insolvenz gleichgesetzt.¹¹⁰ Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass eine analoge Anwendung des § 93 Abs. 5 AktG zumindest in den Fällen nahe liegt, in denen die Gesellschaft als vermögenslos im Handelsregister gelöscht ist und der Gesellschaftsgläubiger im Rahmen des Zugriffs auf den Haftungsanspruch der Gesellschaft nicht nur allgemeine zwangsvollstreckungsrechtliche,¹¹¹ sondern spezifisch gesellschaftsrechtliche Hürden zu überwinden hat.¹¹²

bb) „Waschkorblagen“

Erschwert bzw. vollends vereitelt wird die Geltendmachung von Haftungsansprüchen im (Befriedigungs-)Interesse der Gesellschaftsgläubiger durch eine unzureichende unternehmensinterne Dokumentation („Waschkorblage“); denn ob und inwieweit die Gesellschaft durch eine Rechtshandlung des Geschäftsführers ein Schaden erlitten hat, wird sich hier in aller Regel – schon rein tatsächlich – gar nicht ermitteln lassen. Dass die unternehmensinternen Dokumentation für den Vollstreckungszugriff von großer Bedeutung ist, zeigt sich etwa im Insolvenzverfahren. Um das Aufspüren schuldnerischer Vermögenswerte sicherzustellen, hat der Gesetzgeber in § 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO angeordnet, dass entgegen § 36 Abs. 1 InsO die gesamte unternehmerische Rechnungslegung auch dann zur Insolvenzmasse zählt, wenn sie im Einzelzwangsvollstreckungsverfahren dem Pfändungsschutz unterliegen würde.¹¹³ Dahinter steckt die Vorstellung, dass ohne unternehmensinterne Dokumentation wesentliche Vermögenswerte dem Gesellschaftsvermögen zum Nachteil der Gläubiger nicht zugeordnet werden können. Zusammenfassend lässt sich mithin festhalten, dass durch eine „Waschkorblage“ der gesamte durch das Insolvenzverfahren vermittelte Gläubigerschutz (ersatzlos) ausgehebelt wird.¹¹⁴ Dies stellt ein systemwidriges, besonderes Risiko zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger dar, das grundsätzlich im Wege einer Außenhaftung des Geschäftsführers ausgeglichen werden sollte. Auch ist der Geschäftsführer (u.U. neben den Gesellschaftern) der richtige Adressat für eine solche Haftung; denn – unternehmensintern – ist er für die ordnungsgemäße Rechnungslegung und Erfas-

¹¹⁰ Siehe BAG ZIP 2000, 1546, 1549; siehe zu der nicht eindeutigen Abgrenzung in der Rechtsprechung auch *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 11 Rn. 53; *Stobbe*, Die Durchsetzung gesellschaftsrechtlicher Ansprüche der GmbH in Insolvenz und masseloser Liquidation, 2001, Rn. 797 und 841 ff.

¹¹¹ Siehe *Medicus*, ZGR 1998, 570, 579.

¹¹² Weitergehend sollte aber eine Außenhaftung entsprechend § 93 Abs. 5 AktG schon bei masselosen Insolvenzen erlaubt sein, wenn es um den Zugriff auf einen Haftungsanspruch der Gesellschaft geht, der dieser nur formell zugewiesen ist, in der Sache aber allein dem Schutz der Gläubiger zu dienen bestimmt ist.

¹¹³ Siehe hierzu *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl. 2003, § 36 Rn. 34.

¹¹⁴ Siehe für ein schönes Beispiel AG Göttingen ZIP 2000, 1679 f.; vgl. auch OLG Oldenburg NZG 2000, 555, 556.

sung aller Geschäftsvorfälle verantwortlich (§ 41 GmbHG). Diese dem Geschäftsführer kraft Gesetzes obliegende zwingende Pflicht kann auch nicht auf ein anderes Gesellschaftsorgan, etwa die Gesellschafterversammlung, übertragen werden.¹¹⁵

Fraglich ist, auf welche dogmatische Grundlage eine solche Intransparenzhaftung des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftsgläubigern gestützt werden könnte. In Betracht kommt zunächst § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 41 GmbHG. Letzteres wird auch in der Literatur zum Teil befürwortet.¹¹⁶ Der BGH dagegen hat den Schutzgesetzcharakter des § 41 GmbHG abgelehnt und dies damit begründet, dass § 41 GmbHG zwar den Schutz der Gesellschaftsgläubiger bewirke, jedoch – soweit ein Gläubiger im konkreten Fall nicht auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der ihm zugänglich gemachten Dokumentation vertraue – nicht dem Schutz einzelner Gläubiger zu dienen bestimmt sei; denn insbesondere der durch die Pflichtverletzung geschädigte Personenkreis sowie der entstandene Schaden könnten nicht mit hinreichender Sicherheit ermittelt werden.¹¹⁷ Zu beachten ist jedoch, dass der BGH in dieser Entscheidung den drittschützenden Charakter des § 41 GmbHG nicht schlechthin, sondern nur unter dem Blickwinkel der Rechnungslegungspflicht als Instrument der unternehmerischen Selbstkontrolle abgelehnt hat. Nun erfüllt die Rechnungslegung aber unterschiedlichste Funktionen. U.a. dient sie im Stadium der Insolvenz der Haftungsverwirklichung, wie ein Blick auf § 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO oder §§ 283 Abs. 1 Nr. 5–7, 283b StGB zeigt. Nach den StGB-Vorschriften ist der Geschäftsführer strafbar, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig seine Buchführungspflichten verletzt, die Übersicht über den Vermögensstand der Gesellschaft hierdurch erschwert wird und die Gesellschaft ihre Zahlungen eingestellt hat oder über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet bzw. die Eröffnung mangels Masse abgelehnt wurde (§§ 283b Abs. 3, 283 Abs. 6 StGB).¹¹⁸ Diese strafrechtlichen Vorschriften sanktionieren mithin bestimmte Verletzungen der Buchführungspflichten, die zwar das in der Krise vorhandene Gesellschaftsvermögen unberührt lassen, jedoch die Belange der in der Krise vorhandenen Gläubiger insoweit beeinträchtigen, als hierdurch deren Rechtsverfolgung gegen die Ge-

¹¹⁵ BGH DB 1985, 2291, 2292; *K. Schmidt*, ZIP 1994, 837, 842; *Scholz/Crezelius*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 41 Rn. 3.

¹¹⁶ In diesem Sinne *K. Schmidt*, GmbHR 1994, 837, 842; *Scholz/Schneider*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 43 Rn. 236; *Scholz/Crezelius*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 41 Rn. 8; *Stapel-feld*, GmbHR 1994, 94; *ders.*, Die Haftung des Geschäftsführers für Fehlverhalten in der Gesellschaftskrise, 1990, S. 187 ff.; a.A. aber *Michalski/Sigloch*, GmbHG, 2002, § 41 Rn. 15; *Roth/Altmeyden*, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 41 Rn. 12; *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh*, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 41 Rn. 3; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 41 Rn. 4; *Rowedder/Tiedchen*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 41 Rn. 13.

¹¹⁷ BGHZ 125, 366, 379.

¹¹⁸ Den Vorschriften liegt die Erkenntnis zugrunde, dass eine kriminalistische Beweisführung bei Wirtschaftsdelikten ohne Rückgriff auf die schriftlichen Geschäftsunterlagen undenkbar ist, vgl. *Tiedemann*, DJT 49, C 85; so auch ausdrücklich die Gesetzesbegründung zu § 283 StGB, vgl. BT-Drucks. 7/5291 S. 17.

sellschaft und deren Organe bzw. Organmitglieder erschwert bzw. unmöglich gemacht wird. Ob die Rechnungslegungspflichten in dieser Funktion, nämlich die Befriedigung der Gläubiger sicherzustellen, drittschützend sind oder nicht, hat der BGH bislang ausdrücklich offengelassen.¹¹⁹ Letzteres ist aber – mit der wohl herrschenden Meinung¹²⁰ – zu bejahen; denn der Kreis der durch diesen Zustand geschädigten Gläubiger lässt sich einwandfrei ermitteln. Es sind diejenigen Gläubiger, denen im Liquidationsverfahren über das Vermögen der Gesellschaft infolge der unzureichenden Dokumentation und damit mangels Isolier- und Berechenbarkeit die nunmehr als Haftungsgrundlage dienenden Vermögenswerte der Gesellschaft, einschließlich der Ansprüche gegen den Geschäftsführer und die Gesellschafter sowie gegen Dritte (Insolvenzanfechtung §§ 129 ff. InsO bzw. nach dem AnfG) verloren gehen.

*c) Der Missbrauch der GmbH als Zurechnungsträger
von Gefahren und Risiken*

Eine Außenhaftung des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftsgläubigern kann auch dann angezeigt sein, wenn – wie oben gezeigt – die der Binnenhaftung zugrunde liegende Prämisse vom Gleichlauf der Gesellschafts- und der Gläubigerinteressen nicht (mehr) besteht, weil die GmbH als Zurechnungsträger von Gefahren und Risiken zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger missbraucht wird. In der Praxis haben sich diesbezüglich – lässt man die Haftung des Geschäftsführers wegen Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen außer Betracht¹²¹ – im Wesentlichen vier Fallgruppen herausgebildet.

aa) Informationspflichtverletzungen

Kreditrelevante Informationen über den Schuldner, insbesondere über dessen wirtschaftliche Lage, sind für den Gläubiger von erheblichem Interesse, um das von der beschränkten Haftung ausgehende Risiko abschätzen zu können. Die Beschaffung der notwendigen Informationen gestaltet sich für die Geschäftspartner allerdings schwierig, weil der Schuldner – hier also die Gesellschaft – zum einen ein Informationsmonopol besitzt und zum anderen vielfach kein Interesse daran

¹¹⁹ BGHZ 125, 366, 378: „Die Ansicht, die diese Strafvorschriften für Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB hält, ist deshalb nicht von vornherein von der Hand zu weisen“; siehe auch BGH ZIP 1985, 29, 30.

¹²⁰ Rowedder/Tiedchen, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 41 Rn. 16; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 41 Rn. 3; Canaris, in: FS Larenz, 1983, S. 27, 73; Stapelfeld, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Fehlverhalten in der Gesellschaftskrise, 1991, S. 265; Haas, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, 1997, S. 137 f.

¹²¹ Siehe hierzu BGH GmbHR 2000, 816; Hickmann, GmbHR 2003, 1041 ff.; Bauer, ZInsO 2002, 153, 156 f.; Cahn, ZGR 1998, 366 ff.

hat, ein den tatsächlichen Verhältnissen der Gesellschaft entsprechendes Bild der wirtschaftlichen Lage zu offenbaren. Ein Auseinanderfallen von Gesellschafts- und Gläubigerinteressen ist hier daher besonders wahrscheinlich. Eine Garantienpflicht des Geschäftsführers gegenüber Dritten für die Vollständigkeit und Richtigkeit kreditrelevanter Informationen könnte sicherlich einen erheblichen Beitrag zum Gläubigerschutz leisten. Fraglich aber ist, inwieweit eine solche Haftung für kreditrelevante Auskünfte mit dem gesetzlichen Leitbild vereinbar ist.

Zweifel ergeben sich zum einen daraus, dass grundsätzlich nur die Vertragsparteien einander zur Aufklärung verpflichtet sind, nicht aber deren Vertreter. Zum anderen obliegt dem Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft eine haftungs- und strafbewehrte (§ 85 GmbHG) Verschwiegenheitspflicht bezüglich der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der GmbH. Hierzu wird man sicherlich auch die wirtschaftlichen Verhältnisse und sonstige kreditrelevante Informationen zählen müssen. Eine persönliche Auskunftspflicht des Geschäftsführers gegenüber Dritten würde daher unweigerlich mit der dem Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft obliegenden Verschwiegenheitspflicht kollidieren. Damit kann zusammenfassend festgehalten werden, dass Auskunftspflichten des Geschäftsführers gegenüber Dritten nur in engen Grenzen möglich und letztlich das Ergebnis einer sorgsamsten Interessenabwägung sind.

Teilweise hat der Gesetzgeber die sensible Abwägung der gegensätzlichen Interessen (Geheimhaltungs- und Offenbarungsinteresse) schon selbst vorgenommen. Dies trifft dort zu, wo er gesetzliche Aufklärungspflichten zugunsten des Geschäftsverkehrs ausdrücklich normiert hat. Diese gesetzlichen Aufklärungspflichten können dann ohne weiteres Anknüpfungspunkt für eine unmittelbare Außenhaftung des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsverkehr sein. Ein Beispiel hierfür ist etwa die in § 35a, § 35 Abs. 3, § 4 GmbHG geregelte Pflicht des Geschäftsführers, gegenüber den Geschäftspartnern der Gesellschaft im Schriftverkehr die Haftungsverfassung der Gesellschaft zu offenbaren. Verletzt der Geschäftsführer diese gesetzliche Informationspflicht und erweckt er damit bei dem Vertragspartner den Anschein, dass für die Schulden der Gesellschaft eine natürliche Person unbeschränkt mit ihrem Vermögen haftet, so hat er für diese (kreditrelevante) „Fehlinformation“ gegenüber dem Vertragspartner einzustehen. Fraglich ist allein die dogmatische Grundlage hierfür. Herrschender Meinung zufolge haftet der Geschäftsführer gegenüber dem Vertragspartner (neben der Gesellschaft) nach den Grundsätzen der „Rechtsscheinhaftung entsprechend § 179 BGB“.¹²² Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen; denn sie führt dazu, dass der Vertragspartner im Ergebnis besser gestellt wird als nach der Rechtslage, auf die er vertraut hat. Durch den zusätzlichen Schuldner (Geschäftsführer) wird dem Vertragspartner nämlich nicht nur das Informationsrisiko, sondern auch das Risiko abgenommen, in der

¹²² BGH NJW 1990, 2678; ZIP 1991, 1004, 1005; ZIP 1981, 983, 984; OLG Naumburg GmbHR 2000, 1258; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 4 Rn. 49; *K. Schmidt*, Handelsrecht, 4. Aufl. 2000, § 5 IV 2.

Insolvenz seines Vertragspartners mit seiner Forderung auszufallen. Dieses Risiko hätte er aber in (annähernd) gleicher Weise tragen müssen, wenn er mit dem von ihm vorgestellten Unternehmensträger kontrahiert hätte. Richtige Anspruchsgrundlage gegen den Geschäftsführer ist daher eine Ausfallhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 35 Abs. 3, 35a, 4 GmbHG.¹²³ Eine weitere gesetzliche Informationspflicht, die als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB anzusehen ist, stellt richtiger Ansicht nach § 68 Abs. 2 GmbHG dar.¹²⁴ Danach müssen die Liquidatoren im Schriftverkehr gegenüber dem Geschäftsverkehr auf den Abwicklungsstatus der Gesellschaft in der Firma hinweisen. Im Hinblick darauf, dass das gesellschaftsrechtliche Liquidationsverfahren insbesondere dann stattfindet, wenn eine die Kosten des Insolvenzverfahrens deckende Masse nicht vorhanden ist, geht von der gesetzlichen Informationspflicht in § 68 Abs. 2 GmbHG ein wichtiger Beitrag zum Schutz potentieller Vertragspartner aus.

Dort, wo der Gesetzgeber die Abwägung der kollidierenden Interessen nicht selbst vorgenommen hat, ist eine Haftung des Geschäftsführers wegen einer Informationspflichtverletzung zwar nicht ausgeschlossen. Einer solchen Haftung sind jedoch enge Grenzen gesetzt.¹²⁵ Dogmatischer Anknüpfungspunkt für eine solche Haftung sind entweder § 826 BGB oder aber §§ 280, 282, 311 Abs. 3 BGB (frühere c.i.c.-Vertreterhaftung). Eine Haftung nach § 826 BGB kommt nur dann in Betracht, wenn der Geschäftsführer die fremde, der GmbH obliegende Aufklärungspflicht in sittenwidriger Weise verletzt und bezüglich des Gläubigerschadens zumindest bedingten Vorsatz hat.¹²⁶

Nach §§ 280, 282, 311 Abs. 3 BGB haftet der Geschäftsführer im Falle einer Fehlinformation nur, wenn er ein unmittelbares Eigeninteresse an dem Geschäft oder aber ein besonderes Vertrauen des Geschäftspartners der GmbH in Anspruch genommen hat. Ursprünglich hat die Rechtsprechung das Merkmal „wirtschaftliches Eigeninteresse“ weit ausgelegt. Zwischenzeitlich interpretiert sie diese Haftungsvoraussetzung aber zunehmend restriktiv. So handelt beispielsweise der Geschäftsführer wirtschaftlich nicht in eigener Sache, wenn er für den Geschäftsabschluss Provision bekommt, umsatzbeteiligt, maßgeblich an der Gesellschaft betei-

¹²³ Haas, NJW 1997, 2854 ff.; Michalski/Haas, GmbHG, 2002, § 43 Rn. 317.

¹²⁴ OLG Frankfurt DSr 1998, 904; OLG Frankfurt NJW 1991, 3286, 3287; OLG Stuttgart NJW-RR 1986, 836; Roth/Altmeppen, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 68 Rn. 11; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 68 Rn. 10; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 68 Rn. 6; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 68 Rn. 13.

¹²⁵ Jedoch darf nicht übersehen werden, dass die Rechtsprechung zunehmend Bereitschaft erkennen lässt, den Geschäftsführer bei Auskünften gegenüber Geschäftspartnern aus einem eigenständigen Garantie- bzw. Auskunftsvertrag zur Verantwortung zu ziehen, siehe oben III. 2.

¹²⁶ Siehe hierzu BGH GmbHR 1991, 409, 411 f.; ZIP 1992, 694, 695; WM 1989, 1715, 1717; WM 1988, 1255, 1256; NJW 1984, 2284, 2285; Götker, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, 1999, Rn. 742.

ligt oder gar ihr einziger Gesellschafter ist.¹²⁷ Gleiches gilt, wenn er eine Gesellschaftsverbindlichkeit aus seinem Vermögen besichert hat. Auch die Fallgruppe „Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens“ wird von der ganz überwiegenden Ansicht derart restriktiv verstanden, dass in der Praxis kaum ein Anwendungsbe- reich verbleibt. Eine Haftung nach §§ 280, 282, 311 Abs. 3 BGB kommt hier nur in Betracht, wenn der Geschäftsführer seine Rolle als Vertreter deutlich verlässt und bei dem Geschäftspartner der GmbH ein zusätzliches, besonderes und auf sich bezogenes Vertrauen in Bezug auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der von ihm gegebenen Informationen hervorruft und der Willensentschluss des Geschäftspart- ner hierauf beruht.¹²⁸

bb) Verletzung von besonderen Obhuts- und Fürsorgepflichten

Eine weitere Fallgruppe der Geschäftsführeraußenhaftung stellen die Konstel- lationen dar, in denen die Gesellschaft besondere Obhuts- und Fürsorgepflichten zum Schutz fremder Vermögensinteressen übernommen hat.¹²⁹ Dogmatischer An- knüpfungspunkt für eine Eigenhaftung des Geschäftsführers ist hier zumeist § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB. Nach § 266 StGB, der unstreitig ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellt,¹³⁰ macht sich insbesondere strafbar, wer die ihm kraft Treueverhältnis obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem anderen einen Nachteil zufügt. Zwar wird es in aller Regel an einem unmittelbaren Treueverhältnis zwischen dem Ge- schäftsführer und dem Vertragspartner der GmbH fehlen. Strafrechtlich besehen, ist dies jedoch unschädlich, weil § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB den Geschäftsführer un- mittelbar zum Garanten für die Wahrung der der GmbH obliegenden Pflichten aus dem Treueverhältnis macht.

Der BGH hat den Geschäftsführer u. a. nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB zur Verantwortung gezogen, wo die GmbH Forderungen zur Sicherheit an einen Geschäftspartner abgetreten hatte, zur Einziehung dieser Forderung aber er- mächtigt blieb und der Geschäftsführer in Ausübung dieser Ermächtigung die ein- gezogenen Gelder seinem Vermögen zugeführt hat. In einem anderen Fall hat der

¹²⁷ Siehe hierzu *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 43 Rn. 37; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 43 Rn. 55; *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, 1999, Rn. 745; *Michalski/Haas*, GmbHG, 2002, § 43 Rn. 310.

¹²⁸ BGH GmbHR 1994, 539, 542; GmbHR 1994, 464, 465; ZIP 1991, 1140, 1142 f.; ZIP 1989, 1455, 1456; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 43 Rn. 5t5; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 43 Rn. 38; *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insol- venz der GmbH, 1999, Rn. 744; *Michalski/Haas*, GmbHG, 2002, § 43 Rn. 312; sehr viel weiter dagegen *K. Schmidt*, NJW 1993, 2931, 2935; *ders.* ZIP 1988, 1497, 1503; *ders.*, Ge- sellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 36 II 5 c.

¹²⁹ Siehe hierzu *Michalski/Haas*, GmbHG, 2002, § 43 Rn. 323 ff.

¹³⁰ BGH ZIP 1998, 1370, 1371; VersR 1995, 1205 f.; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 43 Rn. 62.

BGH eine Haftung bejaht, wo der Geschäftsführer von einem Dritten der GmbH treuhänderisch überlassene Gelder abredewidrig verwendet hat.¹³¹ Schließlich hat der BGH jüngst eine Haftung des Geschäftsführers nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB bejaht, wo eine GmbH die ihr gegenüber einem abhängigen Unternehmen obliegende Vermögensbetreuungspflicht durch ein – in bestimmter Art und Weise ausgestaltetes zentrales cash-management System – verletzt hat.¹³² Eng verwandt mit der Geschäftsführerhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB sind die Fälle des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 GSB. Nach § 1 GSB hat der Empfänger von Baugeld¹³³ dieses nur zur Befriedigung von Personen zu verwenden, die an der Herstellung des Baus beteiligt sind (sogenannte Nachmänner, z. B. Handwerker, Architekten, etc).¹³⁴ Nach Ansicht der Rechtsprechung ist die Vorschrift Schutzgesetz zu Gunsten der an der Herstellung des Baus beteiligten Personen (Nachmänner). Erhalten sie keine Befriedigung, so können sie nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 GSB auch von dem Geschäftsführer verlangen, so gestellt zu werden, wie sie stehen würden, wenn die Baugelder bestimmungsgemäß¹³⁵ verwendet worden wären.¹³⁶

Die vorstehende Rechtsprechung mag u.U. im Ergebnis gerechtfertigt sein, die dogmatische Grundlage hierfür ist jedoch kaum haltbar. Die Frage, ob ein Geschäftsführer nach § 266 StGB strafbar ist oder nicht, sagt nichts darüber aus, ob er zivilrechtlich im Innen- oder auch im Außenverhältnis für die Verletzung der (allein) der GmbH obliegenden Treuepflichten einzustehen hat. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB erstreckt die strafrechtlichen Pflichten nur deshalb auf den Geschäftsführer, weil die juristische Person strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden und damit als solche auch nicht Adressat des § 266 StGB sein kann. Unter dem Blickwinkel der zivilrechtlichen Haftung stellt sich das Problem jedoch völlig anders dar. Hier ist unstreitig, dass Adressat der vertraglichen Pflichten im Außenverhältnis in erster Linie die GmbH (und nicht der Geschäftsführer) ist. Fraglich ist hier allein, ob der Geschäftsführer ausnahmsweise für die Verletzung einer fremden, nämlich der der GmbH obliegenden Verpflichtung im Außenverhältnis (neben der GmbH) einzustehen hat. Für die Beantwortung dieser spezifisch zivilrechtlichen Frage lässt sich aber § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB nichts entnehmen. Auch soweit

¹³¹ BGH NJW-RR 1988, 671 f.

¹³² BGH DSr 2001, 1853, 1854.

¹³³ Das sind Geldbeträge, die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baus in der Art und Weise gewährt werden, dass zu ihrer Sicherung entweder eine Hypothek oder Grundschuld an den zu bebauenden Grundstücken dient oder die Übertragung des Grundstücks nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baus erfolgen soll.

¹³⁴ BGH NJW-RR 1990, 342 f.

¹³⁵ Zu beachten ist insoweit, dass § 1 GSB nicht dazu verpflichtet, die verschiedenen „Nachmänner“ anteilig zu befriedigen, BGH NJW-RR 1990, 342 f.; s. auch den Leitsatz in BGH VersR 1990, 915.

¹³⁶ BGH NJW-RR 1996, 976 f.; ZIP 1995, 733, 735; ZIP 1994, 872, 873 f.; NJW-RR 1990, 342 f.; RGZ 91, 72, 75 f.; *Groß*, ZGR 1998, 551, 560 f.; *Wimmer*, NJW 1996, 2546, 2549; *Scholz/Schneider*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 43 Rn. 237.

die Rechtsprechung den Geschäftsführer auf der Grundlage des § 1 GSB zur Verantwortung zieht, bleibt sie eine Begründung schuldig. Aus dem Wortlaut des § 1 GSB folgt dies jedenfalls nicht;¹³⁷ denn dieser bezeichnet als Adressaten der Pflicht denjenigen, der das Baugeld empfangen hat. Letzteres ist jedoch in keinem Fall der Geschäftsführer persönlich. Warum hier – außerhalb der § 826 BGB bzw. § 311 Abs. 3 BGB – der Geschäftsführer für die Verletzung einer der GmbH obliegenden Pflicht im Außenverhältnis einstehen soll, ist wenig einsichtig.

cc) Spekulation auf Kosten der Gesellschaftsgläubiger

Unternehmerisches Risiko ist immanenter Bestandteil einer jeden wirtschaftlichen Unternehmung. Das bloße Eingehen von wirtschaftlichen Risiken kann daher – für sich betrachtet – weder im Innen- noch im Außenverhältnis eine Haftung des Geschäftsführers auslösen. Die grundsätzliche Nichtversicherbarkeit des unternehmerischen Wagnisses entbindet den Geschäftsführer freilich nicht von der Pflicht, die Geschäfte der Gesellschaft sorgfältig vorzubereiten, abzuwägen oder durchzuführen. Um risikoreiche Geschäfte besser vorbereiten und in ihren Folgen abschätzen zu können, hält das Gesetz den Geschäftsführer dazu an, alle bedeutenden Geschäftsvorfälle zu erfassen und beständig zu prüfen (§§ 41, 43 GmbHG, §§ 238 ff. HGB). Verletzt der Geschäftsführer diese Pflichten, haftet er gegenüber der Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG. Bei besonders gröblichen Verletzungen der Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung stellt sich aber die Frage, ob diese aus der Sicht der Gesellschaftsgläubiger durch ein System der Innenhaftung des Geschäftsführers angemessen erfasst werden. Zweifel ergeben sich insbesondere im Falle einer insolvenzverursachenden Geschäftsführung, weil hier der den Gläubigern entstehende Schaden weit über den der Gesellschaft und damit nach § 43 Abs. 2, 3 GmbHG liquidierbaren Schaden hinausgeht. Bei besonders riskanten, den Bestand der Gesellschaft gefährdenden Geschäften wird es daher in aller Regel an einem Gleichlauf von Gesellschafts- und Gläubigerinteressen fehlen.

Geschäfte, auch wenn sie riskant sind, rechtfertigen für sich gesehen aber noch keine Außenhaftung. Dies gilt auch dann, wenn sie zu einem größeren (u.U. auch insolvenzverursachenden) Verlust geführt haben; denn auch größere Verluste der Gesellschaft sind mit dem gesetzlichen Leitbild der Binnenhaftung durchaus vereinbar. Anders stellt sich die Rechtslage aber für solche Geschäftsführungsmaßnahmen dar, die nicht nur insolvenzverursachend sind, sondern sich aufgrund der Gesamtumstände als Spekulation auf Kosten der Gesellschaftsgläubiger darstellen. Hier ergänzt die herrschende Meinung das unzureichende System der Binnenhaftung durch eine unmittelbare Außenhaftung des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Als Anspruchsgrundlage kommen hier verschiedene Normen in Betracht. Zumeist stützt die Rechtsprechung die Haftung des Geschäftsführers auf

¹³⁷ So aber RGZ 91, 72, 76.

§ 826 BGB.¹³⁸ Nach Ansicht des BGH liegt beispielsweise eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung der Gesellschaftsgläubiger vor, wenn eine GmbH aufgrund von Dumpingpreisen (unter Ausschaltung der Konkurrenz) eine große Zahl von Bauvorhaben durchführt, an denen der Geschäftsführer beträchtlich verdient, er aber zu Lasten der GmbH eine Preiskalkulation zugrundelegt, bei der die gegenüber den Kunden vereinbarten Festpreise nicht einmal die Summe der Forderungen der Bauhandwerker abdecken.¹³⁹ In einem anderen Fall der Insolvenzverursachung sah der BGH den § 826 BGB als verwirklicht an, weil der Geschäftsführer für die GmbH einen Vertrag in Höhe des halben Jahresumsatzes abgeschlossen hatte (€ 200.000), ohne auf dem Vertragsgebiet Erfahrungen zu besitzen, externen Rat einzuholen oder auch nur eine einfache Rentabilitäts- oder Wirtschaftlichkeitsrechnung angestellt zu haben.¹⁴⁰ Neben § 826 BGB kommt in den Fällen der Spekulation auf Kosten der Gesellschaftsgläubiger auch ein Anspruch gegen den Geschäftsführer nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 283 Abs. 2, 14 StGB in Betracht.¹⁴¹

dd) Fortführung der Unternehmung nach Insolvenzreife

Ein – grundsätzlicher – Gleichlauf zwischen Gläubiger- und Gesellschaftsinteressen kann schließlich auch dort nicht mehr unterstellt werden, wo das wirtschaftliche Risiko der Unternehmung ausschließlich die Gesellschaftsgläubiger tragen; denn dann ist ein am Gesellschaftsschaden ausgerichteter Ersatzanspruch von vornherein ungeeignet, das beeinträchtigte Gläubigerinteresse zu kompensieren. Erreicht ist dieser wirtschaftliche Zustand im Fall der Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit. Nach ganz herrschender Meinung bezeichnen nämlich diese Insolvenzauslösetatbestände eine wirtschaftliche Situation, ab der ein notleidendes Unternehmen aus dem Markt auszusteigen hat, weil das unternehmerische Risiko spätestens von jetzt an allein die Gläubiger tragen.¹⁴² Ab diesem Zeitpunkt liegt also in der Unternehmensfortführung grundsätzlich eine größere Gefährdung der Gläubigerpositionen als in der Durchführung des Gesamtvollstreckungsverfahrens. Um die von einer weiteren Teilnahme am Markt ausgehenden Gläubigerrisiken auszuschließen, verpflichtet § 64 Abs. 1 GmbHG den Geschäftsführer, unverzüglich (spätestens aber drei Wochen) seit Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung den Insolvenzantrag zu stellen.

¹³⁸ BGH NJW-RR 1992, 1061 f.; NJW 1979, 2104 f.; NJW-RR 1988, 1181; siehe auch BAG BB 1999, 1385, 1386; OLG Oldenburg GmbHR 2000, 720.

¹³⁹ BGH NJW-RR 1992, 1061 f.

¹⁴⁰ BGH GmbHR 1994, 179, 180.

¹⁴¹ OLG Hamm BB 2000, 431; *Scholz/Schneider*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 43 Rn. 236; *Wimmer* NJW 1996, 2546, 2549; *Michalski/Haas*, GmbHG, 2002, § 43 Rn. 294.

¹⁴² *Gottwald/Uhlenbruck*, Insolvenzrechtshandbuch, 2. Aufl. 2001, § 6 Rn. 3; *ders.*, InVo 1998, 29; *K. Schmidt*, JZ 1982, 165, 166.

Hat die Gesellschaft mit Eintritt der Insolvenz nichts oder nur wenig, der Gläubiger hingegen viel zu verlieren, so könnte dieses Auseinanderdriften der verschiedenen Interessen eine Außenhaftung des Geschäftsführers wegen verspäteter Antragstellung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG rechtfertigen.¹⁴³ Anderes wäre nur dann zu entscheiden, wenn die Verletzung dieser Pflicht schon anderweitig hinreichend sanktioniert wäre. Letzteres ist jedoch nicht der Fall. § 43 Abs. 2 GmbHG ist wegen des am Gesellschaftsinteresse ausgerichteten Schadensersatzes von vornherein ungeeignet, das Gläubigerinteresse hinreichend zu schützen. Aber auch § 64 Abs. 2 GmbHG stellt – sieht man einmal von dem völlig anderen Schutzzweck ab – keine ausreichende Sanktion für die verspätete Insolvenzantragstellung dar.

Sinn und Zweck der rechtzeitigen bzw. frühzeitigen Insolvenzantragstellung ist es – im Interesse der vorhandenen Gläubiger – den Verteilungskonflikt zu minimieren, d. h. auf eine möglichst hohe Deckungsquote hinzuwirken. Dieses Ziel erreicht § 64 Abs. 2 GmbHG nur unvollkommen. Die Vorschrift knüpft nämlich überwiegender Ansicht nach nur an solchen Rechtshandlungen des Geschäftsführers an, die sich auf den Aktivbestand des Gesellschaftsvermögens auswirken. Die Deckungsquote der Gläubiger wird aber auch durch Rechtshandlungen des Geschäftsführers beeinträchtigt, die – allein – den Passivenbestand betreffen.¹⁴⁴ Hinzu kommt, dass die Deckungsquote der Gläubiger durch Umstände beeinflusst wird, die nicht auf eine Rechtshandlung des Geschäftsführers, d. h. auf eine Beeinträchtigung des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes, zurückgehen (Schwund, Beschädigung, Entwertung von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens). Schließlich kann § 64 Abs. 2 GmbHG nur dann einen Beitrag zur Wiederherstellung der den Gläubigern zustehenden Deckungsquote leisten, wenn punktuelle Einflussnahmen des Geschäftsführers auf das Gesellschaftsvermögen feststellbar sind. Hat die Verschlechterung der Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger ihre Ursache aber in einer Vielzahl untrennbar miteinander verwobener Einfluss- und Geschäftsführungsmaßnahmen, so stößt ein – ausschließlich – am Einzelausgleich ausgerichtetes Gläubigerschutzsystem schnell an seine Grenzen.

Ein weiteres Ziel der rechtzeitigen Insolvenzauslösung ist – neben der Minimierung von Verteilungskonflikten – der Schutz des Rechtsverkehrs vor den von der Teilnahme insolventer Gesellschaften am Markt ausgehenden Gefahren. Durch Einsetzung eines Insolvenzverwalters im eröffneten Verfahren bzw. durch Sicherungsmaßnahmen im Eröffnungsverfahren sowie durch entsprechende Bekanntmachungen wird nämlich verhindert, dass (vertragliche) Gläubiger nach Eintritt

¹⁴³ In diesem Sinne die ganz hM, siehe BGH GmbHR 1994, 539; ZIP 2003, 1713, 1714; MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler, 2003, § 92 Rn. 33 m. w. N.

¹⁴⁴ Siehe zu diesem Streitpunkt einerseits BGH ZIP 1998, 967, 970; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 64 Rn. 71; MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler, 2003, § 92 Rn. 43; andererseits Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 64 Rn. 23; Roth/Altmeyen, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 64 Rn. 42; siehe auch Michalski/Nerlich, GmbHG, 2002, § 64 Rn. 43 f.

der Insolvenz durch einen geschäftlichen Kontakt mit der Gesellschaft einen Schaden erleiden. Insbesondere die (zwingenden) Bekanntmachungen dienen nicht nur dazu, die am Insolvenzverfahren unmittelbar Beteiligten, sondern auch den Geschäftsverkehr zu informieren und zu warnen.¹⁴⁵ Ansätze, um diesen mit § 64 Abs. 1 GmbHG verbundenen Schutzaspekt sicherzustellen, nämlich die Gefährdung der vertraglichen Neugläubiger durch die Unternehmensfortführung in der Insolvenz zu verhindern, fehlen in § 64 Abs. 2 GmbHG vollständig. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die von einer Unternehmensfortführung bei Insolvenzreife ausgehenden Gefahren für die Gläubiger durch § 64 Abs. 2 GmbHG nicht ausreichend geschützt werden und folglich die Lücke durch § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG zu schließen ist.

¹⁴⁵ LG Meiningen ZIP 1999, 1451, 1452; *Dempewolf*, ZIP 1981, 953, 955 ff.; *Gottwald/Haas*, Insolvenzrechtshandbuch, 2. Aufl. 2001, § 92 Rn. 58; siehe zu diesen Auswirkungen des Insolvenzverfahrens insbesondere *Becker*, in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e. V. (Hrsg.), Insolvenzrecht auf dem Prüfstand, 2002, S. 133, 147 ff.

Die insolvenzrechtliche Eigenverwaltung

Von *Roland Hoffmann-Theinert*

I. Einleitung

Die neue Insolvenzordnung sieht – erstmalig im deutschen Insolvenzrecht – die Möglichkeit vor, dem Schuldner selbst das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Insolvenzmasse zu belassen, damit dieser das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung durchführen kann. Völlig neu ist die Idee einer eigenen Zwangsverwaltung dem deutschen Recht nicht. Auch wenn diese Vorschrift im Rahmen der rechtspolitischen Diskussion zur Reform des Insolvenzrechts, soweit ersichtlich, keine Rolle spielte, hatte das deutsche Recht schon in § 150b ZVG die Eigenverwaltung bei der Zwangsverwaltung eines landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gärtnerischen Grundstücks vorgesehen.¹ Danach ist für die Zwangsverwaltung solcher Grundstücke der Schuldner zum Verwalter zu bestellen, es sei denn, er ist dazu nicht bereit oder nach Lage der Verhältnisse ist eine ordnungsmäßige Führung der Verwaltung durch ihn nicht zu erwarten. Der Grundgedanke ist der Gleiche: Die besondere Kenntnis des Schuldners bezüglich des Grundstücks soll den Gläubigern zu Gute kommen; für sie wäre die Zwangsverwaltung durch einen mit dem Grundstück nicht vertrauten Dritten nachteilig.

Dessen ungeachtet sind die kritischen Stimmen gegenüber dem Institut der Eigenverwaltung des Schuldners in der Insolvenz nicht verstummt. Am plastischsten wurden die Bedenken gegen dieses Institut immer durch das Argument formuliert, man möge „den Bock nicht zum Gärtner machen“.² Dahinter steht u. a. die Überlegung, dass eine Person, die den Eintritt der Insolvenz nicht hat verhindern können, in aller Regel nicht dazu geeignet sein wird, die Insolvenzmasse optimal zu verwerten und im Insolvenzverfahren die Interessen der Gläubiger über eigene Interessen zu stellen. Dass dieses Argument nicht zwingend ist, liegt daran, dass es nicht zwischen handelnden natürlichen Personen und juristischen Personen mit ihren – austauschbaren – Organen differenziert. Darüber hinaus zeigen Erfahrungen in ausländischen Rechtskreisen – insbesondere mit dem Chapter 11 des US Bankruptcy Code –, dass eine derartige Stellung des Schuldners gerade bei juristischen Personen für alle Beteiligten von Vorteil sein kann.

¹ Vgl. *Gottwald/Haas*, Insolvenzsrechts-Handbuch, § 86, Rdn. 11.

² Vgl. *Grub/Rinke*, ZIP 1993, 1583, 1586.

In diesem Beitrag soll zunächst eine kurze Abgrenzung zu anderen Sanierungsinstrumenten in der Insolvenz erfolgen. Neben der Abgrenzung der Eigenverwaltung von der übertragenden Sanierung und dem Insolvenzplan geht es auch darum, Kombinationsmöglichkeiten zwischen diesen Sanierungsinstrumenten aufzuzeigen.

In einem weiteren Abschnitt werden die Anordnungsvoraussetzungen der Eigenverwaltung gemäß § 270 InsO näher untersucht. Diese werfen in der Praxis verschiedene Rechtsfragen auf, die von Kompetenzfragen bezüglich der Antragstellung bis hin zu den einzelnen gerichtlichen Prognoseentscheidungen im Rahmen der Anordnung reichen.

Danach sollen die wichtigsten Argumente für, aber auch gegen das Institut der Eigenverwaltung kurz beleuchtet werden. Bedenkt man die anfängliche, stark ausgeprägte Skepsis der Insolvenzgerichte gegenüber diesem Institut, sollen dabei auch Erfahrungen aus prominenten Insolvenzfällen in der Eigenverwaltung (Babcock Borsig AG und KirchMedia GmbH & Co. KGaA) berücksichtigt werden.

Wie noch auszuführen sein wird, kann das Institut der Eigenverwaltung seine Vorteile gerade bei Insolvenzen großer juristischer Unternehmen mit komplexen Konzernstrukturen entfalten. In diesem Zusammenhang stellen sich praktische Fragen, die beispielsweise das Verhältnis zwischen den gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Regelungen bei der Eigenverwaltung in der Insolvenz betreffen. So sind bei der Aktiengesellschaft die Mitwirkungsrechte bzw. -pflichten des Aufsichtsrates genauso wenig geklärt wie die Rechte der Anteilseigner.

II. Eigenverwaltung und andere Sanierungsinstrumente

1. Übertragende Sanierung

Der Begriff der übertragenden Sanierung beschreibt die Übertragung eines Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteiles von dem insolventen Träger auf einen anderen bereits bestehenden Rechtsträger. Im Gegensatz zur Einzelverwertung der Assets spricht für die übertragende Sanierung zum einen der geringe Verwertungsaufwand. Praktisch wichtiger ist aber oft die Aussicht auf die Fortführung eines (gesunden) Teils des schuldenrischen Betriebes, da dadurch funktionsfähige Unternehmenseinheiten mit ihren Arbeitsplätzen am Markt weiterbestehen können. Der Unterschied zur Eigenverwaltung liegt darin, dass eine fortführungsfähige Sachgesamtheit als (Teil)unternehmen von der juristischen Person des Insolvenzschuldners als Unternehmensträger getrennt wird. Sämtliche Altverbindlichkeiten verbleiben bei dem insolventen Unternehmensträger, der liquidiert wird. Begrifflich ist zu beachten, dass letztlich der Insolvenzschuldner gerade nicht saniert wird. Die Altgläubiger profitieren von der übertragenden Sanierung nur in dem (geringen) Maße, in dem sich ihre Quote durch den erzielten Erlös für die veräußerte überlebensfähige Unternehmenseinheit erhöht. Bezogen auf den Insolvenzschuld-

ner ist die übertragende Sanierung letztlich nur eine Liquidationsmaßnahme zur Veräußerung von Betriebsmitteln mit dem Ziel, einen verteilungsfähigen Erlös zu generieren und zugleich – regelmäßig unter anderem Regime und immer mit einem anderen Rechtsträger – den Betrieb fortgeführt zu sehen. Für die Gläubiger des Insolvenzschuldners hat die übertragende Sanierung den Nachteil, dass sie von künftigen Erlösen des neuen Unternehmens nicht mehr profitieren können. Auch im Übrigen ist das neu am Markt agierende Unternehmen jeglicher Einflussnahme durch die Altgläubiger entzogen.

Die übertragende Sanierung kann sowohl in einem Regelinsolvenzverfahren als auch im Rahmen der Eigenverwaltung durchgeführt werden. Im Rahmen der Eigenverwaltung bietet sie sich jedoch regelmäßig nur für Betriebsteile des Insolvenzunternehmens an. Ist dagegen eine übertragende Sanierung des (nahezu) gesamten Unternehmens geplant, führt dies nach oben Gesagtem letztlich zur Liquidation des Insolvenzschuldners. In diesen Konstellationen kann die Eigenverwaltung grundsätzlich nur in eingeschränktem Maße ihre Vorteile entfalten.

2. Insolvenzplan

Die Regelungen über den Insolvenzplan gemäß §§ 217 f. InsO werden verbreitet als Kernstück der Insolvenzrechtsreform bezeichnet, da die Gläubiger nunmehr in für alle verbindliche Regelungen eingebunden werden können.³

Das Planverfahren war dem bisherigen Insolvenzrecht genauso unbekannt wie das Institut der Eigenverwaltung. Dabei knüpft der Gesetzgeber mit dem Begriff des Plans an einen Terminus an, der eher ein betriebswirtschaftliches Instrument als ein juristisches Institut darstellt. Ziel des Insolvenzplanverfahrens ist es, eine Form der Insolvenzbewältigung zu ermöglichen, die von den Liquidationsregeln der InsO abweicht und zugleich eine bessere Befriedigung der Gläubiger verspricht. Das Insolvenzplanverfahren ermöglicht es daher, den Gläubigern einer insolventen Gesellschaft oder einer in bedeutendem Umfang selbstständig wirtschaftlich tätigen Person, durch Mehrheitsentscheidung eine konkrete Gestaltung der Abwicklung der Insolvenz verbindlich festzulegen. Das Insolvenzplanverfahren bildet daher den Rahmen zur privatautONOMEN Entscheidung der Gläubiger über die Frage, ob die beste Haftungsverwirklichung in der Fortführung des schuldnErischen Unternehmens, in einer übertragenden Sanierung, in der teilweisen Einzelverwertung oder auch in der Liquidationssuche zu sehen ist.

Anders als die Eigenverwaltung, die eine Modifikation des Regelinsolvenzverfahrens darstellt, ist das Insolvenzplanverfahren ein besonderes Verfahren im Rahmen dieses Regelinsolvenzverfahrens. Das Gesetz unterscheidet dabei drei Abschnitte: Nach der Aufstellung des Plans (§§ 217 bis 234 InsO) erfolgt die Annahme und Bestätigung des Plans (§§ 235 bis 253 InsO). Abschließend regelt das

³ Vgl. *Pick*, NJW 1995, 992, 995.

Gesetz die Wirkungen des bestätigten Plans und die Überwachung der Planerfüllung (§§ 254 bis 269 InsO).

Der Insolvenzplan hat einen darstellenden und einen gestaltenden Teil. Der darstellende Teil beschreibt zunächst, was nach der Verfahrenseröffnung an organisatorischen oder personellen Maßnahmen geschehen oder geplant ist, um die Grundlagen für die im gestaltenden Teil festgelegten Rechtsgestaltungen zu schaffen. Dabei werden die Gläubiger und das Gericht umfassend über die Grundlagen und Auswirkungen des Plans informiert, um diesen die Entscheidungsgrundlagen für die Zustimmung in der Gläubigerversammlung bzw. im Rahmen der gerichtlichen Bestätigung zu geben. Dies hat zur Folge, dass der Insolvenzplan einen Überblick über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage, ergänzt durch Plananlagen gemäß § 229 InsO, geben muss. Ferner sind dem Plan Zustimmungserklärungen der Gläubiger beizufügen, die Anteils- bzw. Mitgliedschaftsrechte oder Beteiligungen übernehmen sollen (vgl. § 230 Abs. 2 InsO). Entsprechendes gilt für Gläubiger, die Verpflichtungen übernehmen wollen (vgl. § 230 Abs. 3 InsO). Das Kernstück des darstellenden Teils wird gleichwohl eine ausführliche Sanierungsprüfung bilden, aufgrund derer entschieden werden kann, ob das Vermögen durch Liquidation, durch Sanierung des Unternehmensträgers oder durch übertragende Sanierung verwertet werden soll. Dabei wird der Insolvenzplan im Wege einer Vergleichsrechnung gegenüberstellen, welche Befriedigung die einzelnen Gläubiger bei einer Liquidation und bei Durchführung des Insolvenzplans zu erwarten haben.

Im gestaltenden Teil kann u. a. in die Rechtsstellung der (nachrangigen) Insolvenzgläubiger (§§ 224 bis 225 InsO) und in diejenige der Absonderungsberechtigten eingegriffen werden. Darüber hinaus kann die Haftung des Schuldners sowie – bei Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit oder Kommanditgesellschaften auf Aktien als Schuldner – die persönliche Haftung der Gesellschafter des Schuldners nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens geregelt werden.

Die vorgenannten Sanierungsinstrumente sind vielfältig miteinander kombinierbar. Insbesondere bei komplizierten Konzernstrukturen bietet sich die Kombination aus Eigenverwaltung mit einem Insolvenzplan für das herrschende Unternehmen bei gleichzeitiger Eigenverwaltung und koordinierten Insolvenzplänen für Tochter- und Enkelgesellschaften an.⁴ Ursprünglich vorhandene Leitungsstrukturen können so gewahrt werden. Dadurch wird überhaupt erst die Möglichkeit geschaffen, komplexe Projekte, beispielsweise im Anlagenbau, mit mehreren beteiligten (insolventen) Gesellschaften weiterzuführen.

⁴ Vgl. Ehricke, ZinsO 2002, 393, 395.

III. Anordnungsvoraussetzungen der Eigenverwaltung gemäß § 270 InsO

§ 270 InsO regelt die besonderen Anordnungsvoraussetzungen der Eigenverwaltung, die neben den allgemeinen Anordnungsvoraussetzungen (Insolvenzgrund und ausreichende Masse) vorliegen müssen. Nachfolgend sollen einzelne Fragestellungen dieser Anordnungsvoraussetzung gemäß § 270 Abs. 2 Ziffer 1 – 3 InsO untersucht werden.

1. Antrag des Schuldners

§ 270 Abs. 2 Ziff. 1 InsO setzt nach seinem eindeutigen Wortlaut voraus, dass die Eigenverwaltung vom Schuldner beantragt wird. Ein Gläubigerantrag ist vom Gesetz nicht vorgesehen. Bei juristischen Personen und Gesellschaften ist umstritten, ob für den Antrag auf Eigenverwaltung die Vertretungsregelung des § 15 InsO analoge Anwendung findet⁵ oder die allgemeinen Vertretungsregeln einschlägig sind.⁶ Letztere Ansicht erscheint vorzugswürdig, da der Antrag auf Eigenverwaltung von der Gesellschaft gestellt wird, wohingegen der Insolvenzantrag im Ergebnis eine strafbewehrte höchstpersönliche Pflicht des Geschäftsführers (§ 64 Abs. 1 GmbHG) bzw. des Vorstandes (§ 92 Abs. 2 AktG) ist.

Bis zu welchem Zeitpunkt der Schuldner den Antrag spätestens stellen kann, ist vom Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Einigkeit besteht darin, dass keine gleichzeitige Stellung mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens erforderlich ist.⁷ Des Weiteren ergibt sich mittelbar aus § 270 Abs. 1 Satz 1 InsO, dass der Antrag spätestens bis zum Erlass des Beschlusses des Insolvenzgerichtes über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt sein muss. Denn der Schuldner soll nur dann berechtigt sein, unter Aufsicht eines Sachwalters die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie zu verfügen, wenn das Insolvenzgericht *in dem Beschluss* über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Eigenverwaltung anordnet.

Eine „Verspätung“ des Schuldnerantrages auf Anordnung der Eigenverwaltung kann nicht durch die erste Gläubigerversammlung geheilt werden. Dies ergibt sich aus § 271 InsO, wonach die Gläubigerversammlung die Eigenverwaltung nur dann beantragen kann, wenn „das Insolvenzgericht den Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung abgelehnt hat“. Der eindeutige Gesetzeswortlaut kann auch nicht durch das gewichtige Prinzip der Gläubigerautonomie außer Kraft gesetzt werden. Dies schiene immerhin erwägenswert, wenn man die Unzulässigkeit eines „Nachschiebens“ eines Eröffnungsantrages nur damit begründete, das „Nachschieben“ stelle die Prüfungskompetenz des Insolvenzgerichtes nach § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO

⁵ Vgl. *Nerlich/Römermann/Riggert*, InsO, § 270, Rdn. 20.

⁶ Vgl. *Huhn*, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, S. 15 Rdn. 49.

⁷ Vgl. *FK-Foltis*, § 270, Rdn. 31 m. w. N.

in Frage.⁸ Vorzugswürdig erscheint es, auf den Aspekt der Rechtssicherheit abzustellen. Hierbei ist zu beachten, dass das Gericht im Rahmen des Insolvenzeröffnungsverfahrens u. a. festzustellen hat, ob im Falle der Verfahrenseröffnung ausreichend Masse vorhanden ist, um die Verfahrenskosten zu decken. Die Beurteilung dieser Frage ist aber abhängig davon, ob das Gericht die geringeren Kosten der Eigenverwaltung überhaupt erwägen kann. Sollte das Gericht die Durchführung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt haben, kann es diese Entscheidung aufgrund eines verspäteten Eigenverwaltungsantrages – welcher möglicherweise eine Verfahrenseröffnung ermöglicht hätte – nicht wieder zurücknehmen.

2. Erforderliche Zustimmung des Gläubigers im Fall des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO

§ 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO regelt den Fall, dass der Schuldner seinen Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung nach dem Antrag eines Gläubigers auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hat. Das Gesetz macht die Anordnung der Eigenverwaltung in diesem Fall von der Zustimmung des Gläubigers abhängig. Vom Wortlaut nicht ausdrücklich erfasst ist der Fall, dass mehrere Eröffnungsanträge von Gläubigern neben einem Schuldnerantrag auf Anordnung der Eigenverwaltung vorliegen. Hierbei ist zu beachten, dass ein zweiter Gläubigerantrag gemäß § 14 InsO nicht allein deshalb unzulässig ist, weil bereits ein Insolvenzantrag eines anderen Gläubigers gestellt wurde.

Für das Zustimmungserfordernis aller antragstellenden Gläubiger wird angeführt, dass ein beitreibender Gläubiger regelmäßig auf dem Insolvenzregelverfahren mit dem Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Insolvenzverwalters besteht und damit der Gefahr einer Verfahrensverzögerung oder Gläubigerbenachteiligung durch den Schuldner begegnen wolle.⁹ Dieses Motiv der antragstellenden Gläubiger mag zwar richtig beschrieben sein, spricht aber nicht für die dort vertretene Auslegung des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO. Vielmehr ist die Zahl der vorliegenden Gläubigeranträge wohl nur eine, wenn auch beachtliche Tatsache, die bei der Entscheidung des Insolvenzgerichtes gemäß § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO zu berücksichtigen wäre.

Überzeugender erscheint die praktische Überlegung, nicht *jedem* antragstellenden Gläubiger ein faktisches Vetorecht gegen die Anordnung der Eigenverwaltung einzuräumen, um einen möglichen rechtsmissbräuchlichen „Handel“ mit der begehrten Zustimmung zu vermeiden. Entscheidend dürfte daher die Parallele zu § 14 InsO sein. In der Praxis ist es üblich, dass nach einem ersten zulässigen Insolvenzantrag die weiteren Insolvenzanträge „ruhen“. Für eine rechtliche Verbindung der Verfahren ist keine Grundlage ersichtlich. Daran zeigt sich, dass nachfolgende

⁸ So Kübler / Prütting / Pape, InsO, § 270, Rdn. 9.

⁹ Vgl. FK-Foltis, § 270, Rdn. 33.

Gläubigeranträge im Rahmen der InsO nur dann relevant werden, wenn der erste Gläubigerantrag zurückgenommen oder sonst unzulässig wird. Diese Wertung sollte auch für § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO übernommen werden: Entscheidend ist mithin nur die Zustimmung des Gläubigers, dessen Antrag die Grundlage des Verfahrens bildet.

Aus den gleichen Gründen bedarf es auch keiner Zustimmung der Gläubiger, die nach dem Schuldnerantrag auf Anordnung der Eigenverwaltung einen Insolvenzantrag gestellt haben, zumal der Wortlaut der Vorschrift, wonach „der Eröffnungsantrag“ und nicht „ein Eröffnungsantrag“ gestellt wird, bereits gegen eine solche Auslegung spricht.¹⁰

3. Prognose gemäß § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO

§ 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO ist die zentrale Vorschrift im Rahmen der Anordnungs-voraussetzungen für die Eigenverwaltung. Von ihrer praktischen Anwendung wird es abhängen, welche Bedeutung die Eigenverwaltung in der insolvenzrechtlichen Praxis erlangen kann.

a) Berücksichtigung des Gläubigerinteresses bei der Prognose

Die Insolvenzordnung überlässt in den §§ 271, 272 den Gläubigern die Letztentscheidung über die Anordnung der Eigenverwaltung. Richtigerweise wird vorgeschlagen, dass das Insolvenzgericht diesbezügliche Erklärungen von (Haupt-) Gläubigern im Rahmen seiner Entscheidung nach § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO bereits zu berücksichtigen habe.¹¹ Diese Auffassung trägt dem Gedanken der Gläubiger-autonomie Rechnung.

Die ablehnende Meinung vermag nicht zu überzeugen.¹² Ihr ist zwar zuzugestehen, dass eine angemessene Berücksichtigung aller Gläubigerinteressen im Rahmen des Eröffnungsverfahrens praktisch nicht möglich ist. Sie führt jedoch gerade bei Großverfahren zu praxisfernen Ergebnissen. Hier werden schon im vorläufigen „vorläufigen Gläubigerausschuss“ die Großgläubiger repräsentiert. Insbesondere die Banken haben Erfahrung, frühzeitig verfahrensfördernd tätig zu werden. Bei den Größenordnungen der dann glaubhaft gemachten bzw. noch glaubhaft zu machenden Forderungen ist es in der Praxis dem Insolvenzgericht häufig einfach möglich, sich davon zu überzeugen, dass diese Gläubiger tatsächlich die absolute Mehrheit darstellen.

¹⁰ A.A. AG Potsdam, Beschluss vom 7. Juni 2000, DZWIR 2000, 343; Smid, InsO, § 270 Rdn. 9.

¹¹ Vgl. MüKo-Wittig, InsO, § 270, Rdn. 36; Nerlich/Römermann/Riggert, InsO, § 270, Rdn. 27.

¹² Vgl. Huhn, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, S. 49, Rdn. 152.

Letztlich kann daher auch aus praktischen Erwägungen kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass der Rechtsgedanke der §§ 271, 272 InsO schon im Rahmen des § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO berücksichtigt werden muss. Für den Fall, dass den Gläubigern die Glaubhaftmachung einer späteren Gläubigermehrheit schon im Eröffnungsverfahren gelingt und sie ihre Unterstützung für das Konzept erklären, spricht sogar viel dafür, dass sich das Anordnungsermessen des Insolvenzgerichts dahingehend auf Null reduziert, dass die Eigenverwaltung angeordnet werden muss.

b) Darlegungs- und Feststellungslast des Schuldners

Gemäß § 5 InsO gilt für das Insolvenzverfahren der Amtsermittlungsgrundsatz, so dass das Insolvenzgericht von Amts wegen den Sachverhalt ermitteln muss, aufgrund dessen es seine Entscheidung trifft. Gleichwohl entspricht das Insolvenzverfahren – vor allem im Rahmen des Eröffnungsverfahrens – einem „quasi-streitigen“ Parteiverfahren.¹³ Hiermit korrespondierend wird vertreten, dass den Schuldner eine Darlegungslast trafe, dem Insolvenzgericht eine „gesicherte Prognose“ zu ermöglichen bzw. die die Eigenverwaltung rechtfertigenden Tatsachen darzulegen.¹⁴

Diese Ansicht bedarf zumindest einer Präzisierung: Mit Darlegungslast des Schuldners kann nicht gemeint sein, dass der Amtsermittlungsgrundsatz im Rahmen des § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO gänzlich außer Kraft gesetzt ist. Hierbei ist auf die historische Entwicklung der Norm hinzuweisen. Die ursprüngliche Fassung des § 331 des Regierungsentwurfes lautete, „dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird.“ Die letztlich beschlossene Fassung enthält eine deutliche Verschärfung: Nunmehr ist erforderlich, dass das Insolvenzgericht positiv zu der Überzeugung gelangt, dass nach den Umständen keine Nachteile für die Gläubiger zu erwarten sind. Grundsätzlich besteht daher für das Insolvenzgericht eine Nachforschungspflicht.

Bei der Beurteilung dieser Nachforschungspflicht ist allerdings auch zu beachten, dass das Insolvenzgericht nicht ohne jeden Anlass ermitteln muss und dass dem Gericht zumindest Anhaltspunkte für die Ermittlung gegeben werden müssen.¹⁵ Schon aus praktischen Gründen wird der Beitrag des Schuldners zur Sachverhaltserforschung die entscheidende Grundlage für die weitere Prüfung durch das Insolvenzgericht bilden. Sind in dem Schuldnerantrag keine einschlägigen Informationen erhalten, sollte ein diesbezüglicher richterlicher Hinweis an den Schuldner in Erwägung gezogen werden. In der Praxis wird ein Schuldnerantrag

¹³ Vgl. *Braun / Kießner*; InsO, § 5, Rdn. 4.

¹⁴ Vgl. AG Potsdam, Beschluss vom 7. Juni 2000, DZWIR 2000, 343; zustimmend *Braun / Riggert*, InsO, § 270, Rdn. 8.

¹⁵ Vgl. *Huhn*, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, S. 121, Rdn. 360.

ohne sorgfältige Darlegung des Sachverhaltes wenig Aussicht auf Erfolg haben. Vielmehr ist es geradezu unerlässlich, als Vorbereitungsmaßnahme die Vorabstimmung mit den wesentlichen Gläubigern sowie die Darlegung von Sanierungsmaßnahmen und die persönliche Erörterung mit dem Insolvenzgericht vorzunehmen.

c) Organschaftliche Integration externer Sanierungskompetenz

Die Eigenverwaltung als ernsthafte Alternative zum etablierten Regelinsolvenzverfahren trat erstmalig im Jahr 2000 einer größeren Öffentlichkeit mit der Bestellung des Kölner Sanierungsberaters *Dr. Klaus Hubert Görg* zum Vorstand der kringengeschüttelten Philip Holzmann AG ins Bewusstsein. Die Bestellung von *Görg* sollte die für die Durchführung des Eigenverwaltungsverfahrens erforderliche „unternehmensinterne“ sanierungsrechtliche Kompetenz dokumentieren und damit die Voraussetzungen für die positive Prognoseentscheidung des zuständigen Amtsgerichts Frankfurt am Main schaffen. Die Vorteile eines derartigen Modells liegen auf der Hand: Zum einen wird – psychologisch sehr wichtig – Vertrauen bei den wichtigsten Gläubigern geschaffen. Zum anderen wird durch die Aufnahme des Sanierungsexperten in das Vertretungsorgan der Gesellschaft das spezifisch insolvenzrechtliche Know-how-Defizit der zukünftigen Insolvenzschuldnerin beseitigt.

Die gegen dieses Modell erhobenen Bedenken¹⁶ vermögen nicht zu überzeugen. Sie übersehen, dass es bei dem zu nutzenden Know-How gerade in großen Unternehmen auf die Kenntnis des die Eigenverwaltung beantragenden Gesellschaftsorgans ankommt. Die bloße Beauftragung eines externen Sanierungsexperten, der von den Weisungen einer insoweit unerfahrenen Geschäftsleitung förmlich abhängig ist, würde für die positive Prognoseentscheidung nach § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO nicht ausreichen. Nur die organschaftliche Bestellung des Experten sichert die für die Prognoseentscheidung maßgebliche sanierungsrechtliche Kompetenz des die Eigenverwaltung begehrenden Antragsstellers. Eine Umgehung des gesetzgeberischen Leitbildes des eigenverwaltenden Unternehmens ist damit nicht verbunden. § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO verlangt geradezu das Vertrauen des Gerichts und der Gläubiger in die kompetente Durchführung des Eigenverwaltungsverfahrens durch die Geschäftsleitung des Insolvenzschuldners. Dieses Vertrauen wird durch die personelle Neubesetzung der Geschäftsleitung mit Dritten, die über das zur erfolgreichen Durchführung der Eigenverwaltung erforderliche Wissen verfügen, gewährleistet.

Soweit gegen dieses Modell eingewandt wird, dass damit faktisch in die richterliche Unabhängigkeit eingegriffen werde, gehen diese Einwände fehl: Zum einen erfolgt die Einsetzung der Sanierungsspezialisten regelmäßig vor Stellung des Insolvenzantrages. Zu diesem Zeitpunkt besitzt das Insolvenzgericht aber keinerlei Entscheidungsbefugnisse über das Unternehmen, so dass ein Eingriff in

¹⁶ AG Duisburg, Beschluss vom 1. September 2002, ZInsO 2002, 1046.

seine Zuständigkeit gar nicht möglich ist. Zutreffend hat *Uhlenbruck* im Übrigen darauf hingewiesen, dass das Insolvenzgericht einem möglichen Missbrauch jederzeit dadurch begegnen kann, dass es im Insolvenzeröffnungsbeschluss die Eigenverwaltung ablehnt.¹⁷ Aber auch dann sieht das Gesetz gerade vor, dass nach § 271 Satz 1 InsO die erste Gläubigerversammlung für das Gericht verbindlich beantragen kann, die Eigenverwaltung anzuordnen.

IV. Chancen und Risiken der Eigenverwaltung

1. Erwägungen des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber hat in seiner Begründung zum Regierungsentwurf der Insolvenzordnung für die Eigenverwaltung drei Gesichtspunkte angeführt:

- Die Kenntnisse und Erfahrungen der bisherigen Geschäftleistung sollen besser genutzt werden. Der Insolvenzverwalter habe den Nachteil, sich einarbeiten zu müssen.
- Die Eigenverwaltung biete einen erheblichen Anreiz für den Schuldner, rechtzeitig den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen, weil er nicht damit rechnen müsse, aus der Geschäftsführung verdrängt zu werden.
- Die Eigenverwaltung verursache insgesamt weniger Aufwand und Kosten. Dies liegt nicht zuletzt an der geringeren Vergütung des Sachwalters und dem Wegfall der Verwertungspauschalen im Rahmen der Eigenverwaltung.

2. Chancen der Eigenverwaltung

Neben diesen Gründen spielen noch folgende Überlegungen eine wichtige Rolle:

(1) Positives Image des Chapter 11

Gerade bei im Ausland tätigen Unternehmen kann das gute Image des Verfahrens nach Chapter 11 in den USA genutzt werden. Gläubiger aus diesem Rechtskreis kennen dieses Verfahren in der Regel gut und haben daher zu Unternehmen, die sich in der Reorganisation befinden, ein besseres Verhältnis als zu einem unter der Aufsicht eines Insolvenzverwalters stehenden Unternehmen.

(2) Perspektive für die Gläubiger

Ein weiterer „Pluspunkt“ der Eigenverwaltung ist ebenso psychologischer Natur: Im Gegensatz zu fremdverwalteten Unternehmen ist Gläubigern eine Fortführungs-

¹⁷ Vgl. *Uhlenbruck*, NJW 2002, 3219, 3220.

perspektive viel einfacher zu vermitteln. Dies hat sich beispielsweise bei der Insolvenz der zur *Kirch*-Gruppe gehörenden Medienunternehmen gezeigt. Dort wurden zum Zeitpunkt der Eigenverwaltung sowohl die Fußball-WM übertragen als auch noch die Rechte für die Fernsehübertragung der Bundesliga für weitere 4 (!) Jahre erworben. Brancheninsider halten es für ausgeschlossen, dass ein derartiger Geschäftsbetrieb auch im Regelinsolvenzverfahren möglich gewesen wäre. Die Weiterführungsperspektive im Rahmen der Eigenverwaltung begünstigt eine positive Going-concern-prognose und führt bei (Teil-)Veräußerungen regelmäßig zu einem höheren Kaufpreis und dadurch auch zu einer verbesserten Gläubigerbefriedigung.

(3) Perspektive für die Mitarbeiter

Für ein Unternehmen in der Krise ist es neben der Überzeugung der Gläubiger genauso wichtig, den eigenen Mitarbeitern eine Perspektive zu vermitteln und insbesondere die sog. „Key Employees“ zu halten. Typisch für ein Regelinsolvenzverfahren ist, dass am Ende des Insolvenzverfahrens das Unternehmen nicht mehr existiert. Andere Sanierungsinstrumente, wie z. B. die übertragende Sanierung, sind komplex und im Insolvenzrecht nicht bewanderten – aber gleichwohl anderweitig hoch qualifizierten – Mitarbeitern schwerer zu vermitteln. Derartige Mitarbeiter haben im Rahmen einer Eigenverwaltung durch die Perspektive der Weiterführung des Unternehmens eine ganz andere Motivation.

(4) Beherrschbarkeit komplexer Konzernstrukturen

Insbesondere bei komplizierten Konzernstrukturen kann die Eigenverwaltung, ggf. in Kombination mit einem Insolvenzplan, ihre Vorteile entfalten. So bietet sich die Kombination aus Eigenverwaltung mit einem Insolvenzplan für das herrschende Unternehmen bei gleichzeitiger Eigenverwaltung und koordinierten Insolvenzplänen für Tochter- und Enkelgesellschaften an.¹⁸ Ursprünglich vorhandene Leitungsstrukturen können so gewahrt werden. Dadurch wird überhaupt erst die Möglichkeit geschaffen, komplexe Projekte, beispielsweise im Anlagenbau, mit mehreren beteiligten (insolventen) Gesellschaften weiterzuführen. Außerhalb der Eigenverwaltung wäre dies auf Grund der Vielzahl der notwendigerweise zu beteiligenden Insolvenzverwalter, deren Koordination in engem Zeitrahmen praktisch kaum geleistet werden kann, kaum möglich.

(5) Kostenvorteil

Schließlich sind die gesetzlichen Verfahrenskosten substantiell geringer als im Regelinsolvenzverfahren. Hinzuweisen ist aber auch darauf, dass die Durchführung einer Eigenverwaltung – jedenfalls in Großverfahren – regelmäßig Beratungskosten verursacht, die diese Ersparnis relativieren.

¹⁸ Vgl. *Ehricke*, ZinsO 2002, 393, 395.

3. Risiken der Eigenverwaltung

Soweit der Eigenverwaltung entgegengehalten wird, dass die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf einen Schuldner übertragen werde, der aufgrund des Konkurses seine Selbstverwaltungs- und Selbstverfügungsunfähigkeit erwiesen habe¹⁹, ist dieser Einwand in dieser Allgemeinheit wenig überzeugend. Er vernachlässigt zum einen, dass die Insolvenz vielfältige Ursachen haben kann, auf die der Schuldner keinen maßgeblichen Einfluss hat, wie beispielsweise ein unerwartet hoher Forderungsausfall bei Großschuldnern, plötzlicher Nachfrageeinbruch bei einem abhängigen Zulieferer durch den Hauptkunden etc. Darüber hinaus verkennt dieses Argument gerade bei juristischen Personen, dass dort durch einen Austausch in der obersten Führungsebene die Integrität dieser Führungsebene wiederhergestellt werden kann und die mittleren Managementstrukturen effektiv weitergenutzt werden können.

Zwar ist bei der Eigenverwaltung das Argument der Gläubigergefährdung nicht völlig von der Hand zu weisen. Hierbei ist jedoch auch zu beachten, dass der rechtsmissbräuchliche Einsatz der Eigenverwaltung weniger ein Problem der vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Einzelregelungen ist. Vielmehr liegt das Problem im Gebrauch dieser Regelungen und der Kontrolle des Gebrauchs durch die verantwortlichen Beteiligten: Den Insolvenzrichter, den Sachwalter, den Gläubigergausschuss und die Gläubigerversammlung.²⁰

V. Praktische Fragen der Eigenverwaltung

1. Rechtsschutz gegen die gerichtliche Ablehnung der Anordnung der Eigenverwaltung

§ 18 InsO schafft den Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit. Denkbar ist durchaus, dass in der Praxis der Versuch unternommen wird, die Vorzüge der Eigenverwaltung so früh wie möglich zu nutzen und deshalb der Eröffnungsgrund auf § 18 InsO gestützt wird. Dabei geht der die Sanierung des Unternehmens bzw. von Unternehmensteilen suchende Insolvenzschuldner jedoch das Risiko einer ablehnenden Entscheidung seitens des Insolvenzgerichtes ein. Berücksichtigt man die oben geschilderte Skepsis vieler Insolvenzrichter gegenüber der Eigenverwaltung, so stellt sich im Fall der ablehnenden Entscheidung über die Anordnung der Eigenverwaltung die Frage der Rechtsmittel.

Ganz überwiegend wird die Meinung vertreten, dass die zurückweisende Entscheidung des Insolvenzgerichtes nicht anfechtbar sei.²¹ Diese ablehnenden Stim-

¹⁹ Vgl. *Grub*, ZIP 1993, 398,397 ff.

²⁰ So zutreffend *FK-Foltis*, InsO, vor §§ 270 ff., Rn. 17.

²¹ Vgl. LG Mönchengladbach, Beschluss vom 30. Dezember 2002, NZI 2003, 152; *Kübler/Prütting/Pape*, InsO, § 270, Rdn. 22 f.; *Nerlich/Römermann/Riggert*, § 270, Rdn. 29 m. w. N.

men betonen, dass in den §§ 270 ff. InsO keine ausdrückliche Regelung über die Anfechtbarkeit der diesbezüglichen Entscheidung des Insolvenzgerichts getroffen wird. Aus § 6 Abs. 1 der InsO ergäbe sich aber, dass eine derartige gesetzliche Bestimmung notwendig sei.

Der methodische Schluss vom Fehlen der ausdrücklichen Regelung auf die Unzulässigkeit des Rechtsmittels der sofortigen Beschwerde ist weder zwingend noch trägt er den Besonderheiten der Eigenverwaltung hinreichend Rechnung. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass nach § 34 InsO dem Antragsteller ausdrücklich das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegen die Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zusteht. Zwar wird auch in diesem Zusammenhang überwiegend vertreten, dass gemäß § 34 InsO die Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss nur mit dem Ziel seiner Aufhebung, nicht dagegen mit dem Ziel der Eröffnung unter anderen Bedingungen eingelegt werden könne.²² Auf einen eindeutigen Gesetzeswortlaut kann sich diese Ansicht jedoch nicht stützen.

Zunächst ist zu fragen, ob § 34 Abs. 1 oder Abs. 2 InsO die Ablehnung des Antrages auf Anordnung der Eigenverwaltung erfasst. Für § 34 Abs. 1 InsO ließe sich anführen, dass das Verfahren vom Insolvenzgericht nicht so eröffnet wurde, wie es vom Schuldner beantragt worden ist. Für § 34 Abs. 2 InsO spricht, dass im Ergebnis eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt. Im Ergebnis wird man § 34 Abs. 2 InsO wohl für einschlägig halten müssen, da der Gesetzeswortlaut in § 34 Abs. 1 InsO von der „abgelehnten Eröffnung des Insolvenzverfahrens“ spricht und nicht von der „abgelehnten beantragten Eröffnung des Insolvenzverfahrens“. Einer Beschwerde des Schuldners nach § 34 Abs. 2 InsO lässt sich auch nicht entgegenhalten, dem Schuldner fehle – da die Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt ist – die Beschwer.²³ Eine formelle Beschwer liegt vor, wenn dem Beschwerdeführer etwas versagt wurde, was er beantragt hat.²⁴ An einer derartigen Beschwerde fehlt es, wenn lediglich auf den Eigenantrag des Schuldners abgestellt wird²⁵. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob eine derartige, isolierte Betrachtungsweise sachgerecht ist.

Für die Möglichkeit einer derartigen rechtlichen Trennung könnte immerhin sprechen, dass die gleichzeitige Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit dem Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung für nicht erforderlich gehalten wird.²⁶ Auf der anderen Seite zeigt sich die rechtliche Einheit beider Anträge letztlich daran, dass die Antragsberechtigung auf Anordnung der Eigenverwaltung mit dem Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. bei Abweisung mangels Masse erlischt.²⁷ Letztlich kann der Antrag auf Anord-

²² Vgl. MüKo-Schmahl, § 34, Rdn. 67.

²³ So aber LG Mönchengladbach, Beschluss vom 30. Dezember 2002, NZI 2003, 152.

²⁴ Vgl. MüKo-Ganter, § 6, Rdn. 27.

²⁵ So LG Mönchengladbach, Beschluss vom 30. Dezember 2002, NZI 2003, 152.

²⁶ Vgl. FK-Foltis, § 270, Rdn. 31 m. w. N.

²⁷ Vgl. FK-Foltis, a. a. O.

nung der Eigenverwaltung auch nicht ohne Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt werden. Versteht man dementsprechend den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und den Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung als rechtliche Einheit, so kann an dem Bestehen einer formellen Beschwer bei Ablehnung der Eigenverwaltung kein Zweifel bestehen. Die materielle Beschwer für den Schuldner liegt aufgrund der Vorteile, die ihm die Eigenverwaltung bieten können, auf der Hand.

Die Verneinung des Vorliegens der formellen Beschwer korrespondiert mit einer Auffassung in der Literatur, wonach der Schuldner sich der Sache nach nicht gegen die Eröffnung des Verfahrens, sondern gegen die Nichtanordnung der Eigenverwaltung richtet.²⁸ Diese Differenzierung zwischen der Modalität des Verfahrens und der Verfahrenseröffnung selbst vermag schon deswegen nicht zu überzeugen, weil sie im Ergebnis die Verfahrenseröffnung ohne Anordnung der Eigenverwaltung lediglich als rechtliches Minus und daher vom ursprünglich gestellten Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit Anordnung der Eigenverwaltung umfasst sieht. Diese Annahme ist indes unzutreffend. Dies zeigt sich insbesondere in dem Fall, in dem der Schuldner seinen Insolvenzantrag auf den Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit stützt. Hier ist der Schuldner zu einer Stellung rechtlich nicht verpflichtet, eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohne die Anordnung der Eigenverwaltung ist von ihm weder gewollt noch ist sie ihm zumutbar.²⁹

Letztlich sprechen auch Sinn und Zweck der § 270 ff. InsO für die hier vertretene Auslegung. Denn der Gesetzgeber hat erklärtermaßen das Ziel verfolgt, durch eine frühzeitige Antragstellung eine Erweiterung der Haftungsmasse zu erreichen. Kann sich der Schuldner aber nicht einmal der Kontrolle der gerichtlichen Entscheidung, welche insbesondere wegen der dort enthaltenen Prognoseelemente wünschenswert ist, sicher sein, so spricht viel dafür, dass er von einer frühzeitigen Antragstellung gemäß § 18 Abs. 1 InsO zurückschreckt. Dies gilt umso mehr, als ihm nach Eröffnung des Verfahrens aus Gründen der Rechtssicherheit die Rücknahme des Antrages versagt ist.

Rechtstechnisch beruht die hier vertretene Zulässigkeit der Beschwerde nicht auf einer analogen, sondern auf einer direkten Anwendung des § 34 Abs. 2 InsO. Die Zulässigkeit der Beschwerde wird im Rahmen der Auslegung erreicht; einer Analogie bedarf es nicht. Letztere wäre in Hinblick auf den Rechtsgedanken des § 6 InsO nicht unproblematisch.

²⁸ Vgl. *Schlegel*, ZIP 1999, 954, 956.

²⁹ Dies räumt auch *Schlegel* a. a. O. ein.

2. Möglichkeit der gerichtlichen Beschränkung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners

Das Amtsgericht Duisburg hat in seinem Eröffnungsbeschluss in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der *Babcock Borsig AG* die Auffassung vertreten, dass das Insolvenzgericht bei Eröffnung des eigenverwalteten Insolvenzverfahrens von Amts wegen einen Zustimmungsvorbehalt zu Gunsten des Sachwalters analog §§ 21 Abs. 2 Nr. 2, 24 Abs. 1, 277 Abs. 1 InsO anordnen könne, wenn dies zur Sicherung der Rechtmäßigkeit der Verfahrensabwicklung durch den Schuldner erforderlich erscheint.³⁰ Diese Analogie ist auf heftigen Widerstand³¹, aber auch auf Zustimmung gestoßen.³²

Kluth geht sogar soweit, diese auf der Analogie beruhende Anordnung wegen offenkundiger Rechtswidrigkeit als nichtig zu bezeichnen.³³ Schon die Grundvoraussetzung einer Analogie – eine Regelungslücke – ist seiner Auffassung nach nicht gegeben. § 277 InsO enthalte ein in sich stimmiges, lückenlos abschließendes Regelsystem. Für einen von Amts wegen anzuordnenden Zustimmungsvorbehalt bestünde weder Bedarf noch Rechtfertigung.

Dem lässt sich entgegenhalten, dass jedenfalls in der Praxis – wie sich gezeigt hat – die Massegläubiger ein großes Interesse an einer die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners beschränkenden gerichtlichen Anordnung haben. Diese Massegläubiger können nach dem klaren Wortlaut des § 277 InsO keine Anordnung der Zustimmungsbefugnis beantragen. Für sie ist die Zustimmung des Sachwalters – abgesehen von der damit verbundenen Haftung gemäß § 61 InsO – vor allem psychologisch wichtig. Dass der Gesetzgeber diesen Fall regeln wollte, ist nicht ersichtlich. Daher lässt sich die Annahme einer Regelungslücke durchaus vertreten.

Die Annahme der Analogie durch das Amtsgericht Duisburg liegt – da sie eine erfolgreiche Eigenverwaltung wenn nicht ermöglicht, so doch erheblich erleichtert – im Interesse aller Gläubiger und – wie die Zustimmung des Schuldners im besprochenen Verfahren gezeigt hat – auch im Interesse des Schuldners.

3. Verhältnis von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht im Rahmen der Eigenverwaltung am Beispiel der Aktiengesellschaft

Aufgrund des mit der Eigenverwaltung verbundenen hohen Beratungsbedarfes ist davon auszugehen, dass die Eigenverwaltung in Zukunft vor allem bei größeren juristischen Personen, hier insbesondere bei komplexen Konzernstrukturen, An-

³⁰ Vgl. AG Duisburg, Beschluss vom 1. September 2002, ZInsO 2002, 1046.

³¹ Vgl. *Kluth*, ZInsO 2002, 1001, 1002 ff.

³² Vgl. *Hess/Ruppe*, NZI 2002, 577, 579.

³³ Vgl. *Kluth*, a. a. O., S. 1003.

wendung finden wird. Hier bleibt durch die höchstrichterliche Rechtsprechung noch zu klären, inwieweit mit der Anordnung der Eigenverwaltung die unter *Going Concern* grundsätzlich anwendbaren gesellschaftsrechtlichen Regelungen insolvenzrechtlich modifiziert werden.

*a) Gesellschaftsrechtliche Kompetenzverteilung
bei der Eigenverwaltung
zwischen Vorstand und Aufsichtsrat*

Da es sich bei der Eigenverwaltung um eine spezifische Organisationsform des Insolvenzverfahrens handelt, kommt als Leitbild für die Tätigkeit des Vorstands in erster Linie die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger in Betracht.³⁴ Das Handeln des Vorstandes, dem als Organ des eigenverwaltenden Insolvenzschuldners vorbehaltlich einer beschränkenden Anordnung des Insolvenzgerichts die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis grundsätzlich zusteht, richtet sich daher nicht mehr wie bei einer werbenden Gesellschaft an der Verfolgung des satzungsgemäßen Unternehmensgegenstandes aus, sondern ist auf das in § 1 InsO genannte Ziel gerichtet.

Die Geschäftsführung des Vorstands unterliegt der Überwachung durch den Sachwalter (vgl. § 274 Abs. 2 InsO). Grundsätzlich findet aber bei einer Aktiengesellschaft auch die Überwachung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat gemäß §§ 111, 268 Abs. 2 Satz 2 AktG statt. Dabei stellt sich schnell die Frage, ob der Aufsichtsrat auch im Rahmen der Eigenverwaltung seine Überwachungsfunktion behält. In der jüngeren Literatur ist hierüber eine Kontroverse entbrannt, die den Konflikt zwischen gesellschaftsrechtlichen und insolvenzrechtlichen Regelungen bei der Eigenverwaltung entweder zu Gunsten des Insolvenzrechts entscheidet³⁵ oder sich für ein Nebeneinander³⁶ der gesellschaftsrechtlichen mit den insolvenzrechtlichen Regelungen ausspricht.

Prütting/Huhn vertreten die These, eine gesellschaftsrechtliche Bindung des Vorstandes sei mit dem Regelungszweck der Eigenverwaltung nicht vereinbar.³⁷ Praktisch hat diese Auffassung zur Folge, dass das Geschäftsleitungsorgan in seiner Zusammensetzung zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung der alleinige Träger der Verfügungsbefugnis wird, vergleichbar mit einem Insolvenzverwalter nach § 80 InsO im Regelinsolvenzverfahren. Für diese Auffassung spricht zunächst, dass durch eine derart umfassende Kompetenz der Geschäftsleitung in der jeweiligen Zusammensetzung die Möglichkeit der schnellen Umsetzung grundlegender Entscheidungen verbessert wird.

³⁴ Vgl. *Noack*, ZIP 2002, 1873, 1875.

³⁵ Vgl. *Prütting/Huhn*, ZIP 2002, 777.

³⁶ Vgl. *Rinstmeyer-Homaan*, NZI 2002, 406.

³⁷ Vgl. *Prütting/Huhn*, ZIP 2002, 777, 780.

Dessen ungeachtet begegnet eine derartige Kompetenzausweitung, die im Ergebnis auf eine „Konservierung“ der zum Antragszeitpunkt bestehenden Zusammensetzung der Geschäftsführung hinausläuft, tiefgreifenden Bedenken. Dabei mag der Einwand, der Vorstand einer Aktiengesellschaft könnte eine Blockadesituation mit dem Aufsichtsrat oder sogar mit der Hauptversammlung in einer Krisensituation durch einen erfolgreichen Eigenantrag auf Anordnung der Eigenverwaltung beseitigen und sich damit „quasi zum Chef machen“³⁸, tendenziell theoretischer Natur sein. Dem Wegfall jeglicher Kontrollkompetenzen seitens des Aufsichtsrates steht aber entscheidend entgegen, dass der Aufsichtsrat selbst im Regelinsolvenzverfahren die Personalkompetenz gemäß § 84 AktG behält.³⁹

Aber auch die gegenteilige Ansicht, wonach durch die Formulierung des § 270 Abs. 1 Satz 1 InsO das gesamte Gesellschaftsrecht in die Vorschriften der Eigenverwaltung inkorporiert wird⁴⁰, vermag nicht zu überzeugen. Diese Erkenntnis folgt bereits aus den unterschiedlichen Regelungszielen von Gesellschafts- und Insolvenzrecht. Während das Gesellschaftsrecht vornehmlich die Rechtsbeziehungen der Gesellschaft ihrer Organe sowie der Gesellschafter untereinander gestaltet, steht bei dem Insolvenzrecht – trotz der Insolvenzrechtsreform – die Befriedigung der Gläubiger des Insolvenzschuldners im Vordergrund. Die Eigenverwaltung ändert daran nichts. Sie stellt nur insoweit ein spezifisches Werkzeug zur Umsetzung der Ziele des Insolvenzrechts dar und erleichtert die Fortführung des Unternehmens (Sanierungsplan) bzw. Teilen davon. Insoweit hat die Beantwortung der Frage nach dem Verhältnis zwischen gesellschaftsrechtlichen und insolvenzrechtlichen Regelungen in der Eigenverwaltung von folgenden systematischen Überlegungen auszugehen:

In der Norm des § 270 Abs. 1 Satz 1 InsO ist weder eine ausdrückliche Anordnung der Geltung gesellschaftsrechtlicher Regelungen noch ein ausdrücklicher Verweis auf das Gesellschaftsrecht vorhanden. Das Vorliegen einer Verweisung wird üblicherweise bejaht, wenn eine Rechtsnorm für sich genommen oder aus ihrer Verankerung in dem betreffenden Regelwerk heraus unvollständig ist und sich zur Vervollständigung auf anderen Normen bezieht, statt deren Wortlaut zu wiederholen. Der Inhalt der in Bezug genommenen Vorschrift wird gleichsam „fotografiert“ und gedanklich in das verweisende Gesetz eingefügt.

§ 270 Abs. 1 Satz 1 enthält aber keinen derartigen Verweis, sondern spricht nur von dem „Schuldner“. Der Begriff des Schuldners ist, da er in der InsO steht, unter insolvenzrechtlichen Aspekten auszulegen. Bei dieser Auslegung ist den Eigenarten des Insolvenzrechts, aber insbesondere auch der Eigenverwaltung, Rechnung zu tragen. Ausdrückliche Regelungen für den Fall, dass der Schuldner eine juristi-

³⁸ So Ringsteiner / Homann, NZI 2002, 406, 408.

³⁹ Vgl. Uhlenbruck, BB 2003, 1183, 1188.

⁴⁰ Vgl. Ringsteiner / Homann, NZI 2002, 406. Gleiches gilt für die auf S. 408 geäußerte Meinung, bei gesellschaftsrechtlichen Bindungen der Geschäftsleitung sei die Anordnung der Eigenverwaltung generell zweifelhaft.

sche Person ist, enthält die InsO nicht. Es liegt daher nahe, sich insoweit der Sachkunde des Gesellschaftsrechts zu bedienen. Dies bedeutet aber keine „blinde Übernahme“ der gesellschaftsrechtlichen Regelungen. Einer derartigen Übernahme steht entgegen, dass diese gesellschaftsrechtliche Regelungen typischerweise nicht den Fall der Eigenverwaltung regeln sollen. Die Übernahme dieser gesellschaftsrechtlichen Regelungen kommt daher nur in Betracht, soweit sie mit dem Zweck der Eigenverwaltung vereinbar sind.

Bedenkt man, dass der Aufsichtsrat auch im Regelinsolvenzverfahren die Personalkompetenz gemäß § 84 AktG behält,⁴¹ so ist kein Rechtsgrund dafür ersichtlich, dies im Rahmen der Eigenverwaltung anders zu handhaben. Anders kann die Frage hinsichtlich der Überwachungskompetenzen gem. § 111 AktG zu beurteilen sein. Hier kann in § 274 Abs. 2 Satz 1 InsO eine eigenständige insolvenzrechtliche Regelung der Überwachungskompetenz erblickt werden. Danach hat der Sachwalter die wirtschaftliche Lage des Schuldners zu prüfen und die Geschäftsführung sowie die Ausgaben für die Lebensführung zu überwachen. Daraus ließe sich ableiten, dass für ein Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrates kein Raum mehr bleibt.⁴² Zu beachten ist jedoch, dass die Personalhoheit und Personalkompetenz letztlich immer als Aufsichtskompetenz gebraucht werden können. In der Praxis sollte der Aufsichtsrat daher frühzeitig und regelmäßig in die Entscheidungen mit einbezogen werden.

Können nach alledem grundsätzlich gesellschaftsrechtliche Bindungen bestehen, so stellt sich die Frage, wie diese im Rahmen der Prognose gemäß § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO berücksichtigt werden dürfen oder ggf. sogar sollen. Ein Nachteil im Sinne von § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO kann nur dann angenommen werden, wenn die konkrete Gefahr einer derartigen Behinderung ersichtlich ist, beispielsweise durch umfangreiche Auseinandersetzungen zwischen dem Vorstand und dem Aufsichtsrat in der Vergangenheit. In diesen Verfahren wird schon aus praktischen Erwägungen heraus die Durchführung einer erfolgreichen Eigenverwaltung schwerlich möglich sein. Keinesfalls wird man aber die Anordnung der Eigenverwaltung bei juristischen Personen wegen der abstrakten Gefahr der nachteiligen Wirkung einer derartigen Bindung ablehnen können. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Anordnung der Eigenverwaltung nur auf natürliche Personen beschränken wollte.

b) Kompetenzen der Hauptversammlung

Im Rahmen der Eigenverwaltung stellt sich aber nicht nur die Frage nach dem Verhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, sondern auch die Frage nach den Kompetenzen der Hauptversammlung.

⁴¹ Vgl. Uhlenbruck, BB 2003, 1183, 1188.

⁴² Vgl. Görg/Stockhausen, Festschrift für Friedrich Wilhelm Metzeler, S. 105, 108.

Dies gilt zum einen im Fall des § 179 a AktG, wonach ein Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens verpflichtet, grundsätzlich der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf. In der Praxis stellt sich die Frage der Zustimmungsbedürftigkeit insbesondere dann, wenn im Rahmen der Eigenverwaltung eine übertragende Sanierung angestrebt wird. Plakatativ formuliert heißt das: Gilt die „Holzmüller“-Entscheidung⁴³ des BGH auch bei der Eigenverwaltung? Ist also der Vorstand bei der Veräußerung wesentlicher Vermögenswerte der Gesellschaft im Rahmen der Eigenverwaltung an die Zustimmung der Hauptversammlung gebunden?

Nach den oben ausgeführten Grundsätzen wird man fragen, ob die Vorschriften über die Kompetenzen der Hauptversammlung Sinn und Zweck der insolvenzrechtlichen Eigenverwaltung entsprechen. Nach Auffassung des BGH ist durch § 179a AktG bzw. durch die von ihm initiierte „Holzmüller“-Rechtsprechung der Vermögensschutz bzw. die Wahrung der Vermögensinteressen der Aktionäre beabsichtigt. *Noack* vertritt insoweit die Auffassung, dass bei Überschuldung keine Vermögenswerte vorhanden seien, die an die Aktionäre verteilt werden könnten und es dementsprechend sinnwidrig sei, der Hauptversammlung Kompetenzen zuzubilligen. Ein zweistufiges Verfahren dergestalt, dass zuerst die Gesellschaftsorgane und dann der Gläubigerausschuss beschließen müssten, bedürfe einer inneren Rechtfertigung schon allein wegen des Aufwandes, der mit dem Zusammentritt einer Hauptversammlung verbunden ist.⁴⁴

Dieser Ansatz erscheint insofern kritikwürdig, als dass die innere Rechtfertigung in der gesellschaftsrechtlichen Struktur des Schuldners liegt. Überzeugender erscheint es, eine umgekehrte Rechtfertigungslast dergestalt anzunehmen, dass eine Abweichung von den gesellschaftsrechtlichen Regelungen gerechtfertigt werden muss und nicht deren Befolgung. Das gelingt aber unter Hinweis auf die zuvor beschriebene Zielrichtung des Insolvenzrechts, der anteiligen Befriedigung in einem geordneten (Eigenverwaltungs-)Verfahren. Im Rahmen von Sanierungsfällen ist der Zeitfaktor oft von entscheidender Bedeutung. Verlöre man in einer derart wichtigen Situation Zeit im Rahmen der Entscheidungsfindung durch die förmliche Einberufung der Hauptversammlung, würden die Ausgliederung und Übertragung von überlebensfähigen Unternehmensteilen massiv erschwert und dadurch Gläubigerinteressen berührt. Gerade die Fortführung von Unternehmensteilen ist jedoch ein wichtiges rechtspolitisches Ziel der Insolvenzrechtsreform. Im Ergebnis wird man deswegen wohl feststellen müssen, dass „Holzmüller“ den Vorstand in der Eigenverwaltung nicht beschränken darf. Hier greift – wie auch im Regelinsolvenzverfahren – die Dominanz des Insolvenzrechts gegenüber dem Gesellschaftsrecht. Es gilt auch hier der allgemeine insolvenzrechtliche Grundsatz, dass die Gläubigerrechte den Rechten der Anteilseigner vorgehen.

⁴³ Vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1982, BGHZ 83, 122.

⁴⁴ So *Noack*, ZIP 2002, 1873, 1878.

VI. Ausblick

Das Instrument der Eigenverwaltung wird auch fünf Jahre nach seiner Einführung durch viele Insolvenzgerichte und Teile der Literatur skeptisch betrachtet. Die Motive dieser Skepsis sind unterschiedlicher Natur: Sie reichen von der teilweise erkennbar eigennützigen Ablehnung durch manche Insolvenzverwalter bis hin zum tief verwurzelten Misstrauen gegenüber dem Schuldner im kontinentalen Rechtsraum. Dessen ungeachtet beginnt sich vermehrt die Erkenntnis durchzusetzen, dass in bestimmten Konstellationen durch die Eigenverwaltung eine gleichwertige und im Idealfalle sogar bessere Gläubigerbefriedigung erreicht werden kann als im Regelinsolvenzverfahren. Hinzu kommt, dass durch die Eigenverwaltung auch dem Sanierungsgedanken Rechnung getragen werden kann. Zu dem schon feststellbaren Meinungsumschwung haben nicht zuletzt die beiden Großverfahren *Babcock Borsig AG* und *KirchMedia GmbH & Co. KGaA* beigetragen. Gerade bei Insolvenzen in komplexeren Konzernstrukturen sowie bei rechtlich frühzeitig begleiteten Unternehmensinsolvenzen wird die Eigenverwaltung in Zukunft eine verstärkte Rolle spielen.

Probleme des Reorganisationsverfahrens: Bewertung, best interest test und Verlustvorträge

Von *Jochen Drukarczyk**

I. Einführung

Chapter 11 BC mit der Titelüberschrift „Reorganization“ ist u. a. Vorbild für das Insolvenzverfahren gemäß §§ 217 ff. InsO gewesen. Zweck dieses Beitrages ist es, ausgewählte Problembereiche der Reorganisation im amerikanischen und deutschen Recht zu beleuchten. Die Behandlung von Aspekten des Reorganisationsverfahrens auf theoretischer Ebene ist keinesfalls langweilig, für Studierende und Praktiker, auf die dieser Vortrag abstellt, aber in der Regel zu abstrakt; für diese empfiehlt es sich, die Diskussion mit einer Fallstudie zu kombinieren oder jedenfalls mit Daten zu unterfüttern. Dieser Weg wird hier beschritten. Ich benutze die Insolvenz von Continental Airlines von 1992, um Aspekte des Reorganisationsverfahrens im amerikanischen und deutschen Recht aufzugreifen und zu diskutieren. Die relevanten Daten entnehme ich der von St. C. Gilson vorgelegten Fallstudie¹ und den vom insolventen Unternehmen an die Security and Exchange Commission einzureichenden 10-k-Reports.² Diese Daten sind äußerst hilfreich für die Erläuterung der im Folgenden zu diskutierenden Aspekte, sind jedoch nicht hinreichend vollständig, um einen allen Aspekten genügenden Reorganisationsplan abzuleiten. Datenlücken werden daher bei Bedarf durch Annahmen geschlossen. Auf diese Annahmen wird im Text hingewiesen. Behandelt werden das prinzipielle Bewertungsproblem, Probleme der cramdown-Regelung gemäß Art. 1129 BC beziehungsweise des Obstruktionsverbotes im Sinne von § 245 InsO und Aspekte der Nutzung von Verlustvorträgen.

* Für technische Unterstützung danke ich Florian Egger.

¹ Vgl. *Gilson*, St. C. (2001), *Creating Value through Corporate Restructuring*, S. 83–109.

² Annual Reports pursuant to section 13 or 15 (d) of the Securities Exchange Act of 1934 von Continental Airlines für die Jahre 1992 und 1993.

II. Vorgeschichte und relevante Daten des Beispiel-Unternehmens

1. Vorgeschichte

Das Unternehmen Continental Airlines (im Folgenden CA) wurde 1934 gegründet. Die Gesellschaft baute ein dichtes Flugnetz vorrangig in den USA auf. 1980 übernahm Texas Air Corp. im Wege einer feindlichen Übernahme 51 % der Anteilsrechte. 1983 beantragte das Management die Eröffnung eines Verfahrens nach Chapter 11 BC und nutzte dies insbesondere, um die überdurchschnittlichen Lohn- und Gehaltszahlungen der Mitarbeiter zu reduzieren. CA verlässt Chapter 11 im Jahre 1986 und gilt zunächst als erfolgreich: Die Umsatzerlöse steigen von 1.400 Mio. \$ auf 6.700 Mio. \$ in 1990; die Bilanzsumme steigt von 1.300 Mio. \$ auf 7.700 Mio. \$. Ende 1990 ist CA die fünftgrößte US-Fluggesellschaft. Die Finanzierung erfolgt zu einem erheblichen Teil über Fremdkapital: Der Verschuldungsgrad zu Marktwerten liegt seit 1986 über 0,8, während der Branchendurchschnitt knapp 0,6 beträgt. Zugleich gilt CA als Fluggesellschaft mit attraktiver Kostenstruktur; die Kosten per „seat mile“ werden auf 8,6 cents beziffert; der Branchendurchschnitt liegt bei 9,6 cents. Die Heimatflughäfen von CA sind „low density airports“ (Newark, Houston, Denver); 82 % der Mitarbeiter sind nicht gewerkschaftlich organisiert.

Im Gefolge der Kuwait-Krise verdoppeln sich die Treibstoffkosten innerhalb weniger Monate. Der so genannte Sitzladefaktor sinkt rapide; die Liquiditätsposition verschlechtert sich sehr schnell. Die Jahresfehlbeträge sind: 1989 – 885,6 Mio. \$; 1990 – 2.343,9 Mio. \$. Am 3. Dezember 1990 stellt das Management Antrag auf Eröffnung eines (zweiten) Reorganisationsverfahrens gemäß Chapter 11 BC.³ Ein Versuch von Sanierungsverhandlungen außerhalb des Reorganisationsverfahrens (workout) ist wegen der Komplexität der Finanzierungsverträge, die zahlreiche covenants enthielten, und der großen Zahl von Gläubigern vom Management nicht gestartet worden. CA verfügt in 1990 über 319 Großraumflugzeuge und 85 Kurzstrecken-Maschinen.⁴ 74 % der Flugzeuge sind geleast. Das Durchschnittsalter der Flotte betrug ca. 14 Jahre; der Branchendurchschnitt lag bei 9,3 Jahre.⁵

Die kumulierten steuerlichen Verluste (net operating losses, NOL) betragen (nach Nutzung aller Verlustrücktragungsmöglichkeiten) ca. 1.900 Mio. \$. Zum Zeitpunkt der Antragstellung hatte CA 38.300 Mitarbeiter.

³ Der Eigenantrag des Managements der insolvenzbedrohten Airline stellt in den USA den Regelfall dar. Der Nachweis, dass ein Insolvenztatbestand vorliegt, muss nicht geführt werden. CA weist total assets im Wert von 4,8 Mrd. \$ und Verbindlichkeiten von 5,9 Mrd. \$ nach. Nach deutschem Recht wäre CA überschuldet im Sinne von § 19 InsO, wenn man zusätzlich drohende Zahlungsunfähigkeit unterstellt.

⁴ 10-k Report für 1992, S. 17 – 19.

⁵ Zum Vergleich: Das Durchschnittsalter der Flotte der Lufthansa betrug in 1990 5,4 Jahre.

2. Maßnahmen des Managements vor Erstellung des Reorganisationsplans

Im US-amerikanischen Reorganisationsverfahren bleibt das Management des insolventen Unternehmens regelmäßig im Amt. Die Ernennung eines Verwalters (trustee) ist der Ausnahmefall. Die debtor-in-possession-Position ist mit dem Vorrecht ausgestattet, das alleinige Entwicklungsrecht für einen Reorganisationsplan während 120 Tagen nach Eröffnung zu haben (§ 1121 (6) BC). Diese Frist wurde im vorliegenden Fall vom Gericht mehrfach verlängert.

Das Management von CA erreichte in Verhandlungen vor der Vorlage eines Reorganisationsplanes insbesondere die folgenden Vorteile beziehungsweise Änderungen bestehender Verträge:⁶ Es gelingt, einen so genannten DiP-Kredit⁷, der mit einer superpriority im Sinne von § 364 BC ausgestattet ist, in Höhe von 120 Mio. \$ auszuhandeln. Zinszahlungen und Zinslauf auf ungesicherte Gläubigeransprüche und Gläubigeransprüche, die durch die zugehörigen Sicherungsrechte nicht gedeckt sind, werden ausgesetzt. Es gelingt, die Leasingzahlungen an Leasinggeber stark zu reduzieren und zeitlich aufzuschieben. Nach § 365 BC hat der Leasingnehmer innerhalb von 60 Tagen nach Verfahrenseröffnung zu entscheiden, ob er den gegenseitigen Vertrag erfüllt oder nicht. Lehnt er die Erfüllung ab, wird der Anspruch des Leasinggebers zu einem ungesicherten Anspruch. Andererseits kann der Leasinggeber nach § 1010 BC Herausgabe von Flugzeugen verlangen, wenn der Leasingnehmer nicht Zahlungsrückstände innerhalb von 60 Tagen nach Verfahrenseröffnung heilt.⁸ Es lässt sich aus den vorliegenden Unterlagen nicht verlässlich rekonstruieren, warum es CA gelang, wesentlich günstigere Zahlungsbedingungen gegenüber den Leasinggebern durchzusetzen. Ein nicht unwichtiger Grund könnte darin bestehen, dass im Zeitraum 1990 – 1992 ca. 20 % der gesamten US-amerikanischen Flugkapazität von Gesellschaften gemanagt wurde, die insolvenznah waren oder bereits unter dem Schutzschirm von Chapter 11 BC operierten. Vor diesem Hintergrund war ein Rückzug eines Leasinggebers durch Herausgabeverlangen vermutlich nicht attraktiv, da die Alternative im Parken des Fluggerätes in der Wüste von Arizona bestanden haben könnte.⁹

3. Gebote von Investoren

Das Management von CA wirbt um neue Investoren, da der DiP-Kredit und das Zurückschneiden der Leasingverpflichtungen und der ungesicherten Forderungen

⁶ Vgl. *Gilson*, St. C. (2001), S. 87 – 89.

⁷ Es handelt sich um einen debtor-in-possession Kredit.

⁸ Vgl. auch 10-k-Report 1992, S. 5.

⁹ Außerdem hatte der Bankruptcy Court – das Verfahren ist in Delaware eröffnet worden – die in § 365 C definierte Frist verlängert bis zum Zeitpunkt der Planbestätigung. Vgl. 10-k-Report 1992, S. 5.

nicht ausreichend erschien, um die Finanzierung der Fortführung zu sichern. Details der abgegebenen Angebote werden hier nicht ausgebreitet, da sie nicht den Kern der folgenden Überlegungen berühren. Das vom Management favorisierte Gebot bestand im Angebot von „Air Partners“ und „Air Canada“, das – unter einer Reihe von Bedingungen¹⁰ – die Bereitstellung von zunächst 310 Mio. \$ Fremdkapital mit Besicherung und den Einschuss von rund 360 Mio. Eigenkapital gegen neue Aktien vorsah.¹¹

III. Problemaufbereitung

1. Anforderungen an das Ergebnis der Reorganisation

Das Management von CA wollte im Rahmen der Reorganisation die folgenden Ziele erreichen:

- Verjüngung der Flotte,
- Modernisierung der Kollisionswarn- und Anti-Scherwind-Systeme,
- Erweiterung des Flugnetzes mit Unterstützung einer zweiten Fluggesellschaft,
- Nutzung der aufgelaufenen Verlustvorträge,
- ungesicherte Ansprüche von Gläubigern und Ansprüche der Altaktionäre werden im Reorganisationsplan nicht berücksichtigt,¹²
- womit der Verschuldungsgrad der Gesellschaft reduziert würde.

2. Plandaten

Tabelle 1 stellt die Plandaten aus der Sicht des Managements dar.¹³ Berechnet werden ausschüttungsfähige Beträge beziehungsweise notwendige Kapitaleinlagen bei Eigenfinanzierung unter Beachtung eines zu Beginn der Periode 1993 bestehenden Verlustvortrages von 1.900 Mio. \$. Berücksichtigt wird ausschließlich die Körperschaftsteuer in Höhe von $s_K = 0,34$. Einkommensteuern werden nicht beachtet. Die in Zeile (2) ausgewiesenen operativen Aufwendungen enthalten die Leasingraten für die in Vorverhandlungen modifizierten Altverträge und die geplanten im Wege des Leasing zu finanzierenden Neuanschaffungen von Flug-

¹⁰ Vgl. hierzu 10-k-Report 1992, S. 7.

¹¹ Der Investor verlangt außerdem 10 von 16 Sitzen im Board. Er erhält außerdem warrants zum Bezug von 11 Mio neuen Aktien. Die exakten Bezugsbedingungen konnten nicht ermittelt werden. Die Ausübung der Bezugsrechte ist in der oben genannten Summe unterstellt.

¹² Vgl. 10-k-Report 1992, S. 7.

¹³ Vgl. *Gilson*, St. C. (2001), Anhänge 3.8 und 3.9, S. 105/106. Die Daten werden vom Verfasser z.T. modifiziert und fortgeschrieben.

Tabelle 1

**Entwicklung der Free Cash Flows (FCF) bei Eigenfinanzierung
unter Beachtung des Verlustvortrages (NOL = 1.900)**

	1993	1994	1995	1996	1997
(1) Operative Erträge	5.875,0	6.882,6	7.720,7	7.952,3	8.190,8
(2) Operative Aufwendungen	5.727,7	6.543,3	7.149,7	7.364,2	7.585,1
(3) Korrektur Zinsaufwand in Leasingraten ¹⁴	31,8	128,2	265,4	265,4	265,4
(4) Operatives Ergebnis: (1)–(2)+(3)	179,1	467,5	836,4	853,5	871,1
(5) Sonstige betriebliche Erträge	29,6	45,5	65,8	67,8	69,8
(6) Erfolg vor Zinsen und Steuern (EBiT)	208,7	513,0	902,2	921,3	940,9
(7) Steuern ($s_K = 0,34$); NOL = 1.900	–	–	–	219,4 ¹⁵	319,9
(8) Abschreibungen	199,0	233,6	256,5	n.b.	n.b.
(9) Auszahlungen für Investi- tionen (ohne Flugzeuge)	271,2	264,1	221,7	163,4	168,3
(10) Auszahlungen für Flugzeuge	383,4	1.352,4	1.403,5		
(11) Investitionen im UV	5,0	5,0	5,0	5,2	5,4
(12) FCF: (6)–(7)+(8)–(9)–(10)–(11)	–251,9	–874,9	–471,5	533,3	447,3

geräten. Will man die Bewertung des Unternehmens mittels des APV-Ansatzes vornehmen¹⁶ und somit im ersten Lösungsschritt den Wert bei ausschließlicher Eigenfinanzierung ermitteln, muss man die operativen Überschüsse von den impliziten, in Leasingraten enthaltenen Zinslasten befreien. Dies ist die Funktion von Zeile (3). Das in Zeile (4) ausgewiesene operative Ergebnis ist somit das GuV-Ergebnis vor Steuern bei Eigenfinanzierung, wenn man unterstellt, dass die Belastung mit den um den (impliziten) Zinsaufwand verkürzten Leasingraten der Belastung der Abschreibung bei Kauf der Flugzeuge entspräche. Die Steuerzahlungen werden unter Berücksichtigung des Verlustvortrages von 1.900 Mio. \$ berechnet. Nach Addition der Abschreibungen und Abzug der Investitionen in Bodenanlagen, Fluggerät und Umlaufvermögen weist Zeile (12) die finanziellen Defizite beziehungsweise Überschüsse aus. Die verfügbaren Daten lassen nicht erkennen, wie die Auszahlungen für Investitionen in Bodenanlagen und Fluggerät ab 1996 ff. aussehen könnten. Diese Wissenslücke wird durch die Annahme geschlossen, dass die Investitionsauszahlungen die Abschreibungen um 0,03 BS_{t-1} , also um 3 % der

¹⁴ Vgl. Tabelle 2.

¹⁵ $[921,3 - (1.900 - 208,7 - 513,0 - 902,2)] 0,34 = 219,4$.

¹⁶ Vgl. zur Arbeitsweise des APV-Ansatzes im Rahmen verschiedener Steuerregime *Drukarczyk, J. (2003), S. 209–258*.

Bilanzsumme der Vorperiode übersteigen.¹⁷ Unterstellte man eine – unten zu erläuternde – geforderte Rendite der Eigentümer bei Eigenfinanzierung von 12,13 % und ein Nullwachstum ab 1997, erhielte man einen Wert des Unternehmens bei Eigenfinanzierung (V^E) zum 01. 01. 1993 von 1.415 Mio. \$.

Tabelle 2 erläutert die Entwicklung des Fremdkapitalbestandes im Zeitablauf und begründet die in Tabelle 2, Zeile (3) vorgenommene Korrektur des operativen Ergebnisses um die Zinsanteile in den von CA zu leistenden Leasingraten.

Der in den Reorganisationsplan aufzunehmende Fremdkapitalbestand¹⁸ in 1992 setzt sich zusammen aus a) den gesicherten Ansprüchen von Altgläubigern (1.472 Mio. \$),¹⁹ 120 Mio. \$ DiP-Kredit, 8 Mio. \$ Fremdkapitalaufnahme zur Finanzierung von Sachanlagevermögen und 131 Mio. \$ von später zu tilgenden Leasingraten. Dieser Anfangsbestand erhöht sich um die Auszahlungen für Flugzeuge²⁰ (Zeile (2)), die Auszahlungen für Bodenanlagen (Zeile (3)), soweit sie durch Kredite finanziert werden²¹ und durch Fremdfinanzierung, die der Neu-Investor bewirkt. Der Bestand sinkt um die geplanten Tilgungen.²² Die zeitliche Entwicklung des Fremdkapitalbestandes wird nun benutzt, um die periodische Zinslast einschließlich der impliziten Zinsanteile in den Leasingraten zu schätzen. Die Verbindlichkeiten von CA sind mit B geratet. Der relevante Zinssatz für B-Verbindlichkeiten in 1992 beträgt etwa 10 %. Der periodische Zinsaufwand könnte somit gemäß $[F_{t-1} + F_t] \cdot 0,5 \cdot 0,10$ geschätzt worden. Zieht man von dieser Schätzung die in der Plan-GuV ausgewiesenen Zinsaufwendungen ab²³ – sie werden in Zeile (7) der Tabelle 2 ausgewiesen – erhält man eine überschlägige Schätzung der in den Leasingraten enthaltenen Zinsanteile. Die gesamte zu erwartende Zinslast wird in Zeile (9) ausgewiesen. Sie ist so dimensioniert, dass sie einem Zinssatz von 10% auf den durchschnittlichen Fremdkapitalbestand entspricht.

Auf Stufe 2 eines APV-Bewertungskalküls sind die steuerlichen Vorteile, die aus dem Einsatz verzinslichen Fremdkapitals resultieren, zu berechnen und zu bewerten. Tabelle 3 weist diese steuerlichen Vorteile in Zeile (5) unter der Annahme aus, dass die prinzipiell zustandsabhängigen steuerlichen Bemessungsgrundlagen der Perioden 1996 ff. die steuerliche Abzugsfähigkeit der Zinsaufwendungen gestatten.²⁴

¹⁷ Die Bilanzsumme der Planbilanz zum Ende der Periode 1995 beträgt ca. 5.447 Mio. \$; $0,03 \cdot 5.447 = 163,4$.

¹⁸ Der Antrag auf Verfahrenseröffnung erfolgte am 3. 12. 1990. Die oben dargestellten Planungen erfolgen aus der Sicht am Ende der Periode 1992.

¹⁹ Vgl. *Gilson*, St. C. (2001), Anhang 3.3.

²⁰ Die neuen Flugzeuge werden über Finanzierungsleasingverträge finanziert. Hier wird vereinfachend angenommen, dass die Finanzierungslast von CA den geplanten Investitionsauszahlungen entspricht.

²¹ Vgl. *Gilson*, St. C. (2001), Anhang 3.9.

²² Vgl. *Gilson*, St. C. (2001), Anhang 3.9.

²³ Vgl. *Gilson*, St. C. (2001), Anhang 3.8.

²⁴ Die Bewertung von CA im Rahmen der Reorganisation wirft die Frage auf, wie Finanzierungsleasingverträge zu behandeln und zu bewerten sind. Vgl. hierzu etwa *Drukarczyk*, J.

Tabelle 2

Entwicklung der Fremdkapitalbestände und implizite Zinslast

	1992	1993	1994	1995	1996	1997
(1) Bestand Fremdkapital in 1992	1.731					
(2) Auszahlungen für Flugzeuge	–	383,4	1.352,4	1.403,5	–	–
(3) FK-finanzierte andere Investitionen	–	69,4	95,6	57,0	–	–
(4) Tilgungen	–	96,0	343,6	278,8	278,8	278,8
(5) Erhöhung Fremdkapital durch Neuinvestor	–	325,0	–	–	–	–
(6) Bestand Fremdkapital: $Ft-1+(2)+(3)-(4)+(5)$	–	2.412,8	3.517,2	4.698,9	4.420,1	4.141,3
(7) Explizite Zinsaufwendungen	–	175,4	168,3	145,4	190,5	162,7
(8) Implizite Zinsen in Leasingraten	–	31,8	128,2	265,4	265,4	265,4
(9) Summe aus (7) + (8)	–	207,2	296,5	410,8	455,9	428,1

Tabelle 3

Berechnung der steuerlichen Vorteile, bedingt durch die Abzugsfähigkeit von expliziten und impliziten Zinsaufwendungen

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
(1) Entwicklung von NOL bei Eigenfinanzierung	1.900	1.691,3	1.178,3	276,1	0	0	0	0
(2) Expliziter und impliziter Zinsaufwand	–	207,2	296,5	410,8	455,9	428,1	414,1 ²⁵	414,1
(3) SBG_t bei Eigenfinanzierung nach Verrechnung NOL	0	0	0	0	645,2 ²⁶	940,9	969,1	998,2
(4) Kumulierter, noch zu verrechnender Zinsaufwand	–	207,2	503,7	914,5	725,2	212,4	0	0
(5) Steuerliche Vorteile aus Verrechnung des Zinsaufwands	–	–	–	–	219,4	319,9	213,0 ²⁷	140,8 ²⁸

(2003), S. 295–298. Die hier vorgenommene Behandlung der Finanzierungsleasingverträge, die ausschließlich versucht, die steuerlichen Vorteile auf die in Leasingraten enthaltenen Zinsanteile zu erfassen, ist ungenau, weil sie wertrelevante Abweichungen zwischen Leasing und Kauf, verknüpft mit einer alternativen Finanzierung, unbeachtet lässt. Genauere Rechnungen sind im hier vorliegenden Fall nicht möglich, da Leasingraten, Laufzeiten, Behandlung der Restverkaufserlöse und Abschreibungsmodalitäten der Flugzeuge nicht bekannt sind.

3. Was ist zu verteilen?

Im Reorganisationsverfahren sind unter strikter Beachtung der Vorinsolvenzrechte Zahlungsansprüche an Anspruchsinhaber zuzuordnen. Verteilt werden Anteile an Barwerten. Dazu muss man zuerst ermitteln, was überhaupt zu verteilen ist. Das überhaupt zu Verteilende ist der Unternehmensgesamtwert, der im Folgenden mit V^F bezeichnet wird. In den Tabellen 4 und 5 werden der Wert der Gesellschaft bei Eigenfinanzierung und der Wert der steuerlichen Vorteile aus dem Einsatz von verzinslichem Fremdkapital und Leasingverträgen unter alternativen Annahmekonstellationen berechnet. Die risikolose Rendite i entspricht der Verzinsung einer US-amerikanischen Bundesanleihe mit 30-jähriger Laufzeit. Die Marktrisikoprämie (MRP) wird mit Werten zwischen 5 und 7% und damit im Vergleich zu Beispielen in amerikanischen Lehrbüchern vorsichtig angesetzt. β^U ist das um Finanzierungseinflüsse bereinigte Branchen-Beta. Da Insolvenz vorliegt, könnte diese Größe zu niedrig angesetzt sein.

Tabelle 4

Berechnung des Wertes bei Eigenfinanzierung zum 01. 01. 1993 (V^E) bei unterschiedlichen Parameterkonstellationen

Konstellation	1	2	3	4	5	6
(1) Risikolose Rendite i	0,0769	0,0769	0,0769	0,0769	0,0769	0,0769
(2) MRP	0,07	0,07	0,06	0,06	0,05	0,05
(3) β^U	0,74	0,74	0,74	0,74	0,74	0,74
(4) k	0,1287	0,1287	0,1213	0,1213	0,1139	0,1139
(5) Wachstumsrate g ab 98 ff.	0,03	0,04	0,03	0,04	0,03	0,04
(6) $I_t - Ab_t$ ab 1996 ²⁹	163,4 ³⁰	272,4 ³¹	163,4	272,4	163,4	272,4
(7) V^E , 93 – 97	–665,1	–795,0	–665,2	–799,1	–665,2	–803,0
(8) V_{97}^E	4.667,9	3.896,2 ³²	5.047,6	4.250,9	5.492,8	4.676,5
(9) V_{93}^E	1.883,1	1.331,9	2.182,4	1.599,0	2.537,8	1.924,0

²⁵ Das Fremdkapitalvolumen zum Ende von 1997 (4.141,3) wird beibehalten.

²⁶ $\text{EBiT}_{96} - \text{nicht genutzter NOL} = 921,3 - 276,1 = 645,2$.

²⁷ Der kumulierte (noch nicht verrechnete) Zinsaufwand Ende 1997 ist 212,4. Wegen $\text{EBiT}_{98} = 969,1$, beträgt der steuerliche Vorteil aus der Zinsverrechnung 0,34 (212,4 + 414,1) = 213.

²⁸ In Tabelle 3 wird angenommen, dass EBiT ab 1997 mit $g = 0,03$ steigt. In 1999 kann der Zinsaufwand steuerlich geltend gemacht werden. Der steuerliche Vorteil ist 140,8.

²⁹ Betrag wächst ab 1996 mit g .

³⁰ Entspricht $0,03 \cdot \text{BS}_{t-1} = 0,03 \cdot 5.447 = 163,4$.

³¹ Entspricht $0,05 \cdot \text{BS}_{t-1} = 0,05 \cdot 5.447 = 272,4$.

³² $[447,3 + 168,3 - 272,4 \cdot 1,04] \cdot 1,04 \cdot \frac{1}{0,1287 - 0,04} = 3.896,2$. Die Reinvestitionsrate des Jahres 1996 beträgt zwar 5 % der Bilanzsumme, wächst aber nur mit 4 %.

Die Größe k (Zeile (4)) bezeichnet die geforderte Rendite der Eigentümer bei Eigenfinanzierung. Zeile (9) weist die zugehörigen Unternehmenswerte bei Eigenfinanzierung aus. Tabelle 4 belegt, dass relativ bescheiden erscheinende Parameteränderungen deutliche Wertveränderungen bewirken.

Tabelle 5 fügt zum Wert bei Eigenfinanzierung den Wert steuerlicher Vorteile (ΔV) hinzu. Dieser berechnet sich als Barwert der in Tabelle 3, Zeile (5) ausgewiesenen Vorteile. Als Diskontierungssatz wird $i_V = 0,10$ benutzt. ΔV beträgt 1.263,5.

Tabelle 5

**Unternehmensgesamtwert (V^F) und Wert des Eigenkapitals (E^F)
bei unterschiedlichen Parameterkonstellationen**

	1	2	3	4	5	6
(1) MRP	0,07	0,07	0,06	0,06	0,05	0,05
(2) K	0,1287	0,1287	0,1213	0,1213	0,1139	0,1139
(3) $I_t - Ab_t$ in 1996	163,4	272,4	163,4	272,4	163,4	272,4
(4) G	0,03	0,04	0,03	0,04	0,03	0,04
(5) V^E	1.883,1	1.331,9	2.182,4	1.599,0	2.537,8	1.924,0
(6) ΔV	1.263,5	1.263,5	1.263,5	1.263,5	1.263,5	1.263,5
(8) $V^F = V^E + \Delta V$	3.146,6	2.595,4	3.445,9	2.862,5	3.801,3	3.187,5
(9) $E^F = V^F - F^{33}$	1.090,6	539,4	1.389,9	806,5	1.745,3	1.131,5

4. Vorinsolvenzrechte und Anspruchszuordnung

Angenommen, Konstellation 3 mit $V^F = 3.445,9$ gälte als besonders glaubwürdig. Gesicherten Altgläubigern stehen Ansprüche in Höhe von 1.731 zu; der Neu-Investor hält besicherte Ansprüche aus Kreditverträgen in Höhe von 325. Die Ansprüche ungesicherter Gläubiger betragen 3.484.³⁴ Die Ansprüche von Alteigentümern sind folglich erloschen, wenn die vertragliche beziehungsweise gesetzliche Anspruchsrangfolge eingehalten wird. Nicht Alt- beziehungsweise Neugläubigern zustehende Ansprüche sind aufzuteilen auf ungesicherte Gläubiger und den Eigenkapital von ca. 360 Mio. einschließenden Neu-Investor. Der Liquidationswert der Vermögensgegenstände des Unternehmens wird in Höhe von 2.355 vor Liquidationskosten veranschlagt.

³³ $F_0 = 1.731 + 325 = 2.056$.

³⁴ Vgl. Gilson, St. C. (2001), Anhang 3.3. Die Kosten der Reorganisation in Höhe von 27,7 Mio. \$ (1991) und 30 Mio. \$ (1992) bleiben unberücksichtigt. Vgl. 10-k-Report (1992), S. 5.

IV. Problembehandlung

1. Einführung

Zahlreiche Aspekte des skizzierten Verfahrens entsprechen der in der Literatur geäußerten Kritik am Verfahren nach Chapter 11: Das Verfahren dauert (zu) lange; die direkten Kosten der Insolvenz sind hoch; sie betragen bezogen auf die konstellationsabhängigen Werte des Eigenkapitals zwischen 3 und 8 %.³⁵ Die Debtor-in-possession-Position des Managements, verbunden mit dem alleinigen Vorlagerecht eines Reorganisationsplans, wird von Gerichten in der Regel großzügig ausgedehnt. Das Unternehmen verlässt das Verfahren sehr häufig mit ungünstiger Kapitalstruktur. Das oben aufgespannte Bewertungskalkül macht eindringlich klar, welches Einspruchspotential sich nachrangigen Anspruchsinhabern bietet, um das Bewertungsergebnis hochzuhebeln, um so die eigene Position attraktiver zu gestalten.³⁶

2. Obstruktionsverbot, Minderheitenschutz und „best interest test“

Der Bankruptcy Code enthält in § 1129 BC die so genannten cram-down-Regeln (confirmation of plan“) in Form von 13 Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit das Gericht einen Gläubigern zur Abstimmung vorgelegten Plan bestätigen kann, und zwar auch dann, wenn eine oder mehrere Klassen (Gruppen) von Gläubigern dem Plan nicht zugestimmt haben. Es ist diese Regelung, die das Vorbild für das „Obstruktionsverbot“ des § 245 InsO abgab. Die Regelung definiert die Untergrenze des Anspruchs, den ein Plan mindestens erfüllen muss, die Obergrenze des Anspruchs, die Anspruchsrangfolge, die im wesentlichen die Vorinsolvenzrechte reflektiert und eine Gleichbehandlungsregel für Ansprüche mit gleichem Rang. Ich stelle im Folgenden die deutsche Regelung dar, die im Ergebnis vergleichbar mit der amerikanischen Vorschrift ist, aber eine klarere Struktur hat.

Zwei Eigenschaften fallen auf: (1) Ein wichtiger Bezugspunkt ist die Position, die Gläubiger bei Liquidation der Gesellschaft hätten; (2) das Verteilbare wird gemäß der Rangfolge der vertraglichen Rechte verteilt, bis das Verteilbare erschöpft ist. Es gilt die „absolute priority rule“. Insofern ist das Nein eines Gläubigers beziehungsweise einer Gläubigerklasse zu einem Plan u. a. dann unbeachtlich, wenn kein nachrangiger Positionsinhaber gemäß Plan einen wirtschaftlichen Wert erhält.³⁷ Eigenschaft 1, die in der amerikanischen Literatur auch als „best interest test“ bezeichnet wird, soll sicherstellen, dass kein Anspruchsinhaber zu Fortfüh-

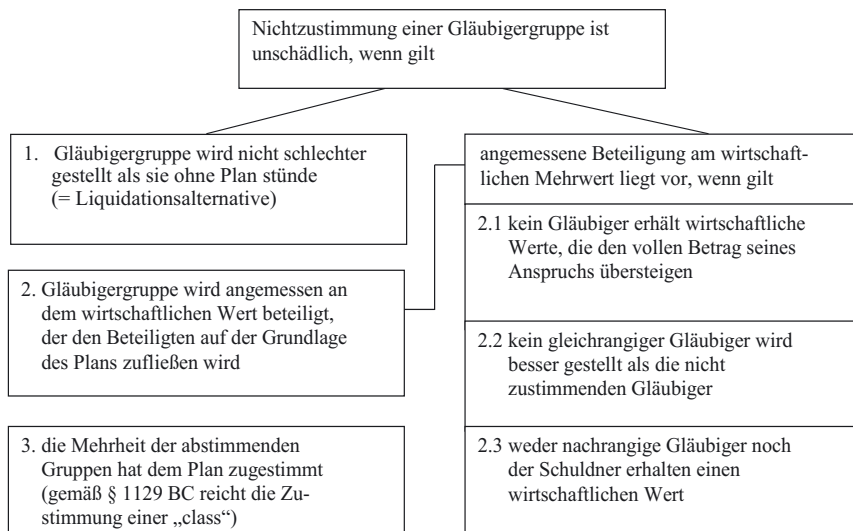
³⁵ Bezogen auf den Unternehmensgesamtwert betragen die direkten Kosten zwischen 1,5 und 2,1 %.

³⁶ Vgl. zu Verbesserungsvorschlägen z. B. *Bebchuk*, L.A. (1986); *Aghion*, Ph./*Hart*, O.E./*Moore*, J. (1993) (1994).

³⁷ Und kein vorrangiger Gläubiger mehr erhält als ihm zusteht.

rungsopfern, zu der die Mehrheit einer Klasse (Gruppe) bereit sein könnte, gezwungen werden kann. Die InsO verankert dieses Prinzip in § 251 InsO als individuelles Gläubigerrecht: Die Bestätigung des Plans ist ausgeschlossen, wenn ein Gläubiger glaubhaft macht, dass er durch den Plan schlechter gestellt wird, als er ohne Plan stünde.

Tabelle 6

Struktur des Obstruktionsverbotes (der cram-down-Regeln)

Die Beachtung dieses Prinzips bringt den Reorganisationsplan im obigen Fall zunächst nicht ins Wanken. Tabelle 7 stellt für die verschiedenen Parameterkonstellationen die ökonomischen Folgen für ungesicherte Gläubiger im Reorganisationsfall beziehungsweise Liquidationsfall dar. Erhielten ungesicherte Gläubiger die Gesamtheit der neu auszugebenden Aktien, womit die Alteigentümer ausgeschieden wären, ist ihre Zustimmung zum Reorganisationsplan in allen sechs Parameter-Konstellationen zu erwarten. Hierbei vereinfacht die Annahme, dass alle Ansprüche ungesicherter Gläubiger in einer Klasse (Gruppe) zusammengefasst sind, die Argumentation.

Die Lage ändert sich, weil den Neu-Investoren ein Teil der neu zu emittierenden Aktien übereignet werden muss. Der 10-k-Report von 1992 berichtet, dass die Neu-Investoren 54,4 % der neuen Aktien erhalten sollen.³⁸ Damit sinkt der anteilige Wert der ungesicherten Gläubiger auf die in Zeile (7) ausgewiesenen Werte. Ihre Zustimmung i. S. d. „best interest test“ hängt nun von der Konstellation ab,

³⁸ Gegen eine (z.T. bedingte) Einzahlung von ca. 360 Mio \$.

die als besonders glaubwürdig gilt. Immerhin würden ungesicherte Gläubiger noch unter vier der sechs Parameterkonstellationen zustimmen.

Tabelle 7

Struktur des „best interest test“

	1	2	3	4	5	6
(1) Ansprüche gesicherter Gläubiger	2.056 ³⁹	2.056	2.056	2.056	2.056	2.056
(2) Ansprüche ungesicherter Gläubiger	3.484	3.484	3.484	3.484	3.484	3.484
(3) Liquidationswert nach Verwertungskosten	2.190 ⁴⁰	2.190	2.190	2.190	2.190	2.190
(4) Anteil ungesicherter Gläubiger am Liquidationswert	459 ⁴¹	459	459	459	459	459
(5) Wert des Eigenkapitals	1.090,6	539,4	1.389,9	806,5	1.745,3	1.131,5
(6) Anteil Neu-Investoren an (5)	593,3	293,4	758,4	438,7	951,5	615,5
(7) Anteil ungesicherter Gläubiger an (5)	497,3	246,0	635,7	367,8	797,6	516,0
(8) theoretisches Votum ungesicherter Gläubiger	+	–	+	–	+	+

Tabelle 7 macht auf ein weiteres Problem aufmerksam: Wie wird die Äquivalenz zwischen Leistung von Neu-Investoren und übereignetem Gegenwert in Form von Aktien am reorganisierten Unternehmen geprüft? Und was könnten ungesicherte Gläubiger gegen potentielle Übervorteilungen, eingefädelt durch ein überlebenswilliges Management, das auf Einvernehmen mit Neu-Investoren angewiesen ist,⁴² tun? Weder die cram-down-Regelung des § 1129 BC noch § 245 InsO sind unmittelbar hilfreich; beide befassen sich ausschließlich mit den Positionen von Altfinanciers. Sie könnten jedoch eine mittelbare Basis liefern. Den Einstieg in die Lösung liefert die Diskussion um die Bedingungen, unter denen Alteigentümern die Teilhabe am reorganisierten Unternehmen gestattet werden kann. Die amerikanische Auffassung wird unter dem Begriff „new value exception“ vertreten.⁴³

³⁹ $1.731 + 325 = 2.056$.

⁴⁰ 2.355 nach Verwertungskosten von 7%. Zur Höhe von Verwertungskosten vgl. etwa *Amg, J.S. / Chua, J.H. / McConnell, J.J.* (1982), S. 219–226; *Drukarczyk, J.* (1995), S. 40–56.

⁴¹ $2.190 - 1.731 = 459$. Besicherte Neukredite in Höhe von 325 entstehen erst bei Reorganisation.

⁴² Vgl. *Gilson, St. C. / Hotchkiss, E.S. / Ruback, R.S.* (2000), S. 43–74.

⁴³ Vgl. z. B. *Rusch, L.J.* (1992), S. 1311–1336; *Bailey, J.T.* (1993), S. 50–77; *Neville, D.* (1995), S. 465–484.

Richtungsweisend ist eine Entscheidung des Supreme Court of the United States von 1999.⁴⁴ Kernaussage ist, dass der Versuch, Alteigentümern Eigentumsrechte gegen eine Leistung zu überlassen, gegen den Widerstand einer höherrangigen Klasse nicht durchgesetzt werden kann, wenn die Festlegung des Gegenwertes keine Form von Markttest bestanden hat.⁴⁵ Nicht Insolvenzgerichte, sondern der Markt solle unter Wettbewerbsbedingungen entscheiden, ob der Gegenwert (der Leistung der Alteigentümer) dem Marktwert der ihnen belassenen Eigentumsrechte entspricht. Diese Überlegung kann analog auf den Eintritt neuer Eigentümer und die Bewertung von deren Eintrittspreis übertragen werden. Die Klasse ungesicherter Gläubiger hätte somit vor dem Hintergrund alternativer Gebote, die unter Wettbewerbsbedingungen zustande kommen, über einen Plan zu entscheiden. Es kommt deshalb erstens darauf an, die Rahmenbedingungen für ein Bieterverfahren zu schaffen. Ein zweites Problem besteht darin, dass das Management den Löwenanteil der Informationen bereitstellt, gestützt auf die Bieter ihre Gebote ableiten. Wenn das Management bestimmte Lösungen präferiert, so kann es Ausgänge via Informationsbereitstellung beeinflussen.⁴⁶ Gegenmittel gegen informationsbedingte Verzerrungen von Geboten sind noch zu erfinden.

3. Nutzung von Verlustvorträgen

Man kann nicht sagen, dass der deutsche Gesetzgeber die Nutzung von Verlustvorträgen durch sanierungsfähige Schuldner leicht macht. Auch die US-amerikanische Lösung hat ihre Tücken. Zwei Problemkreise sind auf den ersten Blick zu unterscheiden:

- a) Cancellation of indebtedness (COD) income: Der Schuldner realisiert „COD-income“, wenn Fremdkapital durch Aktien beziehungsweise neues Fremdkapital abgelöst wird und der Wert der neuen Wertpapiere unter dem Nominalwert des abgelösten Fremdkapitals liegt. COD-income ist zu versteuern.
- b) Die Verwertungsmöglichkeiten von Verlustvorträgen (net operating loss carryforwards, NOL) sind zeitlich und volumensmäßig begrenzt.

Zwischen beiden Problemkreisen bestehen Verknüpfungen. Zu besteuerns COD-income entsteht nicht, wenn a) der Schuldner im Insolvenzverfahren ist oder b) soweit der Betrag des COD-income die Differenz Nominalwert der Verbindlichkeiten minus Summe der Marktwerte der Vermögensgegenstände nicht übersteigt. Die eben definierte Differenz heißt „insolvency“.

⁴⁴ Bank of America National Trust and Savings Association v. 203 North LaSalle Street Partnership vom 3. Mai 1999.

⁴⁵ Vgl. auch Kommentierung zu § 245 InsO in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 2, München 2002, R. 78–88.

⁴⁶ Dass dies eine empirisch relevante Strategie ist, belegen *Gilson*, St.C. / *Hotchkiss*, E.S. / *Ruback*, R.S. (2000), S. 43–74.

Vermeidet der Schuldner das Entstehen von zu besteuern dem COD-income gemäß a) oder b), ist ein bestehender Verlustvortrag dennoch um das COD-income zu verkürzen.⁴⁷ Diese Kürzungsvorschrift gilt dann nicht, wenn „altes“ Fremdkapital gegen neue Aktien getauscht wird („stock-for-debt-exception“).

Ein Beispiel soll die Regelvielfalt erläutern: Angenommen, der alte Fremdkapitalbestand sei 100; der faire Marktwert der einzeln bewerteten Vermögensgegenstände sei 90; der mit „insolvency“ bezeichnete Parameter nimmt somit den Wert 10 an. Tauscht das Unternehmen Fremdkapital alt (100) gegen Fremdkapital neu mit einem Marktwert von 75, entsteht COD-income von 25. Davon sind 10 (wegen gleich hoher „insolvency“) steuerfrei. Ein gegebenenfalls bestehender NOL ist um 15 zu kürzen. Tauschte das Unternehmen Fremdkapital alt gegen Aktien mit einem Marktwert von 75, entsteht COD-income von 25, aber wegen der „stock-for-debt-exception“ keine Besteuerung und keine Kürzung von NOL.

Die Verrechnung von Verlustvorträgen ist generell auf 15 Jahre begrenzt. Ihre Verrechnung ist zudem begrenzt, wenn ein „ownership change“ stattfindet, d. h. wenn Anteilseigner in einer dreijährigen Testphase ihren Anteil um mehr als 50 % erhöhen. Ein stock-for-debt-change gilt als Eigentumswechsel. Findet ein ownership change statt, ist die periodische Nutzung von NOL begrenzt auf das Produkt aus „equity · long-term tax exempt rate“, die 1992 bei 6,5 % lag, ohne dass die oben genannte 15-Jahres-Frist aufgehoben würde. Diese Vorschrift senkt den finanziellen Wert von NOLs erheblich.⁴⁸ Entscheidend ist, welcher Equity-Wert Basis der Berechnung der zulässigen periodischen NOL-Verrechnung ist. Betker formuliert, dass es sich um den „value of the firm's equity immediately before the ownership change“ handle⁴⁹, ergänzt aber, dass dieser Wert den Wertzuwachs einschließe, der aus dem Verzicht von Gläubigeransprüchen resultiere. Im Ergebnis könne man den Wert des Eigenkapitals nach dem ownership change als Basis für die Berechnung periodischer zulässiger NOL-Nutzung benutzen.⁵⁰

Diese Regel hat zur Folge, dass die Berechnungen von V^E und ΔV in den Tabellen 4 und 5 z.T. überholt sind, weil sie eine unbegrenzte periodische NOL-Nutzung unterstellen. In Tabelle 1 wurde für 1993 eine NOL-Nutzung in Höhe von $EBIT_{93} = 208,7$ unterstellt; unter der Annahme, dass der post exchange value des Eigenkapitals 1.090,6 gemäß Konstellation 1 ist, ist die zulässige NOL-Nutzung indes nur $1.090,6 \cdot 0,065 = 70,9$. Ein erheblicher Teil des zu Beginn des Verfahrens bestehenden Verlustvortrages kann somit nicht genutzt werden, weil Verlustvor-

⁴⁷ Dies ist wegen des verfallsbedrohten NOL ein u.U. geringerer ökonomischer Nachteil.

⁴⁸ Betker veranschlagt den Barwert steuerlicher Vorteile aus der NOL-Verrechnung auf 14,6 % des Marktwertes des Eigenkapitals beziehungsweise 3,4 % der Bilanzsumme, wenn das Unternehmen Chapter 11 nutzt. Betker, B.L. (1995), S. 13–15. Das Sample umfasst 31 Unternehmen. NOL beträgt im Durchschnitt 62,8 % der Bilanzsumme vor Verfahrenseröffnung.

⁴⁹ Betker, B.L. (1995), S. 10.

⁵⁰ Betker, B.L. (1995), S. 10.

träge 15 Jahre nach Entstehen verfallen. Kompensiert wird dieser Effekt zu einem Teil durch die Abzugsfähigkeit der Zinsaufwendungen, die nun früher, als in Tabelle 3 unterstellt, in steuerliche Vorteile umgesetzt werden können.

Tabelle 8 verdeutlicht die Struktur der jetzt aufzumachenden Rechnung unter der vorläufigen Annahme, der Wert des Eigenkapitals sei – Konstellation 1 entsprechend – 1.090,6.⁵¹ Bis zum Periodenende 1999 werden 22,5 % des NOL genutzt; bis zum Ende von 2007 sind 52,3 % des in 1992 verfügbaren NOL ausgeschöpft. Der Rest kann steuerlich nicht geltend gemacht werden.

Tabelle 8

Nutzung von NOL im Fall eines „ownership change“

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
(1) Erfolg vor Zinsen und Steuern (EBIT)	208,7	513,0	902,2	921,3	940,9	969,1 ⁵²	998,2
(2) Zinsaufwand	207,2	296,5	410,8	455,9	428,1	414,1	414,1
(3) NOL-Nutzung (Obergrenze: $0,065 \cdot 1.090,6$ $= 70,9$)	1,5	70,9	70,9	70,9	70,9	70,9	70,9
(4) SBG	0	145,6	420,5	394,5	441,9	484,1	513,2
(5) Steuern ($s_k = 0,34$)		49,5	143,0	134,1	150,2	164,6	174,5
(6) noch zu nutzender NOL	1.898,5	1.827,6	1.756,7	1.685,8	1.614,9	1.544,0	1.473,1

Die Bewertung des Eigenkapitals ist somit zu modifizieren. Hier wird die folgende Vorgehensweise gewählt: Im ersten Schritt wird der Wert bei Eigenfinanzierung berechnet, wobei die NOL-Nutzung unbeachtet bleibt. Im zweiten und dritten Schritt sind die steuerlichen Vorteile aus NOL-Verrechnung beziehungsweise steuerlicher Geltendmachung der expliziten und impliziten Zinslast zu bewerten. Hier sind zwei Fragen zu beantworten: (1) Wie ist die Reihenfolge der steuerlichen Geltendmachung der NOL-Verrechnung beziehungsweise des periodischen Zinsaufwandes? (2) Die Höhe der periodischen Geltendmachung von Verlustvorträgen hängt vom Ergebnis des Kalküls, nämlich dem Wert des Eigenkapitals E^F ab; steuerlich abzugsfähig ist in jeder Periode maximal ein Betrag in Höhe von $0,065 E_{93}^F$. Dieses Problem kann iterativ gelöst werden.

Wie das unter (1) angesprochene Reihenfolge-Problem faktisch zu lösen ist, habe ich nicht exakt klären können. Der steuerlichen Systematik folgend, dürfte

⁵¹ Der korrekte Wert von E^F muss nunmehr niedriger sein, da die Nutzungsmöglichkeit von NOL = 1.900 deutlich restringiert ist.

⁵² $g = 0,03$.

die periodische NOL-Nutzung definiert sein als $\min [0,065 \cdot E_{93}^F; \text{EBIT}_t - \text{Zinsaufwand}_t]$. Vorteilhafter für die Investoren wäre indessen ein Vorrang der ohnehin gedeckelten NOL-Nutzung vor der Abzugsfähigkeit des Zinsaufwandes.

In diesem Fall entspräche $\Delta V(\text{NOL}) = \sum_{t=1}^{15} 0,065 E_{93}^F s_K (1 + i_V)^{-t}$. Da eine NOL-Nutzung in Höhe von $0,065 E_{93}^F$ dann in jeder Periode des Planungszeitraumes erwartet werden könnte, wäre der Vorteil⁵³ $\Delta V(\text{NOL}) = 183,3$.

Ist die Nutzung der Verlustvorträge begrenzt gemäß der obigen Minimum-Definition, sinkt $\Delta V(\text{NOL})$ etwas, weil die Nutzung in 1993 beschränkt wird wegen eines zu geringen Überschusses nach Zinsaufwand. $\Delta V(\text{NOL})$ beträgt dann 161,9.

Tabelle 9

Berechnung des Wertes bei Eigenfinanzierung ohne Beachtung von NOL = 1.900

	1993	1994	1995	1996	1997
(1) Operative Erträge	5.875,0	6.882,6	7.720,7	7.952,3	8.190,8
(2) Operative Aufwendungen	5.727,7	6.543,3	7.149,7	7.364,2	7.585,1
(3) Korrektur Zinsaufwand in Leasingraten	31,8	128,2	265,4	265,4	265,4
(4) Operatives Ergebnis	179,1	467,5	836,4	853,5	871,1
(5) Sonstige betriebliche Erträge	29,6	45,5	65,8	67,8	69,8
(6) Erfolg vor Zinsen und Steuern (EBIT)	208,7	513,0	902,2	921,3	940,9
(7) Steuern ($s_K = 0,34$)	71,0	174,4	306,7	313,2	319,9
(8) Abschreibungen	199,0	233,6	256,5	n.b.	n.b.
(9) Auszahlungen für andere Investitionen	271,2	264,1	221,7	163,4	168,3
(10) Auszahlungen für Flugzeuge	383,4	1.352,4	1.403,5	–	–
(11) Investitionen im UV	5,0	5,0	5,0	5,2	5,4
(12) FCF: (6)–(7)+(8)–(9)–(10)–(11)	–322,9	–1.049,3	–778,2	439,5	447,3

Gelten die Parameter der Konstellation 1, ist der Barwert der FCF in Zeile (12) und damit $V^E = 1.412,2$.

Neben $\Delta V(\text{NOL}) = 161,9$ ist $\Delta V(\text{F})$ zu berechnen, also der Wert der steuerlichen Vorteile, der aus der Abzugsfähigkeit der Zinsaufwendungen resultiert. Tabelle 10 weist die Zinsaufwendungen in Zeile (1) aus. Zeile (2) weist die steuerliche Bemessungsgrundlage nach der oben berechneten NOL-Nutzung aus. Ich

⁵³ Wenn $E_{93}^F = 1.090,6$ wäre. Diskontierungssatz ist $i_V = 0.10$. Bewertungszeitpunkt ist der 01. 01. 1993.

behandle die Zinszahlungen als in jeder Periode voll abzugsfähig. Der Barwert der steuerlichen Vorteile beträgt $\Delta V(F) = 1.322,8$.

Tabelle 10

Berechnung der steuerlichen Vorteile, bedingt durch Abzugsfähigkeit der Zinszahlungen

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
(1) Zinsaufwand	207,2	296,5	410,8	455,9	428,1	414,1	414,1
(2) SBG nach NOL-Nutzung	207,2	442,1	831,3	850,4	870,0	898,2	927,3
(3) steuerlicher Vorteil aus (1)	70,4	100,8	139,7	155,0	145,6	140,8	140,8

Damit liegt für Konstellation 1 der Wert von V^F vor unter der Prämisse, dass die Basis der zulässigen periodischen NOL-Nutzung, also $E^F = 1.090,6$, korrekt ist. Es folgt $V^F = V^E + \Delta V(\text{NOL}) + \Delta V(F) = 1.412,2 + 161,9 + 1.322,8 = 2.896,9$. Zieht man $F = 2.056$ ab, erhält man $E^F = 840,9$. Das bedeutet, dass die als Basis für die zulässige periodische NOL-Nutzung benutzte Größe E^F zu hoch angesetzt war. Die zulässige NOL-Nutzung ist deutlich geringer als in Tabelle 8 unterstellt. Weil es keine kompensatorischen Effekte gibt, muss $\Delta V(\text{NOL})$ und damit E^F den zunächst berechneten Wert unterschreiten.

Wie Tabelle 10 ausweist, steht die Abzugsfähigkeit der Zinsaufwendungen in künftigen Perioden nicht in Frage. $\Delta V(F)$ bleibt somit unverändert in Höhe von 1.322,8. $\Delta V(\text{NOL})$ ist indessen anzupassen. Es muss gelten:

$$(1) \quad E^F = V^E + \Delta V(F) + \Delta V(\text{NOL}) - F$$

und

$$(2) \quad \Delta V(\text{NOL}) = \sum_{t=1}^{15} \min\{0,065 \cdot E^F s_K; (\text{EBIT} - \text{Zinsaufwand})s_K\} (1 + i_V)^{-t}$$

Da die Minimumbedingung im vorliegenden Fall nur im Jahr 1993 relevant ist, hat man nach wenigen Versuchen das Ergebnis.⁵⁴

Der Wert für E^F ist somit deutlich niedriger als derjenige, der unter der Annahme der unbeschränkten NOL-Nutzung gemäß den Vorgaben in Tabelle 1 berechnet wurde: Er beträgt nur 73% des Ausgangswertes. Der Grad der Nutzung des in NOL schlummernden Potentials sollte deshalb ein relevanter Faktor bei der Wahl der Reorganisationsstrategie sein.

⁵⁴ Die Vorgehensweise entlang den Leitlinien des APV-Ansatzes erweist sich als sehr nützlich.

Tabelle 11

Berechnung von E^F für Konstellation 1

E^F geschätzt	Vorteil NOL in 93	Vorteil NOL in 94 – 07	ΔV (NOL)	$\Delta V(F)$	V^F	F	E^F gerechnet
830	0,51	18,343	123,3	1.322,8	2.858,3	2.056	802,3
790	0,51	17,459	117,4	1.322,8	2.852,4	2.056	796,4
795	0,51	17,569	118,1	1.322,8	2.853,1	2.056	797,1
797	0,51	17,614	118,4	1.322,8	2.853,4	2.056	797,4
797,5	0,51	17,624	118,5	1.322,8	2.853,5	2.056	797,5

Tabelle 12 stellt die neuen Werte für E^F für die Konstellationen 1 bis 6 und deren Aufteilung auf Neuinvestoren und ungesicherte Gläubiger zusammen. Man erkennt, dass es deutlich schwieriger wird, den „best interest test“ zu meistern.⁵⁵

Tabelle 12

„best interest test“

	1	2	3	4	5	6
(1) Ansprüche gesicherter Gläubiger	3.484	3.484	3.484	3.484	3.484	3.484
(2) Liquidationswert nach Verwertungskosten	2.190	2.190	2.190	2.190	2.190	2.190
(3) Anteil ungesicherter Gläubiger am Liquidationswert	459	459	459	459	459	459
(4) Wert des Eigenkapitals (E^F)	797,5	150,5	1.137,8	454,6	1.546,0	826,4
(5) Anteil Neuinvestoren an (4)	433,8	81,9	619,0	247,3	841,0	449,5
(6) Anteil ungesicherte Gläubiger an (4)	363,7	68,6	518,8	207,3	705,0	376,8
(7) theoretisches Votum ungesicherter Gläubiger	–	–	+	–	+	–

⁵⁵ Hielten Alteigentümer und Altgläubiger mindestens 50 % der Anteile nach einem ownership-change, könnte NOL restriktionsfrei genutzt werden. Allerdings ist NOL um die Zinszahlungen der letzten 3 Jahre vor Verfahrenseröffnung, die auf die Fremdmittel entfallen, die gegen Aktien getauscht werden, zu kürzen. Außerdem ist NOL zu kürzen um 50 % der Kürzung von NOL, die eingetreten wäre, wenn die stock-for-debt-exception nicht gewählt würde. Betker berichtet, dass Unternehmen, die NOL-Nutzung mit periodischer Begrenzung deutlich vorziehen. Vgl. *Betker*; B.L. (1995).

VI. Ergebnisse

Gegenstand dieses Beitrages sind zentrale und typische Probleme, die im Rahmen eines auf Fortführung zielenden Reorganisationsverfahrens bewältigt werden müssen. An erster Stelle steht das Bewertungsproblem: Da ein Großteil der Altfinanciers auch Financiers des reorganisierten Unternehmens sein werden, ist zunächst das Verteilbare zu quantifizieren. Erst wenn die Größe des Kuchens in Umrissen bekannt ist, kann an die Aufteilung an berechnigte Anspruchsinhaber gedacht werden. Wer berechnigt ist, wird nach herrschender Auffassung durch die Struktur der Vorinsolvenzrechte entschieden. Es gilt mit anderen Worten die „absolute priority rule“.

Sowohl die deutsche wie die US-amerikanische Insolvenzordnung postulieren, dass Gläubiger nicht in Pläne gezwungen werden können, die ihnen weniger bieten, als sie im Liquidationsfall erzielen könnten. Der „best interest test“ beziehungsweise die Hürde des § 251 InsO („Minderheitenschutz“) sind vor dem Hintergrund einer für das Kollektiv der Anspruchsinhaber angestrebten, die Wohlfahrt fördernden Allokationsregel sinnvoll angelegt. Der Beispielfall belegt, wie umstritten es sein könnte, ob ein Plan diesen Test zu Recht besteht oder daran scheitert.

Wenn Alteigentümer sich anschicken, Financiers und gegebenenfalls Manager des fortzuführenden Unternehmens zu bleiben, stellt sich die wichtige Frage, unter welchen Bedingungen ihnen dies gestattet werden soll. Die US-amerikanische Diskussion ist hier deutlich intensiver als die deutsche und die oben zitierte LaSalle-Entscheidung ist präziser als etwa die Entscheidung des LG Traunstein vom 27. 08. 1999 zum gleichen Sachverhalt. Im Beispielfall stellt sich die Frage der Beteiligung der Alteigentümer am Reorganisationswert nicht. Ihre Ansprüche sind wertlos. Aber die Frage des Wertes der Ansprüche der Neuinvestoren stellt sich. Aus der Sicht der ungesicherten Altgläubiger lautet die Frage, ob die baren Einschüsse annähernd äquivalent sind den erworbenen Ansprüchen. In welcher Richtung nach einer Lösung gesucht werden kann, wurde angedeutet.

Eine nicht zu unterschätzende Wertquelle stellen Verlustvorträge dar, die in insolvenznahen Situationen fast regelmäßig vorliegen.

Auch der amerikanische Gesetzgeber baut zahlreiche Hürden auf, die die steuerliche Nutzung erschweren und den ökonomischen Wert von Verlustvorträgen entscheidend schwächen. Wie diese Restriktionen Kalkül und Ergebnisse verändern, wurde gezeigt.

Literatur

- Aghion, Ph. / Hart, O.E. / Moore, J. (1993): A Proposal for Bankruptcy Reform in the UK, in: Insolvency Law and Practice, Vol. 9, S. 103 – 108.*
- (1994): Improving Bankruptcy Procedure, Discussion Paper N° 142, Program in Law and Economics, Harvard Law School.

- Ang, J.S. / Chua, J.H. / McConnell, J.J.* (1982): The Administrative Costs of Corporate Finance: A Note, in: *Journal of Finance*, Bd. 37, S. 219–226.
- Bailey, J.T.* (1993): The New Value Exemption in Single-Asset Reorganizations: A Commentary to the Bjolmes Auction Procedure and its Relationship to Chapter 11, in: *Commercial Law Journal*, Bd. 98, S. 50–77.
- Bebchuk, L.A.* (1996): A New Approach to Corporate Reorganizations, in: *Harvard Law Review*, Vol. 101, S. 775–804.
- (2000): Chapter 11. Discussion Paper, Harvard Business School (1997).
- Betker, B.L.* (1995): An Empirical Examination of Prepackaged Bankruptcy, in: *Financial Management*, Bd. 24, S. 3–18.
- Drukarczyk, J.* (1995): Verwertungsformen und Kosten der Insolvenz, in: *Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis*, S. 40–58.
- (2003): Unternehmensbewertung, 4. A., München.
- Epstein, D.G.* (1996): Debtor-Creditor Law, 3. A., St. Paul.
- Gilson, St.C.* (1997): Transaction Costs and Capital Structure Choice: Evidence from Financially Distressed Firms, in: *Journal of Finance*, Bd. 52, S. 161–196.
- (2001): Creating Value through Corporate Restructuring, Case Studies in Bankruptcies, Buyouts and Breakups, Boston.
- (2001): Investing in Distressed Situations – A Market Survey, in: *Creating Value through Corporate Restructuring, Case Studies in Bankruptcies, Buyouts and Breakups*, Boston, S. 188–230.
- Gilson, St.C. / Hotchkiss, E.S. / Ruback, R.S.* (2000): Valuation of Bankrupt Firms, in: *The Review of Financial Studies*, Bd. 13, S. 43–74.
- Neville, D.* (1995): The New Value Exception to the Chapter 11 Absolute Priority Rule in: *Missouri Law Review*, Bd. 60, S. 465–484.
- Rusch, L.J.* (1992): The New Value Exception to the Absolute Priority Rule in Chapter 11 Reorganizations: What should the Rule be? in: *Pepperdine Law Review*, S. 1311–1337.

Erfahrungen mit der neuen Insolvenzordnung aus der Sicht des Richters

Von *Wilhelm Uhlenbruck*

I. Vorbemerkung

Die in Deutschland am 1. Januar 1999 in Kraft getretene Insolvenzordnung (InsO) ist vielfach als „Jahrhundertgesetz“ gepriesen worden. Zum ersten Mal hat der deutsche Gesetzgeber nach dem Zweiten Weltkrieg, wenn man einmal von der Aktienrechtsreform absieht, ein Rechtsgebiet von Grund auf neu überdacht und kodifiziert. Dabei war man bemüht, die Fehler der Konkursordnung von 1877 und der Vergleichsordnung von 1935 zu vermeiden sowie der jahrzehntelangen Kritik an den Insolvenzgesetzen Rechnung zu tragen. Vor allem hat der Gesetzgeber berücksichtigt, dass sich die „Philosophie“ der Insolvenzabwicklung im Laufe des letzten Jahrhunderts grundlegend gewandelt hat. Allgemein ist man heute zu der Einsicht gelangt, dass die von Wilhelm Röpke vermutete Wirkung des Konkurses als „Todesstrafe des Zivilrechts“, die von Rechts wegen die wirtschaftliche Existenz des Delinquenten im Wege der Gesamtvollstreckung vernichtet, auf die moderne Wirtschafts- und Insolvenzrealität nicht mehr zutrifft. Das in der Insolvenzordnung geregelte gerichtlich überwachte Insolvenzverfahren als Gesamtvollstreckung ist in unserer freiheitlich-sozialen Gesellschaftsordnung ein unverzichtbares Instrument zur Regulierung des Wettbewerbs und zur Haftungsverwirklichung im Interesse der Gläubiger, nicht dagegen ein Instrument zur Ausmerzung überzähliger Wirtschaftseinheiten oder etwa die „privat-rechtliche Todesstrafe“ für unternehmerisches Fehlverhalten, wie es noch von *W. Sombart*¹ gesehen wurde. Nur ein gesetzlich geregeltes Insolvenzverfahren verschafft die verfassungsrechtliche Legitimation, in gesetzlich geschützte Rechtspositionen der Gläubiger und des Schuldners einzugreifen, wie z. B. durch Vollstreckungsstopp, Aufrechnungsverbote, Prozessverbote oder durch eine Insolvenzanfechtung. Für das in den §§ 304 ff. InsO geregelte Verbraucherinsolvenzverfahren mit Restschuldbefreiung nach den §§ 286 ff. InsO hat das amerikanische Discharge-Verfahren ebenso Pate gestanden wie der österreichische Privatkonkurs. Hervorzuheben ist, dass die InsO als erstes Insolvenzgesetz ein einheitliches und auf neuzeitlichen Prinzipien beruhendes Verfahren verwirklicht. Der Neukodifikation lag die Idee zu Grunde, das Insolvenzrecht als Teil des Wirtschaftsrechts so anzulegen, dass letztlich nicht

¹ Vgl. *W. Sombart*, Das Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus, 1927.

richterliche Entscheidungsmacht, sondern die Gesetze des Marktes und des Wettbewerbs die Insolvenzabwicklung steuern. Die durch die Insolvenz eines Schuldners oder Schuldnerunternehmens Geschädigten sollten in einem ergebnisoffenen Suchprozess als „Entdeckungsverfahren“ im Wettbewerb um die beste Verwertungsart die optimale Form der Haftungsverwirklichung finden. Dem Insolvenzgericht sollte dabei nicht etwa die Rolle zufallen, im Insolvenzverfahren nicht repräsentierte wirtschaftliche und soziale Interessen wahrzunehmen, sondern lediglich Hüter der Rechtmäßigkeit des Verfahrens zu sein.² Die Vermögensorientierung des neuen Verfahrens, der Verzicht auf eine Umverteilung von Werten und Rechten, die Abschaffung der früheren Konkursvorrechte, der Ausgleich von Informationsasymmetrien, die Vollabwicklung des Schuldnervermögens, die erleichterte Verfahrenseröffnung sowie die Verbesserung der Anfechtungsmöglichkeiten in den §§ 129 ff. InsO haben in Wissenschaft und Praxis fast einhellige Anerkennung gefunden. Dies schloss es aber keineswegs aus, dass die Umsetzungsschwierigkeiten in der Praxis erhebliche „Verfahrensbegradigungen“ durch den Gesetzgeber notwendig machten.

II. Das „Jahrhundertgesetz“ und seine notwendigen Korrekturen

Schon vor dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung stellte sich heraus, dass die Umsetzung des „Jahrhundertgesetzes“ in die Praxis teilweise auf erhebliche Schwierigkeiten stieß. Bürokratisches Vorgehen, unzweckmäßige Zuständigkeitspartungen, mangelnde Information und Koordination sowie egoistisches Profilierungsstreben verhinderten in einigen Bundesländern eine sachgerechte Umsetzung des Reformgesetzes. Man meinte, der bloße Einsatz von EDV könne jeden Arbeitsablauf im „Museum Gericht“ vereinfachen oder beschleunigen.³ Bereits die Herbst-Konferenz der Justizministerinnen und -minister 1994 hat erneut den mit der Reform verbundenen Personalbedarf erörtert und beauftragte die Bund-Länder-Arbeitsgruppe, Vorschläge zu erarbeiten, wie das neue Insolvenzrecht, das zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht in Kraft getreten war, noch weiter vereinfacht werden konnte, insbesondere durch ein neues Konzept zur Verbraucherentschuldung außerhalb der InsO und weitgehend ohne gerichtliches Verfahren. Nachdem der

² Zu verweisen ist insoweit auf die Allgemeine Begründung des Regierungsentwurfs (Bundestagsdrucks. 12/2443 v. 15. 04. 1992, S. 71 ff., abgedr. bei *Uhlenbruck*, Das neue Insolvenzrecht, 1994, S. 221 ff. = *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, 2. Aufl., 2000, S. 85 ff. = *Balz/Landfermann*, Die neuen Insolvenzgesetze, 2. Aufl. 1999, S. 136 ff.; vgl. auch *Uhlenbruck*, Die Insolvenzordnung – ein Jahrhundertgesetz?, NJW, 2000, 386 f.; *M. Balz*, Die Ziele der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 3 ff.; *Uhlenbruck*, Mit der Insolvenzordnung 1999 in das neue Jahrtausend, in: Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI), Heft 1/1998, S. 1 ff.

³ Vgl. *D. Beule*, Die Umsetzung der Insolvenzrechtsreform in die Justizpraxis, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 23, 36 ff.

Deutsche Bundestag eine Entschuldung außerhalb der InsO ausdrücklich abgelehnt hatte, beschränkte sich die Arbeitsgruppe darauf, Vorschläge zu erarbeiten, die die Praktikabilität des Regel- wie auch des Verbraucherinsolvenzverfahrens verbessern sollten. Die Arbeitsgruppe „Vereinfachung des Insolvenzverfahrens“ legte der Justizministerkonferenz 1997 Vorschläge zur „Verfahrensbegrädigung“ vor,⁴ die teilweise in das Gesetzgebungsverfahren eingeflossen sind. Die Insolvenzordnung hat bereits vor ihrem Inkrafttreten zahlreiche Änderungen erfahren, wie z. B. durch das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes und der InsO vom 19. 07. 1996 (BGBl. I, S. 1013) und durch das „Arbeitsrechtliche Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung“ vom 25. 09. 1996 (BGBl. I, S. 1476). Weitere Änderungen folgten in den Jahren 1996–1998. Die letzte große „Begrädigung“ brachte das Gesetz zur Änderung des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung und anderer Gesetze vom 19. 12. 1998 (BGBl. I, S. 3836). Aber auch nach dem Inkrafttreten der InsO am 01. 01. 1999 ist die Kritik an dem „Jahrhundertgesetz“ nicht verstummt.⁵ Bereits im Juni / Juli 1999 hatte eine Praxisbefragung durch den Hamburger Rechtslehrer *R. Bork* und den Insolvenzverwalter *W. Klaas*⁶ gezeigt, dass die Umsetzungsprobleme schwerpunktmäßig im Insolvenzeröffnungsverfahren und im Verbraucherinsolvenzverfahren auftreten. Der Gesetzgeber hat den Beanstandungen durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz vom 26. 10. 2001, das am 01. 12. 2001 in Kraft getreten ist, und durch das seit dem 01. 01. 2002 geltende Gesetz zur Reform des Zivilprozesses teilweise Rechnung getragen.⁷ Das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses hat die Zweispurigkeit der Rechtsmittelwege dadurch beseitigt, dass es einmal in § 7 InsO gegen die Entscheidungen des Beschwerdegerichts ausschließlich die Rechtsbeschwerde vorsieht, zum anderen in § 567 ZPO die einfache unbefristete Beschwerde abgeschafft hat.⁸ Die mit dem InsOÄndG in Kraft getretenen gesetzlichen Änderungen haben sich in der gerichtlichen Praxis als unzureichend und korrekturbedürftig erwiesen.⁹ Nicht ohne Grund spricht der Kölner Insolvenzrichter *Vallender*¹⁰ von der „Baustelle InsO“. Nicht nur die Justiz stöhnt unter der Last ständig zunehmender Verfahrenszahlen. Vielmehr führen auch Insolvenzverwalter und Treuhänder Klage darüber, dass die meisten Kleinverfahren, insbesondere die „Null-Masse-Verfahren“, nicht kostendeckend erledigt werden können. Die Bearbeitung eines durchschnittlichen Klein-

⁴ Vgl. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 1997, 1207 ff.

⁵ Vgl. *Jauernig*, Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 3 ff.; *Beule*, ebd. S. 539 ff.; *Grote*, ZInsO 1999, 338; *Göbel*, ZInsO 1999, 457; *Hofmeister*, ZInsO 1999, 503; *Pape*, Der Betrieb, 1999, 1539; *ders.*, ZIP 1999, 2037; *Pape / Pape*, ZIP 2000, 1553 ff.; *Uhlenbruck*, NZI, 1998, 1, 8; *ders.*, NZI 1999, 175; *Wimmer*, ZInsO 1999, 556.

⁶ ZInsO 1999, 485.

⁷ Einzelheiten bei *Pape / Uhlenbruck*, Insolvenzrecht, 2002, Rdn 46 ff.

⁸ Vgl. *I. Pape*, NZI 2001, 516 ff.; *Schmerbach*, ZInsO 2001, 1087 ff.; *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung, 12. Aufl., 2003, § 7 InsO Rdn 2.

⁹ Vgl. *Schmerbach*, ZInsO 2003, 253 ff.; *Mäusezahl*, ZVI 2003, 49 ff.; *Pape*, ZVI 2002, 225 ff.; *Hartenbach*, ZInsO 2002, 1053; *ders.* ZVI 2003, 62 f.; *Frind*, ZInsO 2003, 341 ff.

¹⁰ NZI aktuell Heft 3 / 2003, S. V.

oder Verbraucherinsolvenzverfahrens erfordert mindestens dreißig Stunden. Hierfür ist eine angemessene Vergütung nach den Regelungen der InsVV nicht sichergestellt. Die auf eine Mindestvergütung beschränkte Kostenrechtsprechung der Gerichte¹¹ stößt nicht nur auf allgemeine Ablehnung, sondern begegnet zudem verfassungsrechtlichen Bedenken. Insolvenzverwalter beanstanden weiterhin, dass ihre Arbeit durch unerledigte Steuerangelegenheiten der Schuldner unnötig erschwert wird. Die Arbeitsgruppe Verbraucherinsolvenz und Restschuldbefreiung der ARGE Insolvenzrecht und Sanierung des Deutschen Anwalt Vereins am 31. 01. 2003 in Berlin hat Verfahrensvereinfachungen für das Insolvenzverfahren natürlicher Personen vorgeschlagen. Die in der Praxis erhobene Forderung nach Einführung eines schriftlichen Verfahrens in der Regelinsolvenz dürften gute Chancen auf Umsetzung haben. Besondere Probleme bereitet auch die Forderung der Finanzbehörden, in masselosen Verfahren der in § 155 Abs. 1 InsO normierten Steuerklärungspflicht nachzukommen. Im September 2003 will die von der ARGE Insolvenzrecht und Sanierung des Deutschen Anwalt Vereins eingesetzte Arbeitsgruppe konkrete Gesetzgebungsvorschläge zu Verfahrensvereinfachungen im Verbraucherinsolvenzverfahren vorlegen. Das Bundesministerium der Justiz hat inzwischen den „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung, des Bürgerlichen Gesetzbuches und anderer Gesetze“ zur Diskussion gestellt. Mit dem Gesetzentwurf werden Regelungen vorgeschlagen, die insbesondere dazu beitragen sollen, die festgestellten Defizite im Unternehmensinsolvenzverfahren zu beheben.¹² Der Entwurf enthält nicht nur Vorschriften, die der Umsetzung der Richtlinie 2002 / 47 / EG über Finanzsicherheiten (ABl. EG Nr. L 168 S. 43) dienen, sondern auch der dringend gebotenen Verfahrensvereinfachung. So soll u. a. die Zustellung durch Aufgabe zur Post durch Änderung des § 8 InsO effektiver gemacht werden. Klargestellt wird auch, dass der vorläufige Insolvenzverwalter, wenn ihm die Zustellungen übertragen werden, Mitarbeiter mit der Durchführung der Zustellung betrauen kann. In § 9 InsO soll Abs. 1 S. 1 wie folgt neu gefasst werden:

„Die öffentliche Bekanntmachung erfolgt durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger; diese kann auszugsweise geschehen.“

Mit der Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger (Internet) kann eine erheblich größere Publizität erreicht werden, als durch die Veröffentlichung in den für die amtliche Bekanntmachung der Gerichte bestimmten Blättern der Bundesländer.¹³ Nach der vorgesehenen Neuregelung in § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO kann das Insolvenzgericht im Eröffnungsverfahren anordnen, *„dass Gegenstände, die nach Eröffnung des Verfahrens von § 166 erfasst werden, vom Gläubiger nicht verwertet oder eingezogen werden dürfen und dass diese Gegenstände zur Fortführung des Unternehmens des Schuldners benutzt werden können, soweit sie hierfür von erheblicher Bedeutung sind und nicht durch die Benutzung wesentlich entwertet werden.“*

¹¹ Z. B. LG Bremen, NZI 2002, 672.

¹² Vgl. Pape, ZInsO 2003, 389 ff.

¹³ Zur öffentlichen Bekanntmachung s. auch Keller, ZIP 2003, 149 ff.

Nach Art. 1 Nr. 7 des Entwurfs kann unter bestimmten Voraussetzungen die Veräußerung des Unternehmens durch den vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis mit Zustimmung des Insolvenzgericht erfolgen. Dies entspricht dem Petition zahlreicher Insolvenzverwalter, die oftmals bereits im Eröffnungsverfahren die Möglichkeit haben, ein Unternehmen zu veräußern. Der Interessent springt nicht selten ab, wenn das Unternehmen durch die mit dem eröffneten Verfahren verbundene Publizität entwertet wird. Die Vorschrift des § 208 Abs. 1 InsO soll durch einen Satz 2 dahingehend ergänzt werden, dass das Insolvenzgericht auf Antrag eines Gläubigers oder des Schuldners die Masseunzulänglichkeit feststellt. Damit soll einer prophylaktischen Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Insolvenzverwalter vorgebeugt werden. Schließlich schlägt der Diskussionsentwurf eine Stärkung des außergerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahrens vor, da in diesem Verfahrensabschnitt den Schuldnern durch die Schuldnerberatungsstellen eine umfassende Hilfestellung angeboten werden kann. Dem Schuldner wird die Möglichkeit eröffnet, die Zustimmung ablehnender Gläubiger zum vorgerichtlichen Schuldenbereinigungsplan durch gerichtlichen Beschluss ersetzen zu lassen. Der Schuldenbereinigungsplan erhält die Wirkungen eines Prozessvergleichs, der auch im Plan nicht benannte Gläubiger erfassen soll. Das Verfahren wird vom Schuldner und der ihn unterstützenden Schuldnerberatungsstelle betrieben. Der Richter wird lediglich in der Form flankierend tätig, dass er punktuell die Zustimmung einzelner Gläubiger durch Beschluss ersetzt.

III. Fehleinschätzungen beim gerichtlichen Personalbedarf

Ursprüngliche Prognosen gingen davon aus, dass mit dem Inkrafttreten der InsO ein Ansturm vor allem der Verbraucher auf die Insolvenzgerichte einsetzen würde. Diese Prognose hat sich zunächst als unrichtig erwiesen. Die Fehleinschätzung beruhte vor allem darauf, dass einmal das Verbraucherinsolvenzverfahren viel zu kompliziert ausgestaltet war, die Schuldnerberatungsstellen personell unterbesetzt waren und die Insolvenzgerichte sich meist weigerten, dem Schuldner für die Durchführung des Verfahrens mit Restschuldbefreiung Insolvenzkostenhilfe zu gewähren. In einigen Bundesländern umfasste allein das Antragsformular 40 Seiten. Die Kosten für Ablichtungen und Zustellungen der Unterlagen betrugen teilweise bis zu 10.000,00 DM (5.000,00 €) und mehr. Erst die Einführung des sogen. „Stundungsmodells“ (§§ 4 a–4 d InsO) durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz (InsOÄndG) 2001 hat die Zahl der Verbraucherinsolvenzen rapide ansteigen lassen. Das vom Gesetzgeber eingeführte Stundungsmodell stößt bei vielen Richtern und Rechtspflegern auf Ablehnung. Dies nicht zuletzt auch deswegen, weil im Regelfall die Insolvenzen von Privatpersonen heute Null-Masse-Verfahren (sogen. „Regel-Nullis“) sind, was bedeutet, dass die meisten Schuldner weder Vermögen noch pfändbares Einkommen haben, mit dem die Forderungen der Gläubiger bedient werden können. Das Hauptziel des Insolvenzverfahrens, nämlich wenigstens

einen Teil der Schulden zu bedienen, wird damit nicht erreicht. Die Gläubiger stehen meist mit leeren Händen dar. Die vom Gericht eingesetzten Treuhänder arbeiten nicht einmal kostendeckend. Die desolate Personalsituation hat zu einem „Aufruf deutscher Insolvenzrichter und -rechtspfleger zur Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit der Insolvenzgerichte und der Insolvenzordnung“ geführt.¹⁴ Die unterzeichnenden Richter und Rechtspfleger befürchten, dass das am 01. 12. 2001 in Kraft getretene InsO^Ä weitreichende Veränderungen in der Praxis gerichtlicher Insolvenzabwicklungen gebracht habe, die in ihrer Konsequenz die gesamte Reform des Insolvenzrechts gefährden. Im Jahr 2002 sei die Zahl um mehr als 300 Prozent angestiegen. Im Regelinsolvenzverfahren, das eigentlich auf Unternehmen zugeschnitten sei, mache der Verfahrensanteil der durch § 4 a InsO hervorgerufenen „Pseudo-Regelinsolvenzverfahren“ von Privatpersonen ca. 57 Prozent aus. Nach Erhöhung der Pfändungsfreigrenzen zum 01. 01. 2002 seien Null-Masse-Verfahren die Regel. Das Hauptziel des Verfahrens, nämlich eine Befriedigung der Gläubiger, könne von vorneherein nicht mehr erreicht werden. Die Insolvenzverwalter würden gezwungen, eine Vielzahl der Verfahren weit unter Kostendeckung abzuwickeln (Mindestvergütung: 500,00 €; statistische Durchschnittskosten: ca. 2.500,00 €). Die Insolvenzgerichte seien unter der Arbeitslast nahezu zusammengebrochen und hätten resigniert. Kurzfristig könne Abhilfe nur durch Personalverstärkungen geschaffen werden, die die Länder jedoch regelmäßig verweigern würden. Hier sei der Gesetzgeber zum Handeln aufgerufen, und zwar schnell. Richtig ist an der Kritik vor allem, dass die Überlastung bei Verwalten und Gerichten zunehmend auch zu Ankündigungen von Restschuldbefreiungen bei unehrlichen Schuldnern und zum Unterbleiben von Aktenweitergaben an die zuständigen Staatsanwaltschaften führt. Immer mehr „faule“ Schuldner benutzen das Verfahren, um sich auf unredliche Weise von ihren Verbindlichkeiten zu befreien.

IV. Umsetzungsschwierigkeiten im Insolvenzeröffnungsverfahren

Schwerpunktmäßig haben sich Umsetzungsschwierigkeiten vor allem im Insolvenzeröffnungsverfahren und im Rahmen des Verbraucherinsolvenzverfahrens ergeben. Dies beruht vorwiegend darauf, dass der vorläufige Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (sogen. „starker“ vorläufige Insolvenzverwalter) gem. § 22 Abs. 1 S. 2 Ziff. 2 InsO verpflichtet ist, das Schuldnerunternehmen bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen, soweit nicht das Insolvenzgericht einer Stilllegung zustimmt, um eine erhebliche Verminderung des Vermögens zu vermeiden. Beim Verbraucherinsolvenzverfahren nach den §§ 304 ff. InsO konnte das zentrale Anliegen des Gesetzgebers, auch völlig mittellosen Schuldnern die Teilnahme am Verfahren zu ermöglichen,

¹⁴ Der Aufruf ist abgedruckt in ZInsO, Heft 20/2002, 949 f.; vgl. auch *Schmerbach*, ZInsO 2003, 253 ff.

erst dadurch realisiert werden, dass der Gesetzgeber durch das InsOÄndG 2001 das sogen. Stundungsmodell in den §§ 4 a–4 d InsO eingeführt hat.¹⁵ Allerdings wurde in der Diskussion um das Stundungsmodell der Gedanke vernachlässigt, dass wegen der Regelung in § 292 InsO die Stundung letztlich auf Kosten der Gläubiger geht. Sie erhalten während der Dauer der Wohlverhaltenszeit erst dann eine Quote, wenn die gestundeten Kosten bezahlt sind. Die Regelung in § 4 b Abs. 1 InsO zeigt zudem, dass es Fälle geben kann, in denen der Treuhänder nicht genügend Geld erhält, um die Kosten vollständig zu decken. Dies bedeutet letztlich, dass die Staatskasse nur einen Teil ihrer vorgeschossenen Kosten zurück erhält, die Gläubiger dagegen leer ausgehen. In diesen Fällen tritt dann letztlich doch eine „Entschuldung zum Null-Tarif“ ein.

1. Die Praxis der Gerichte bei Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung

Der Gesetzgeber der InsO war ursprünglich davon ausgegangen, dass im Insolvenzeröffnungsverfahren ein sogen. „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt und dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt wird. Die Rechtswirkungen des allgemeinen Verfügungsverbots richten sich ebenso wie diejenigen eines Verstoßes hiergegen nach den §§ 24 Abs. 1, 81, 82 InsO. Danach sind Verfügungen des Schuldners absolut unwirksam. Umstritten ist, ob das Insolvenzgericht das allgemeine Verfügungsverbot als alleinige Sicherungsmaßnahme anordnen kann.¹⁶ Im Hinblick auf die Haftungsgefahren nach § 55 Abs. 2 InsO i.V.m. § 61 InsO geht die Praxis der Insolvenzgerichte dahin, im Eröffnungsverfahren lediglich einen vorläufigen Insolvenzverwalter mit oder ohne Zustimmungsvorbehalt (§ 21 Abs. 2 Ziff. 2 InsO) einzusetzen. Vielfach wird auch von der Möglichkeit des § 22 Abs. 2 S. 1 InsO Gebrauch gemacht, wonach das Insolvenzgericht berechtigt ist, die Pflichten des vorläufigen Insolvenzverwalters im Bestellungsbeschluss zu bestimmen. Allerdings dürften die Pflichten nicht über die Pflichten des § 22 Abs. 1 S. 2 InsO hinausgehen (§ 22 Abs. 2 S. 2 InsO).¹⁷ Problematisch ist in der Praxis vor allem, in welchem Umfang das Gericht im Rahmen der Kompetenzzuweisung berechtigt ist, den Verwalter zu bestimmten Maßnahmen zu ermächtigen. Wegen der gerichtlichen Praxis, dem sogen. „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter die unbeschränkte Befugnis einzuräumen, Masseverbindlich-

¹⁵ Einzelheiten bei *Graf-Schlicker*, Die Kostenhürde im Verbraucherinsolvenzverfahren, Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 573 ff.

¹⁶ Bejahend *Pape/Uhlenbruck*, Insolvenzrecht, Rdn 382; str.; a.A. *W. Gerhardt*, ZZP 109 (1996), 415, 419; *ders.*, in: *Kölner Schrift zur InsO*, 2. Aufl., S. 196, Rdn 8, wonach jede Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbots gleichzeitig die Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung erfordert, da immer ein Verfügungsberechtigter vorhanden sein muss.

¹⁷ Vgl. *Weisemann*, DZWIR 1999, 397 ff.; *Pape/Uhlenbruck*, Insolvenzrecht, Rdn 383; *Uhlenbruck*, § 22 InsO Rdn 208.

keiten nach § 55 Abs. 2 InsO zu begründen, hat der BGH in einem grundlegenden Urteil vom 18. 07. 2002¹⁸ entschieden, dass eine den „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter umfassende Ermächtigung, „für den Schuldner zu handeln“, unzulässig ist, wenn das Gericht im Eröffnungsverfahren kein allgemeines Veräußerungsverbot erlässt. Die Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters müsse das Insolvenzgericht selbst einzeln festlegen. Ohne besonderes Verfügungsverbot könne es den vorläufigen Insolvenzverwalter ermächtigen, im Voraus genau festgelegte Verpflichtungen zu Lasten der späteren Insolvenzmasse einzugehen. Zweifelhafte und nicht endgültig geklärt ist die Frage, ob die Übertragung der Befugnis zum Einzug sicherungshalber abgetretener Forderungen auf den vorläufigen Insolvenzverwalter eine Maßnahme nach § 21 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 InsO ist oder einer Anordnung nach § 22 Abs. 2 S. 1 InsO bedarf. So hat das AG Duisburg¹⁹ entschieden, dass der vorläufige Verwalter nach § 21 InsO vom Insolvenzgericht ermächtigt werden kann, schon im Eröffnungsverfahren Forderungen einzuziehen, die der Schuldner zur Sicherung eines Anspruchs abgetreten hatte.²⁰ Wie bereits oben dargestellt wurde, sieht der Diskussionsentwurf des BMJ eine Ergänzung des § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO vor, wonach zur Erhaltung des wirtschaftlichen Verbundes des Unternehmens sicherungsübereignete Gegenstände einem Verwertungsstopp auf gerichtliche Anordnung unterliegen. Die Absicht der Insolvenzordnung, die Insolvenzmasse und damit das Schuldnerunternehmen zunächst zu erhalten und weiterzuführen, würde unterlaufen, wenn die Gläubiger im Eröffnungsverfahren die uneingeschränkte Möglichkeit erhalten würden, erteilte Einziehungs-, Verarbeitungs- und Weiterveräußerungsermächtigungen zu widerrufen und Sicherheiten zu realisieren. Dem vorläufigen Insolvenzverwalter soll auch ohne gerichtliche Anordnung das Besitz-, Nutzungs- und Verwertungsrecht an dem zur Masse gehörenden Sicherungsgut auch dann zustehen, wenn nach der Ausgestaltung des Sicherungsvertrages dies dem Schuldner nicht mehr gestattet wäre. Diesen Ansatz hält der Entwurf für deutlich flexibler als ein generelles Verwertungsverbot im Eröffnungsverfahren.

Nicht um Sicherungsrechte i.e.S. handelt es sich bei Gegenständen, die der Aussonderung nach § 47 InsO unterliegen. Diese gehören nicht zu Insolvenzmasse des § 35 InsO und sind grundsätzlich an den Berechtigten herauszugeben. Allerdings kann die unbeschränkte Herausgabe von Gegenständen, die der Aussonderung unterliegen, eine Weiterführung des Schuldnerunternehmens im Einzelfall unmöglich machen. Lediglich bei Gegenständen, die unter Eigentumsvorbehalt geliefert worden sind, folgt aus § 107 Abs. 2 S. 1 InsO, dass der vorläufige Verwalter zunächst einmal im Hinblick auf die Erfüllungswahl (§ 103 InsO) berechtigt ist, den Gegenstand in der Masse zu behalten. Auch wenn man generell die Aussonderung im Eröffnungsverfahren bejaht, wird man das Gericht als berechtigt und u.U. verpflichtet ansehen müssen, bis zur Prüfung der Sanierungsaussichten zunächst ein-

¹⁸ ZIP 2002, 1625.

¹⁹ Besch. v. 06. 07. 1999, NZI 1999, 421.

²⁰ Kritisch *Lwowski / Tetzlaff*, NZI 1999, 395.

mal die Aussonderung nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO zu untersagen.²¹ Umstritten ist auch, in welchem Umfang der vorläufige Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis im Rahmen der einstweiligen Betriebsfortführung zur Verarbeitung von Vorbehaltsware berechtigt ist.²² Geringe Bedeutung hat in der Praxis die Möglichkeit erlangt, mit Zustimmung des Insolvenzgerichts das Schuldnerunternehmen stillzulegen, um eine erhebliche Verminderung des Vermögens zu vermeiden (§ 22 Abs. 1 S. Ziff. 2 InsO). Umstritten ist hier vor allem die „Opfergrenze“ der Gläubiger, die bei mehr als 25 Prozent gesehen wird.²³ Zulässig ist auch die Stilllegung bzw. Schließung einzelner Betriebsteile, die für die Verluste des Insolvenzunternehmens verantwortlich sind.²⁴ Zweifelhaft ist, ob man die Unternehmensveräußerung im Insolvenzeröffnungsverfahren durch den vorläufigen Insolvenzverwalter „wirtschaftlich als Minusmaßnahme zur Betriebsstilllegung“ verstehen kann.²⁵ Keinesfalls ist die Unternehmensveräußerung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter die stärkste Form der Betriebsstilllegung. Betriebsstilllegung bedeutet lediglich Einstellung des operativen Geschäfts. Die Unternehmensveräußerung ist dagegen bereits Verwertung, die das Gesetz bedauerlicherweise für das Eröffnungsverfahren nicht vorgesehen hat. In der Praxis wird gefordert, bereits dem vorläufigen Verwalter, zumindest aber dem endgültigen Insolvenzverwalter vor dem Berichtstermin die Möglichkeit einzuräumen, das Unternehmen des Schuldners im Wege einer übertragenden Sanierung zu veräußern. Dem steht derzeit aber die strikte Regelung des § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO entgegen, wonach der vorläufige Insolvenzverwalter das Schuldnerunternehmen bis zur Entscheidung über die Verfahrenseröffnung fortzuführen hat. Nach Eröffnung des Verfahrens erlaubt § 159 InsO eine Verwertung der Insolvenzmasse und damit auch eine übertragende Sanierung erst nach dem Berichtstermin. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ hat die Frage einer übertragenden Sanierung im Insolvenzeröffnungsverfahren geprüft und ist zum Ergebnis gekommen, dass eine solche wegen fehlender Gläubigerbeteiligung im Eröffnungsverfahren nicht möglich ist. Sie will aber untersuchen, ob die übertragende Sanierung zumindest unmittelbar nach Verfahrenseröffnung, aber vor dem Berichtstermin zugelassen werden sollte. Der Diskussionsentwurf des BMJ 2003 sieht nunmehr vor, dass neben der Stilllegung auch die Veräußerung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO zulässig sein soll, wenn auch mit Zustimmung des Insolvenzgerichts. Nach

²¹ Vgl. Uhlenbruck, § 22 InsO Rdn 39.

²² Vgl. Uhlenbruck, § 22 InsO Rdn 40; Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 254; Beck/Depré/Beck, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 2003, § 6 Rdn 109.

²³ Nerlich/Römermann/Mönning, § 22 InsO Rdn 166; Haberhauer/Meeh, DStR 1995, 1442, 1443; Uhlenbruck, § 22 InsO Rdn 26.

²⁴ Uhlenbruck, § 22 InsO Rdn 27; Pohlmann, Befugnisse und Funktionen des vorläufigen Insolvenzverwalters, 1998, Rdn 142; Thiemann, Die vorläufige Masseverwaltung im Insolvenzeröffnungsverfahren, 2000, S. 165 ff.

²⁵ Vgl. Pohlmann, Befugnisse und Funktionen des vorläufigen Insolvenzverwalters, Rdn 414.

den Vorstellungen des Gesetzgebers kommt eine Veräußerung vor Verfahrenseröffnung jedoch nur als enger Ausnahmefall in Betracht. Einerseits können zwar gewichtige Gründe dafür sprechen, eine übertragende Sanierung bereits im Eröffnungsverfahren zuzulassen; andererseits aber ist nicht zu verkennen, dass mit einer solchen Maßnahme zu einem Zeitpunkt, zu dem ein Insolvenzgrund noch nicht endgültig feststeht, erhebliche Eingriffe in die Rechte des Schuldners verbunden sind. Das AG Duisburg²⁶ hat den vorläufigen Insolvenzverwalter ermächtigt, schon vor Verfahrenseröffnung Forderungen einzuziehen, die der Schuldner zur Sicherung seines Anspruchs abgetreten hatte. Zur Begründung verweist das Gericht auf § 169 S. 2 InsO, wonach der Eingriff in Gläubigerrechte schon im Eröffnungsverfahren die Pflicht zur späteren Zinszahlung auslöst. Nach Auffassung von *Kirchhof*²⁷ kann man einem Drittschuldner nur raten, den geschuldeten Betrag entsprechend § 372 BGB wegen Ungewissheit über die Person des Gläubigers befreiend zu hinterlegen. Festzustellen ist, dass im Einzelnen streitig ist, in welchem Umfang das Insolvenzgericht berechtigt ist, Zwangsvollstreckungen der Gläubiger im Eröffnungsverfahren zu untersagen und Verrechnungen auf Schuldnerkonten zu verbieten.²⁸

2. Einführung der sofortigen Beschwerde gegen Anordnung von Sicherungsmaßnahmen

Im Hinblick auf die in der Literatur erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Versagung von Rechtsmitteln gegen Sicherungsmaßnahmen des Insolvenzgerichts²⁹ hat das InsOÄndG 2001 nunmehr die Vorschrift des § 21 Abs. 1 InsO um einen Satz 2 ergänzt, wonach gegen die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen dem Schuldner die sofortige Beschwerde zusteht. Durch die Einlegung von Rechtsmitteln gegen die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen kann allerdings der Ablauf des Eröffnungsverfahrens verzögert werden.³⁰ Da jedoch die sofortige Beschwerde gegen Sicherungsmaßnahmen keine aufschiebende Wirkung hat, sind Beeinträchtigungen des Verfahrens hinnehmbar.³¹ Sollten tatsächlich auch Rechtsbeschwerden nach § 7 InsO eingelegt werden, dürften diese nach Auffassung von *Pape*³² im Regelfall auf Grund der zwischenzeitlich erfolgten Verfahrenseröffnung oder der Abweisung des Insolvenzantrags gegenstandslos wer-

²⁶ ZInsO 1999, 478, 479.

²⁷ ZInsO 2001, 1, 4.

²⁸ Einzelheiten bei *Uhlenbruck*, § 21 InsO, Rdn 20 u. 26.

²⁹ Vgl. *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch zur InsO, 3. Aufl., Kap. 3, Rdn 300; *Hess/Pape*, InsO, Rdn 182.

³⁰ So *Vallender*, MDR 2002, 181, 185.

³¹ Vgl. *Haarmeyer*, in: Münchener Kommentar zur InsO, § 21, Rdn 38 ff.; *Kübler/Prütting/Pape*, § 21 InsO, Rdn 12.

³² *Kübler/Prütting/Pape*, § 21 InsO, Rdn 12.

den.³³ Durch Sicherungsmaßnahmen können auch Gläubiger in ihren Rechten verletzt werden. Diesen hat der Gesetzgeber aber kein Beschwerderecht eingeräumt.³⁴ Den Gläubigern bleibt nichts anderes übrig, als bei Gericht die Aufhebung der Sicherungsmaßnahme nach § 25 InsO anzuregen.

3. Anordnung vorläufiger Insolvenzverwaltung bei beantragter Eigenverwaltung

Umstritten ist, ob das Gericht bei Beantragung der Eigenverwaltung nach den §§ 270 ff. InsO berechtigt ist, bereits im Eröffnungsverfahren einen „vorläufigen Sachwalter“ zu bestellen.³⁵ In den §§ 270 ff. InsO findet sich keine Regelung über die vorläufige Eigenverwaltung. Hält das Insolvenzgericht im Einzelfall Sicherungsmaßnahmen für erforderlich, kann die Funktion eines vorläufigen Sachwalters durchaus von einem sogen. „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter erfüllt werden. Allerdings muss das Insolvenzgericht die Aufgaben und Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters im Einzelnen bestimmen. Die Bestellung eines sogen. „starken“ vorläufigen Verwalters würde von vorneherein die Anordnung der Eigenverwaltung, die mit Verfahrenseröffnung erfolgt, unmöglich machen.³⁶ Unproblematisch ist dagegen die Bestellung eines vorläufigen Treuhänders im Verbraucherinsolvenzverfahren nach den §§ 304 ff. InsO.³⁷ Die Bestellung eines vorläufigen Treuhänders ist aber regelmäßig nicht erforderlich, weil die Vermögensverhältnisse der dem Anwendungsbereich des § 304 InsO unterliegenden Personen überschaubar und häufig außer dem pfindbaren Arbeitseinkommen weitere dem Insolvenzbeschluss unterliegenden Vermögensgegenstände nicht vorhanden sind.³⁸

4. Die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters

Hinsichtlich der Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters gelten die Vorschriften der §§ 60–62 InsO. Der vorläufige Verwalter haftet nach § 60 InsO

³³ Vgl. hierzu für den Bereich der Postsperrenanordnung OLG Köln, ZIP 2000, 1221.

³⁴ Vgl. *Wimmer/Schmerbach*, Frankfurter Kommentar zur InsO, § 21 Rdn 26 e.

³⁵ Gegen die Bestellung eines vorläufigen Sachwalters *Uhlenbruck*, NZI 2001, 632, 634 ff.; *ders.*, in: *Kölner Schrift zur InsO*, S. 325, Rdn 8; *Kübler/Prütting/Pape*, § 22 InsO, Rdn 6; für einen vorläufigen Sachwalter *Ehricke*, ZIP 2002, 782 ff.

³⁶ Vgl. *Kübler/Prütting/Pape*, § 22 InsO Rdn 8 u. § 270 InsO Rdn 15; *Uhlenbruck*, NZI 2001, 632.

³⁷ Hierzu *A. Schmidt*, ZIP 1999, 915; *Kübler/Prütting/Pape*, § 22 InsO Rdn 9, 10; *Wimmer/Grote*, Frankfurter Kommentar zur InsO, 3. Aufl., § 306 Rdn 13; *Pape/Uhlenbruck*, Insolvenzrecht, Rdn 900.

³⁸ Vgl. *Vallender*, in: *Uhlenbruck*, § 306 InsO, Rdn 47; *Haarmeyer*, ZInsO 2001, 203, 207; *Uhlenbruck*, in: *Kölner Schrift zur InsO*, S. 325 ff.

lediglich bei schuldhafter Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten.³⁹ Die Haftungsgefahren vor allem im Rahmen einer einstweiligen Betriebsfortführung haben – wie bereits oben dargestellt wurde – dazu geführt, dass die Insolvenzgerichte weitgehend den sogen. „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen, und zwar entweder mit Zustimmungsvorbehalt (§ 21 Abs. 2 Ziff. 2 InsO) oder mit ausdrücklicher Bestimmung einzelner Pflichten (§ 22 Abs. 2 S. 1 InsO). Wird der sogen. „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter durch gerichtlichen Beschluss zur Begründung bestimmter Masseverbindlichkeiten ermächtigt, kommt seine Haftung nach § 61 InsO in Betracht, wenn die Masseverbindlichkeiten später nicht berichtigt werden können. Durch die Umkehr der Beweislast in § 61 S. 2 InsO sind die Haftungsrisiken für den vorläufigen Insolvenzverwalter erheblich vergrößert worden. Meist trifft er auf chaotische Verhältnisse im Schuldnerunternehmen und kann oftmals nicht übersehen, ob die Masseverbindlichkeiten, die durch die einstweilige Betriebsfortführung entstehen, später auch beglichen werden können. Die Haftungsgefahren bei Vorfinanzierung von Insolvenzgeld sind durch das InsO-ÄndG 2001 weitgehend beseitigt, da in § 55 Abs. 3 InsO eine gesetzliche Rückstufung der auf die Bundesanstalt für Arbeit übergegangenen Ansprüche stattfindet. Der sogen. „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter haftet bei Begründung von Verbindlichkeiten des Schuldners mit seiner Zustimmung nicht nach § 61 InsO. Wohl aber kommt eine persönliche Haftung in Betracht, wenn er entweder besonderes Vertrauen des Vertragspartners in Anspruch nimmt oder Garantiezusagen macht.⁴⁰ Da die Fälle der speziellen Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten nur auf Einzelfälle beschränkt bleiben müssen, trifft auch das Insolvenzgericht insoweit eine erhebliche haftungsrechtliche Verantwortung. Das Gericht darf den Verwalter nicht ermächtigen, Masseverbindlichkeiten zu begründen, die er erkennbar später nicht erfüllen kann.

5. Die Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters

Die Festsetzung der Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters macht in der Praxis besondere Schwierigkeiten. Die Zahl der gerichtlichen Entscheidungen ist kaum noch zu überschauen. Die recht unterschiedliche Entwicklung der Rechtsprechung zur Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters seit dem Inkrafttreten der InsO hat durch die grundlegende Entscheidung des BGH vom 14. 12. 2000⁴¹ einen vorläufigen Abschluss gefunden. Der Entscheidung kommt deshalb besondere Bedeutung zu, weil sie u. a. Grundsätze für die richterliche Vergütungsfestset-

³⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 29. 09. 1988, ZIP 1988, 1411; BGH Urt. v. 12. 11. 1992, ZIP 1993, 48; BGH, Urt. v. 25. 03. 1993, ZIP 1993, 687; *Uhlenbruck*, in: *Kölner Schrift zur InsO*, S. 325 Rdn 46 f.; *Kübler/Prütting/Pape*, § 22 InsO Rdn 45 ff.; *Haarmeyer*, ZInsO 1998, 157; *Kirchhof*, ZInsO 1999, 365, 366 f.; *Vallender*, DZWIR 1999, 265, 273.

⁴⁰ Vgl. *Kübler/Prütting/Pape*, § 22 InsO, Rdn 50; *Uhlenbruck*, § 22 InsO, Rdn 224.

⁴¹ BGHZ 146, 165 = NZI 2001, 191 = ZInsO 2001, 165 = ZIP 2001, 296.

zung festlegt. Zutreffend weist der BGH darauf hin, dass auch Aus- und Absondungsrechte der Sicherungsverwaltung durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter unterliegen. Seine Haftung erstreckt sich auch auf diese Vermögenswerte, sodass kein Anlass besteht, diese von der Berechnung der Masse auszunehmen.⁴² Kleinlich verhalten sich zahlreiche Insolvenzgerichte, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter einen Vorschuss auf die Vergütung beantragt. Nach richtiger Meinung ist der vorläufige Verwalter in allen Fällen, in denen er mit der Betriebsfortführung betraut ist, berechtigt, nach einer gewissen Zeit einen Vorschuss zu beantragen, denn es ist ihm nicht zuzumuten, mit eigenem Geld vor allem hinsichtlich der Auslagen in Vorlage zu treten. Ein solcher Anspruch auf Festsetzung eines Vorschusses ist zu bejahen, wenn die vorläufige Verwaltung länger als einen Monat gedauert hat.⁴³ Der BGH hat in einem Beschluss vom 01. 10. 2002⁴⁴ für das eröffnete Insolvenzverfahren grundlegende Ausführungen zu einem Vergütungsvorschuss gemacht. Danach soll der zu bewilligende Vorschuss die bis dahin erbrachte Tätigkeit des Insolvenzverwalters abgelden. Die Höhe ist jedenfalls bei ausreichender Liquidität der Insolvenzmasse regelmäßig unter Berücksichtigung der Berechnungsmerkmale der §§ 1–3 InsVV zu bestimmen. Mit seiner Entscheidung hat der BGH klargestellt, dass es sich bei der Versagung der Zustimmung zur Entnahme eines Vorschusses durch einen Rechtspfleger nicht nur um eine interne Maßnahme ohne Außenwirkung handelt, sondern um eine Entscheidung i.S.v. § 11 Abs. RPfIG, gegen die das Rechtsmittel der sofortigen Erinnerung gegeben ist, sodass die Möglichkeit der richterlichen Überprüfung besteht. Zutreffend hat der BGH darauf hingewiesen, dass die unverzügliche Bewilligung von Vorschüssen eine große Bedeutung nicht nur für den Insolvenzverwalter hat, der mit seiner Tätigkeit zunächst auf eigene Kosten und eigenes Risiko erhebliche Vorleistungen erbringt, sondern auch für das Insolvenzverfahren insgesamt.

Streitig ist die funktionelle Zuständigkeit für die Vergütungsfestsetzung. Teilweise wird angenommen, funktionell zuständig für die Festsetzung der Vergütung sei der Insolvenzrichter bzw. die -richterin.⁴⁵ Nach anderer Auffassung geht mit der Verfahrenseröffnung auch diese Zuständigkeit auf den Rechtspfleger über.⁴⁶ Der Richter bzw. die Richterin, die das Eröffnungsverfahren und damit die Tätigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters begleitet und beaufsichtigt haben, sind

⁴² Einzelheiten bei *Uhlenbruck*, § 22 InsO, Rdn 230–233.

⁴³ Vgl. LG Stuttgart, Beschl. v. 15. 08. 2000, NZI 2000, 547, 548; *Kübler/Prütting/Eickmann*, InsO, Vergütungsrecht, § 11 InsVV, Rdn 28; *Uhlenbruck*, § 22 InsO, Rdn 236.

⁴⁴ IX ZB 53/02, ZInsO 2002, 1133.

⁴⁵ Vgl. LG Koblenz, Rpfleger 1997, 427; LG Rostock, ZInsO 2001, 96; AG Köln, NZI 2000, 143; *Heidelberger Kommentar-Kirchhof*, § 22 InsO, Rdn 51; *Uhlenbruck*, ZIP 1996, 1889, 1890; *ders.*, § 22 InsO, Rdn 237.

⁴⁶ OLG Köln, NZI 2000, 585; OLG Zweibrücken, NZI 2000, 314, 315; LG Baden-Baden, ZIP 1999, 1138; *Goetsch*, in: *Berliner Praxiskommentar, Insolvenzrecht*, § 64 InsO, Rdn 4; *Kübler/Prütting/Eickmann*, § 11 InsVV, Rdn 39; *Franke/Burger*, NZI 2001, 403, 405 f.; *Haarmeyer*, Rpfleger 1997, 273.

allein im Stande, seine Tätigkeit in angemessener Weise zu beurteilen und eine angemessene Vergütung festzusetzen. Der Rechtspfleger, der das Verfahren mit Eröffnung übernimmt, war vorher nicht mit dem Verfahren befasst und ist daher kaum jemals im Stande, eine sachgerechte Beurteilung vorzunehmen. Abzulehnen sind Bestrebungen des Bundes Deutscher Rechtspfleger, das Insolvenzverfahren in vollem Umfang auf den Rechtspfleger zu übertragen. Die deutsche Wirtschaft würde wenig Verständnis dafür aufbringen, den wichtigen Bereich der Unternehmenssanierung oder der Eliminierung von Unternehmen aus dem Wettbewerb der richterlichen Zuständigkeit zu entziehen.

6. Zustellungen durch den vorläufigen Insolvenzverwalter

Nach § 8 Abs. 3 InsO kann das Insolvenzgericht den Insolvenzverwalter beauftragen, die Zustellungen durchzuführen. Es steht im pflichtgemäßen Ermessen des Insolvenzgerichts, dem Verwalter alle oder einen Teil der Zustellungen zu übertragen. Eines förmlichen Beschlusses bedarf es nicht. Der Gesetzgeber hat durch die Neuregelung in § 21 Abs. 2 Nr. 1 EGÄndG vom 19. 12. 1998 (BGBl. I, S. 3836) klargestellt, dass das Insolvenzgericht auch den vorläufigen Insolvenzverwalter mit der Durchführung von Zustellungen beauftragen kann. Gegen die Beauftragung gibt es kein Rechtsmittel.⁴⁷ Die Durchführung der Zustellungen durch den vorläufigen Insolvenzverwalter erfolgen ebenso wie solche des endgültigen Insolvenzverwalters nach den §§ 170–173, 174 ZPO (§ 4 InsO). Sowohl der vorläufige als auch der endgültige Insolvenzverwalter können die ihnen übertragenen Zustellungen nicht nur mit Postzustellungsurkunde, sondern auch durch formlose Übersendung des Schriftstücks mittels Aufgabe zur Post zustellen (§§ 213, 175 ZPO). In der Literatur sind Zweifel geäußert worden, ob der mit der Zustellung beauftragte Insolvenzverwalter durch Aufgabe zur Post zustellen darf. Dies sei insbesondere deshalb zweifelhaft, weil die Aufgabe zur Post eine Beurkundung durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle voraussetzt. Insoweit sei unklar, ob die Befugnis des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle mit der Übertragung der Zustellung automatisch auf den Insolvenzverwalter übergeht.⁴⁸ Nach wohl richtiger Meinung ist eine Zustellung durch Aufgabe zur Post durch den Insolvenzverwalter zulässig.⁴⁹ Um die Zweifelsfrage zu klären, sieht der Diskussionsentwurf des BMJ eine Änderung des § 8 Abs. 3 InsO vor. Danach kann zur Durchführung der Zustellung und zu deren Beurkundung der Insolvenzverwalter sich auch Dritter, insbesondere auch eigenen Personals bedienen. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen insoweit, als dem vorläufigen Insolvenzverwalter mit der Zustellung Aus-

⁴⁷ Kirchhof, in: Heidelberger Kommentar zur InsO, § 8, Rdn 9. Str.; a.A. Kübler/Prütting, § 8 InsO, Rdn 10.

⁴⁸ Vgl. Bernsen, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 1843 ff., 1849, Rdn 14; Wimmer/Schmerbach, in: Frankfurter Kommentar zur InsO, § 8 Rdn 24.

⁴⁹ Vgl. Sabel, ZIP 1999, 305, 307; Kirchhof, in: Heidelberger Kommentar zur InsO, § 8, Rdn 10; Kübler/Prütting/Prütting, § 8 InsO, Rdn 14; Uhlenbruck, § 8 InsO, Rdn 16.

lagen aufgebürdet werden, für die er keinen Ersatz aus der Staatskasse erhält, wenn sich das Verfahren später als masselos erweist. Das Ausfallrisiko des vorläufigen Verwalters lässt sich nur dadurch minimieren, dass das Insolvenzgericht einen Auslagenvorschuss und die Entnahme aus der Haftungsmasse genehmigt.⁵⁰ Die Ausübung pflichtgemäßen Ermessens bei der Beauftragung des vorläufigen Verwalters mit Zustellungsaufgaben bedeutet, dass das Insolvenzgericht von einer Übertragung abzusehen hat, wenn abzusehen ist, dass entweder wegen fehlender Kostendeckung (§ 26 Abs. 1 InsO) oder wegen absehbarer Verfahrenseinstellung nach den §§ 207, 211 InsO eine alsbaldige Beendigung des Verfahrens droht mit der Folge, dass der Verwalter seine Vergütungen und Auslagen nicht erstattet erhält. Es gehört zur Fürsorgepflicht des Insolvenzgerichts, den Verwalter vor solchen Auslagen zu bewahren.

7. Theorie und Praxis des Massekostenvorschusses

Nach § 26 Abs. 1 S. 1 InsO weist das Insolvenzgericht den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ab, wenn das Vermögen des Schuldners voraussichtlich nicht ausreichen wird, um die Kosten des Verfahrens zu decken. Die Abweisung unterbleibt, wenn ein ausreichender Geldbetrag vorgeschossen wird oder die Kosten nach § 4a InsO gestundet werden (§ 26 Abs. 1 S. 2 InsO). Der Gesetzgeber wollte die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens u. a. dadurch erleichtern, dass er es nach § 26 Abs. 1 S. 1 InsO für die Verfahrenseröffnung als ausreichend ansah, wenn das Vermögen des Schuldners die Kosten des Verfahrens (§ 54 InsO) deckt oder ein entsprechender Vorschuss gezahlt wird. Die gesetzliche Regelung hatte zur Folge, dass einmal viele Verfahren eröffnet wurden, alsbald nach Verfahrenseröffnung jedoch wieder nach § 207 InsO wegen Masselosigkeit oder nach § 211 InsO wegen Masseunzulänglichkeit eingestellt werden mussten. Zum andern erfolgte bei sogen. Null-Plan-Verfahren bei natürlichen Personen im Rahmen des Verbraucherinsolvenzverfahrens meist eine Abweisung mangels Masse, weil dem Schuldner von den Insolvenzgerichten keine Insolvenzkostenhilfe gewährt wurde. Durch die Einführung der Stundungsregelung in den §§ 4 a–d InsO durch das InsOÄndG 2001 ist die Anzahl der eröffneten Insolvenzverfahren erheblich angestiegen. Dies hat zu der eingangs dargestellten dramatischen Überlastung der Insolvenzgerichte geführt. Allein beim Amtsgericht Dresden wurde 2002 eine Steigerung bei den Regelinsolvenzverfahren von mehr als 300 Prozent registriert. Im Übrigen führt die gesetzliche Regelung in § 26 Abs. 1 S. 1 InsO, wonach lediglich die Kosten des Verfahrens i.S.v. § 54 InsO gedeckt sein müssen, dazu, dass viele Verfahren eröffnet werden, obgleich die Finanzierung in der Anfangsphase des eröffneten Verfahrens nicht gesichert ist. Wegen der Haftungsgefahren vor allem hinsichtlich der Altlasten, die oftmals auf Betriebsgrundstücken ruhen, sind viele

⁵⁰ *Ganter*, in: Münchner Kommentar zur InsO, § 8 InsO, Rdn 36; *Uhlenbruck*, § 8 InsO, Rdn 16.

Verwalter dazu übergegangen, entweder die sofortige Einstellung mangels Masse nach § 207 InsO bei Gericht anzuregen oder die Masseunzulänglichkeit nach § 208 InsO anzuzeigen mit der Folge, dass der Verteilungsschlüssel des § 209 InsO zur Anwendung gelangt. Einige Gerichte haben sogar die gesetzliche Vorgabe missachtet und in die Berechnung der Massekostendeckung bzw. des Vorschusses auch Masseverbindlichkeiten i.S.v. § 55 InsO eingerechnet, was meist zur Abweisung mangels Masse führte. Auch hier spielte die Gefahr einer persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters nach § 61 InsO eine maßgebliche Rolle. Inzwischen hat man sich auf den Gesetzeszweck besonnen und versucht, die Verwalterhaftung durch alsbaldige Anzeige der Masseunzulänglichkeit nach § 208 InsO zu vermeiden, sobald sich die Gefahr abzeichnet, dass die Insolvenzmasse nicht ausreicht, um die fälligen sonstigen Masseverbindlichkeiten zu erfüllen.⁵¹ Der Diskussionsentwurf des BMJ 2003 sieht eine Ergänzung des § 208 Abs. 1 InsO vor, wonach auf Antrag eines Gläubigers oder Schuldners das Insolvenzgericht die Masseunzulänglichkeit feststellt. Der BGH hat in einem Urteil vom 03. 04. 2003⁵² entschieden, dass die vom Insolvenzverwalter formgerecht angezeigte Masseunzulänglichkeit für das Prozessgericht bindend ist. Demgemäß können Altmasseverbindlichkeiten nicht mehr mit der Leistungsklage verfolgt werden. Reicht die nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit zu erwirtschaftende Insolvenzmasse nicht aus, um alle Neumassegäubiger voll zu befriedigen, ist nach Auffassung des BGH auf den Einwand des Insolvenzverwalters hin auch für diese Gläubiger nur noch eine Feststellungsklage zulässig. Allerdings reicht die Anzeige des Verwalters insoweit nicht aus. Vielmehr sind die Voraussetzungen vom Verwalter im Einzelnen darzulegen und erforderlichenfalls nachzuweisen. Der Arbeitskreis der Insolvenzverwalter Deutschland e.V. hat inzwischen eine weitere Änderung des § 26 InsO gefordert, die darauf abzielt, die Vorschrift so zu erweitern, dass die Voraussetzungen für die Verfahrenseröffnung auch die mit der Verfahrenseröffnung anfallenden unausweichlichen und unvermeidbaren Masseverbindlichkeiten umfasst.⁵³ In der Literatur ist vorgeschlagen worden, z. B. die Kosten für die Erfüllung von steuerlichen Pflichten oder Verkehrssicherungspflichten des Verwalters zu dessen erstattungsfähigen Auslagen i.S.v. § 5 InsVV zu rechnen, sodass diese Kosten in die Berechnung der Massekostendeckung automatisch einfließen.⁵⁴

Ein besonderes Problem stellt auch die Feststellung der Massekostendeckung durch die Gerichte dar. Dies gilt vor allem für die Einschätzung der voraussichtlich

⁵¹ Vgl. LG Berlin v. 08. 03. 2000, ZInsO 2000, 224; AG Neuruppin, ZIP 1999, 1687; AG Neu-Ulm, NZI 2000, 386; *Pape*, ZInsO 1999, 398; zu weitgehend AG Charlottenburg, ZIP 1999, 1687; *Nerlich/Römermann/Mönning*, § 26 InsO, Rdn 19 ff., 28; *Rattunde/Röder*, DZWIR 1999, 309. Eingehend zur Problematik *Kübler/Prütting/Pape*, § 26 InsO, Rdn 9 a–9 h.

⁵² ZIP 2003, 914, 915.

⁵³ Vgl. *Kübler/Prütting/Pape*, § 26 InsO, Rdn 1 f. – 1 h.

⁵⁴ *Kübler/Prütting/Pape*, § 26 InsO, Rdn 1 h; sehr weitgehend auch *Kind*, in: Braun, InsO, § 26, Rdn 17 – 19.

entstehenden Kosten des Insolvenzverfahrens sowie der Vergütung und Auslagen des Insolvenzverwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses. Die Schwierigkeiten beruhen vor allem darauf, dass sich die Kosten und die Vergütung weitgehend nach der Teilungsmasse berechnen, die erst am Verfahrensschluss feststeht. Zudem lassen sich die Vergütungen für Gläubigerausschussmitglieder allenfalls schätzen.

Ein weiteres Problem ist die sogen. temporäre Verfahrenskostenunterdeckung. Vielfach ist zwar eine die Verfahrenskosten deckende Masse vorhanden, jedoch sind die vorhandenen Massegegenstände nur langfristig verwertbar. Nach Auffassung des AG Hamburg⁵⁵ hat der Insolvenzverwalter das Verfahren für den Zeitraum einer temporären Verfahrenskostenunterdeckung fortzuführen und alles zu tun, um Zwänge zur Begründung vermeintlich notwendiger Masseverbindlichkeiten abzuwehren. Er sei nicht berechtigt, die Masseunzulänglichkeit anzuzeigen, wenn eine etwas mehr als die Verfahrenskosten deckende Masse erstmals in mehr als zwei Jahren zu realisieren sei.⁵⁶ Letztlich ist die Frage der temporären Verfahrenskostenunterdeckung auch eine solche der Zumutbarkeit für den Schuldner bzw. das Schuldnerunternehmen. Es ist einem Schuldner nicht zuzumuten, mit seinem Vermögen über mehrere Jahre hinweg dem Insolvenzbeschluss zu unterliegen, nur weil Vermögensgegenstände langfristig verwertbar sind. Insoweit wäre es Sache des Gesetzgebers, eine Vorschrift vorzusehen, die den Vorbehalt einer Nachtragsverteilung bei bekannten, aber langfristig verwertbaren Gegenständen des Schuldnervermögens vorsieht. Als nachteilig hat sich in der Praxis auch erwiesen, dass das Gesetz keine förmliche Anforderung des Vorschusses vorsieht und der Beschluss über die Vorschussanforderung nicht in Rechtskraft erwachsen kann. Die Vorschussberechnung kann nur mit dem Abweisungsbeschluss angefochten werden.⁵⁷

Um eine größere Zahl von Verfahren zur Eröffnung zu bringen, hat der Gesetzgeber in § 26 Abs. 3 InsO angeordnet, dass der Massekostenvorschuss als Schadenersatz von Gesellschaftsorganen zurückgefordert werden kann, die pflichtwidrig und schuldhaft den Eröffnungsantrag nicht oder verspätet gestellt haben. Praktische Bedeutung hat diese Vorschrift bislang nicht erlangt.⁵⁸ Erstattungsfähig nach § 26 Abs. 3 InsO sind nach Auffassung des BGH⁵⁹ nur solche Geldbeträge, die zu

⁵⁵ Beschl. v. 02. 02. 2000, NZI 2000, 140; ebenso LG Leipzig, ZInsO 2002, 576.

⁵⁶ Kritisch zu dieser Rechtsprechung Uhlenbruck, NZI 2001, 408, 409; ders., § 26 InsO, Rdn 14.

⁵⁷ Vgl. Uhlenbruck, § 26 InsO, Rdn 21; Kübler/Prütting/Pape, § 26 InsO, Rdn 18. Zur Zulässigkeit der Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss mit der Begründung, es sei ein überhöhter Vorschuss eingefordert worden, s. KG, NZI 2001, 379; LG Berlin, ZInsO 2001, 718; Haarmeyer, ZInsO 2001, 103, 107.

⁵⁸ Vgl. Häsemeyer, in: D. Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, KTS-Schriften, Nr. 1, 1991, S. 101, 110; Henssler, ZInsO 1999, 121, 122; Kübler, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 967, Rdn 9 ff.; Uhlenbruck, KTS 1994, 169, 175; ders., in: Kölner Schrift zur InsO, S. 1157, Rdn 22.

⁵⁹ ZInsO 2003, 28.

dem Zweck vorgeschossen werden, die Abweisung mangels Masse zu verhindern. Stellt ein Gläubiger, ohne dass ein Massekostenvorschuss erforderlich wäre, dem Verwalter vorab einen Geldbetrag zur Verfügung, so handelt es sich nach Auffassung des OLG Brandenburg⁶⁰ auch dann nicht um einen Massekostenvorschuss im Rechtssinne, wenn er als solcher bezeichnet ist. Ein Ersatzanspruch nach § 26 Abs. 3 InsO kann von dem Einzahlenden nicht geltend gemacht werden.

Schließlich ist die Gerichtspraxis hinsichtlich der Entscheidung uneinheitlich, wer die Kosten des Verfahrens bei Abweisung mangels Masse zu tragen hat.⁶¹ Bei der Abweisung mangels Masse hat der Gläubiger in der Sache selbst obsiegt und sein Antrag wird lediglich abgewiesen, weil das objektive Verfahrenshindernis der Masselosigkeit einer Verfahrenseröffnung entgegen steht. Das Veranlassungsprinzip kann nicht als Begründung angeführt werden, in diesen Fällen dem Gläubiger als Antragsteller die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.⁶² Die Auffassung, die dem Antragsgegner (Schuldner) die Kosten des Verfahrens auferlegt, hat den Vorteil, dass die anwaltlichen Gebühren nicht gegen den Antragsteller festgesetzt werden können. Im Übrigen trifft den Antragsteller als Zweitschuldner ohnehin das Kostenrisiko nach § 50 GKG.⁶³

8. Erfahrungen mit den Insolvenzauslösern

Die frühere Konkurs- und Vergleichsordnung kannte als Verfahrensauslöser nur die Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung. Der Gesetzgeber hat in § 18 InsO nunmehr den weiteren Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit eingeführt. Dieser Insolvenzgrund verpflichtet zwar nicht das Schuldnerunternehmen zum Insolvenzantrag; jedoch eröffnet es ihm die Möglichkeit, sich rechtzeitig unter den Schutz eines gerichtlichen Sanierungsverfahrens zu stellen.

a) Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)

aa) Begriff der Zahlungsunfähigkeit

Der Gesetzgeber hat sich mit Recht für die Zahlungsunfähigkeit als allgemeinen Insolvenzgrund und damit Auslöser eines Insolvenzverfahrens entschieden. Während in der früheren Konkursordnung eine Definition der Zahlungsunfähigkeit

⁶⁰ ZInsO 2003, 223.

⁶¹ Eingehend zur Problematik Uhlenbruck, § 26 InsO, Rdn 28; Kübler/Prütting/Pape, § 26 InsO, Rdn 27 ff.

⁶² So aber OLG Köln v. 14. 04. 2000, NZI 2000, 374, 375.

⁶³ Vgl. OLG München, Beschl. v. 22. 04. 1986, ZIP 1987, 48; Kirchhof, in: Heidelberger Kommentar zur InsO, § 26, Rdn 19; Kübler/Prütting/Pape, § 26 InsO, Rdn 29 p; Uhlenbruck, § 26 InsO, Rdn 28.

fehlte oder allenfalls als Zahlungseinstellung in § 102 Abs. 2 KO erwähnt war, bringt nunmehr § 17 Abs. 2 InsO eine Legaldefinition: „Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.“⁶⁴ Der Gesetzgeber hat zwar in § 17 InsO auf das Merkmal der Dauer ebenso verzichtet wie auf das Merkmal der Wesentlichkeit. Die bereits für das alte Recht aufgetretenen Probleme sind damit allerdings keineswegs beseitigt. Eine vorübergehende Zahlungsstockung ist nach Meinung des Gesetzgebers keine Zahlungsunfähigkeit. Er definiert aber nicht, was Zahlungsstockung ist und wie diese in der Praxis festgestellt wird. Auch nach neuem Recht bleibt die Zahlungsunfähigkeit Zeitraumilliquidität. Der Wegfall des Merkmals der Dauer soll nur verhindern, dass von den Insolvenzgerichten eine über Wochen oder Monate fortbestehende Illiquidität zur rechtlich unerheblichen Zahlungsstockung erklärt wird.⁶⁵ Nach Auffassung des Gesetzgebers versteht es sich von selbst, dass ein Schuldner, dem in einem bestimmten Zeitpunkt liquide Mittel fehlen – etwa weil eine erwartete Zahlung nicht eingegangen ist –, der sich die Liquidität aber kurzfristig verschaffen kann, im Sinne der Vorschrift „in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen“. In der Praxis bereitet die Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung erhebliche Schwierigkeiten. Nach Meinung des AG Köln⁶⁶ kann eine bloße Zahlungsstockung in Abgrenzung zur Zahlungsunfähigkeit nur angenommen werden, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, weniger als fünf Prozent seiner fälligen Zahlungsverpflichtungen innerhalb einer Obergrenze von zwei Wochen zu erfüllen. Dies soll unabhängig von den jeweiligen branchentypischen Umständen gelten. Wenn es in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 17 InsO heißt, dass eine vorübergehende Zahlungsstockung keine Zahlungsunfähigkeit begründet, so bedeutet dies letztlich nichts anderes, als dass auch die InsO den Begriff der Zahlungsunfähigkeit als Zeitraumilliquidität versteht.

Ob sich die Frist von zwei bis drei Wochen für die Abgrenzung der Zahlungsstockung von der Zahlungsunfähigkeit in der Praxis durchsetzt, bleibt abzuwar-

⁶⁴ Vgl. hierzu *Uhlenbruck*, Das neue Insolvenzrecht, S. 75; *ders.*, Strafrechtliche Aspekte der Insolvenzrechtsreform 1994, *wistra* 1996, 1, 3 ff.; *Harz*, *ZInsO* 2001, 193 ff.; *Drukarczyk*, Unternehmen und Insolvenz, 1987, S. 76 ff.; *Drukarczyk/Schüler*, Die Eröffnungsgründe der InsO: Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung* 2. Aufl. 2000, S. 95 ff.; *Gottwald/Uhlenbruck*, Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, § 6 Rdn 4 ff.; *Hess/Weis*, Die Insolvenzgründe nach der Insolvenzordnung, *InVo* 1996, 253; *Burger/Schellberg*, Die Auslösetatbestände im neuen Insolvenzrecht, *BB* 1995, 261 ff.; *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, 1997, S. 278 ff.; *Jäger*, Die Zahlungsunfähigkeit im neuen Insolvenzrecht, *BB* 1997, 1575 ff.; *Groß/Hess*, Die Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzauslösungsgrund, *WPg* 1999, 422 ff.; v. *Onciul*, Die rechtzeitige Auslösung des Insolvenzverfahrens, 2000, S. 92 ff.; *Scholz/Karsten Schmidt*, 9. Aufl., vor § 64 GmbHG, Rdn 10 ff.

⁶⁵ Vgl. *Kübler/Prütting/Pape*, § 17 InsO, Rdn 9; *Kuhn/Uhlenbruck*, § 102 KO, Rdn 2 b.

⁶⁶ *Beschl. v. 9. 6. 1999*, *NZI* 2000, 89.

ten.⁶⁷ Nach Auffassung des OLG Koblenz⁶⁸ wird die Grenze von der Zahlungsstockung zur Zahlungseinstellung überschritten, wenn die fälligen Schulden nicht im Wesentlichen binnen etwa einem Monat gezahlt werden können. Streitig ist, ob das Merkmal der Zahlungsunfähigkeit nach wie vor ein Prognosemoment enthält.⁶⁹ Dieser Auffassung hält *Karsten Schmidt*⁷⁰ entgegen, dass sich betriebswirtschaftlich die Prognose in Finanzplänen widerspiegelt. Richtig sei zwar, dass eine Zahlungsstockung, wenn sie wider Erwarten anhält, binnen objektiv kurzer Frist zur Zahlungsunfähigkeit führe. Richtig sei aber auch, dass bereits vor dem Ablauf der kurzen Frist Zahlungsunfähigkeit vorliege, wenn die Beschaffung von Liquidität von vorneherein objektiv unwahrscheinlich sei. Eine Prognose sei unerlässlich.

Da das Gesetz keinen festen Zeitpunkt für die Zahlungsstockung festlegt, sollte der Zeitraum von zwei – drei Wochen lediglich als Richtwert angesehen werden, an dem sich Gerichte, Gläubiger und Schuldner orientieren können. Im Übrigen wird sich die Insolvenzpraxis ebenso wie die strafgerichtliche Praxis an den Besonderheiten des Einzelfalles zu orientieren haben. Bestehen Sanierungsaussichten, muss dem Schuldner bzw. Schuldnerunternehmen ausreichend Zeit gegeben werden, sich neue flüssige Mittel oder Kredite zu beschaffen, wenn dies bei realistischer Einschätzung kurzfristig möglich erscheint.⁷¹ Die Abgrenzungsfrage gewinnt besondere Bedeutung, weil bei antragspflichtigen beschränkt haftenden Gesellschaften des Handelsrechts die Drei-Wochen-Frist für den Insolvenzantrag läuft, deren schuldhafte Verletzung nicht nur zur zivilrechtlichen Haftung, sondern auch zu einer strafrechtlichen Verantwortung der organschaftlichen Vertreter führt.

bb) Verzicht auf das Merkmal der Wesentlichkeit

Der Gesetzgeber meinte auch auf das Merkmal der Wesentlichkeit bei der Zahlungsunfähigkeit verzichten zu können. In der Begründung zu § 17 InsO⁷² heißt es, es sei selbstverständlich, dass ganz geringfügige Liquiditätslücken außer Betracht bleiben müssen. Letztlich müsse auch hier der bisherigen Tendenz einer übermäßig einschränkenden Auslegung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit entgegen gewirkt werden. Insbesondere erscheine es nicht gerechtfertigt, Zahlungsunfähigkeit erst anzunehmen, wenn der Schuldner bzw. das Schuldnerunternehmen einen be-

⁶⁷ Vgl. auch *Kübler/Prütting/Pape*, § 17 InsO, Rdn 11; *Heidelberger Komm-Kirchhof*, § 17 InsO, Rdn 18; *Frankfurter Komm-Schmerbach*, § 17 InsO, Rdn 17; *Burger/Schellberg*, KTS 1995, 567; *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 280 f.; *Uhlenbruck*, in: *Karsten Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rdn 569.

⁶⁸ Urt. v. 14. 03. 2002, ZInsO 2002, 533.

⁶⁹ Verneinend *Lutter/Hommelhoff*, § 64 GmbHG, Rdn 6; *Lutter*, ZIP 1999, 641, 642; *Niesert*, ZInsO 2001, 735 ff.

⁷⁰ *Scholz/Karsten Schmidt*, vor § 64 GmbHG, Rdn 12.

⁷¹ Kritisch hierzu *Penzlin*, NZG 1999, 1203 ff.

⁷² Abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, Die neuen Insolvenzgesetze, 2. Aufl., 1999, S. 223.

stimmten Bruchteil der Gesamtsumme seiner Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen könne. Was aber „ganz geringfügige Liquiditätslücken“ sind, hat der Gesetzgeber nicht gesagt. In der früheren Literatur wurden zum Begriff der Wesentlichkeit Verhältniswerte von 10 bis 25 Prozent vertreten.⁷³ Nach der InsO soll es auf das Verhältnis der bezahlten zu den nicht bezahlten Verbindlichkeiten nicht mehr ankommen. Der Schuldner bzw. das Schuldnerunternehmen ist nach neuem Recht auch dann zahlungsunfähig i.S.v. § 17 InsO, wenn er bzw. es nur einen kleinen Teil der fälligen Verbindlichkeiten nicht zu berichtigen vermag. Da der Gesetzgeber den Begriff der „geringfügigen Liquiditätslücke“ nicht definiert hat, bleibt die Festlegung der Praxis der Insolvenzgerichte und der Rechtsprechung überlassen.⁷⁴ Trotz der begrifflichen Straffung sind auch für das neue Recht die alten Probleme gleichzeitig auch die neuen geblieben.⁷⁵

cc) Zahlungsunfähigkeit als Geldilliquidität

Nicht geklärt hat der Gesetzgeber in der InsO die Frage, ob die Zahlungsunfähigkeit als Geldilliquidität zu verstehen ist oder ob hierunter auch eine mehr oder weniger kurzfristige Liquidierbarkeit von Vermögensgegenständen zählt oder gar die Möglichkeit der Beleihbarkeit von Vermögensgegenständen.⁷⁶ Insolvenzrechtlich ist Zahlungsunfähigkeit immer Geldilliquidität.⁷⁷ Die Eigenschaft von Vermögensgegenständen, liquidierbar zu sein, stellt sich nicht als Liquidität i.S.v. § 17 InsO dar. Der Begriff der insolvenzrechtlichen Zahlungsunfähigkeit geht nicht von Liquidität als Eigenschaft von Vermögensobjekten, sondern von der Liquidität als Eigenschaft von Wirtschaftssubjekten aus, den jeweiligen Zahlungsverpflichtungen fristgerecht nachkommen zu können. Eine Einschränkung ist lediglich insoweit zu machen, als zum Zahlungsmittelbegriff nach allgemeiner Meinung auch der Kredit gehört.⁷⁸ Verbindlichkeiten, die sich als Rückforderungsansprüche kapi-

⁷³ Veit, ZIP 1982, 278; Schedlbauer, DB 1984, 2205, 2212; Tiedemann, ZIP 1983, 515; Hoffmann, MDR 1979, 713.

⁷⁴ Vgl. AG Köln v. 9. 6. 1999, NZI 2000, 89, das von 5 Prozent der fälligen Zahlungsverpflichtungen ausgeht. Nach LG Hamburg v. 16. 03. 2001, ZIP 2001, 711, 712 ist Zahlungsunfähigkeit bereits anzunehmen, wenn der Schuldner einen nicht völlig unwesentlichen Teil seiner Verbindlichkeiten nicht mehr begleichen kann. s. auch Frankfurter Komm-Schmerbach, § 17 InsO, Rdn 22; Harz, ZInsO 2001, 191, 196 f.

⁷⁵ Vgl. auch Meyer-Cording, ZIP 1989, 485, 486; Temme, Die Eröffnungsgründe der Insolvenzordnung, 1997, S. 35.

⁷⁶ Vgl. Matzen, Der Begriff der drohenden und eingetretenen Zahlungsunfähigkeit im Konkursstrafrecht, 1993, S. 33 ff.; Reck, GmbHR 1999, 267, 268; Hartung, wistra 1997, 2, 3.

⁷⁷ Kuhn/Uhlenbruck § 102 KO, Rdn 2; Uhlenbruck, Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich, S. 229; ders., in: Baetge (Hrsg.), Beiträge zum neuen Insolvenzrecht, 1998, S. 29 ff.; ders., in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, S. 565.

⁷⁸ Bork, Einführung in das neue Insolvenzrecht, 2. Aufl., Rdn 85; Uhlenbruck KTS 1986, 27; Temme, Die Eröffnungsgründe, S. 12.

talersetzender Leistungen i.S.v. § 32 a GmbHG darstellen oder hinsichtlich derer ein gesetzliches Rückzahlungsverbot besteht, wie bei Auszahlungen auf das Stammkapital (§ 30 GmbHG), können bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit vernachlässigt werden.⁷⁹

dd) Zahlungseinstellung

Im Fall der Zahlungseinstellung begründet § 17 Abs. 2 S. 2 InsO eine widerlegliche Vermutung für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit. Zahlungseinstellung liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen und wenn dieser Zustand nach außen hin in Erscheinung tritt, dass er für die beteiligten Verkehrskreise erkennbar wird.⁸⁰

Indizien für die Zahlungseinstellung, wie z. B. die Hingabe ungedeckter Schecks oder einzelne Wechselproteste, reichen für die Annahme der Zahlungseinstellung nicht aus. Da es bei der Zahlungsunfähigkeit immer darauf ankommt, dass der Schuldner nicht zahlen kann, nicht dagegen, dass er nicht zahlen will, liegt eine Zahlungseinstellung nicht vor, solange der Schuldner zahlungsfähig ist, aber die Zahlungen bewusst verweigert.⁸¹

Nach § 17 Abs. 2 S. 2 InsO ist Zahlungseinstellung ein Verhalten des Schuldners, das die Zahlungsunfähigkeit indiziert, also zwar faktisch, aber nicht rechtlich voraussetzt. Der Schuldner bzw. das Schuldnerunternehmen muss nach außen hin zu erkennen geben, dass er bzw. es finanziell außerstande ist, mindestens eine nicht unwesentliche Forderung zu erfüllen. Dazu reicht es aus, dass der Schuldner einem einzelnen Gläubiger erklärt, nicht mehr zahlen zu können. Es genügt ebenfalls Schließung des Ladenlokals oder Unerreichbarkeit des Geschäftsführers.⁸²

Zur KO und GesO hat der BGH die Zahlungseinstellung bejaht, wenn die fälligen Schulden nicht im Wesentlichen binnen etwa eines Monats bezahlt werden können.⁸³ Für die Insolvenzanfechtung hat der BGH entschieden, dass eine Zah-

⁷⁹ Scholz/Karsten Schmidt, vor § 64 GmbHG, Rdn 7, 8; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh, § 63 GmbHG, Rdn 5; Kübler/Prütting/Pape, § 17 InsO, Rdn 7; Temme, Die Eröffnungsgründe, S. 19 ff.

⁸⁰ BGH NJW 1985, 1785; BGH ZIP 1991, 1014; BGH ZIP 1995, 929, 930; BGH ZIP 1997, 423; Kuhn/Uhlenbruck, § 102 KO, Rdn 2 f.; Jaeger/Henckel, § 30 KO, Rdn 11; Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 282 f.; Scholz/Karsten Schmidt, vor § 64 GmbHG, Rdn 14; Kübler/Prütting/Pape, § 17 InsO, Rdn 17.

⁸¹ Vgl. RGSt 14, 221; RGSt 41, 309, 312; Tiedemann, Insolvenz-Strafrecht, 2. Aufl., 1996, vor § 283 StGB, Rdn 144; Burger/Schellberg, BB 1995, 261, 262; Bork, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rdn 84; Hess/Pape, InsO und EGInsO, Rdn 98; Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rdn 572.

⁸² Vgl. BGH ZIP 1995, 929, 930; Münch Komm-Eilenberger, § 17 InsO, Rdn 29; Kübler/Prütting/Pape, § 17 InsO, Rdn 18; Scholz/Karsten Schmidt, vor § 64 GmbHG, Rdn 14.

⁸³ BGH v. 25. 10. 2001, NJW 2002, 512; BGH NJW 1999, 645; BGH NZI 2002, 34.

lungseinstellung des Schuldners auch dann vorliegen kann, wenn nachfolgend noch vereinzelt Zahlungen – selbst in beträchtlicher Höhe – erfolgen. Im entschiedenen Fall waren es insgesamt noch mehr als 200.000,00 DM.⁸⁴ Nach wohl richtiger Meinung kann eine mutwillige oder böswillige Zahlungsverweigerung nicht der insolvenzrechtlichen Zahlungseinstellung gleichgesetzt werden, denn die Zahlungsunfähigkeit setzt voraus, dass der Schuldner oder das Schuldnerunternehmen nicht zahlen kann. Die gegenteilige strafgerichtliche Rechtsprechung⁸⁵ vermag nicht zu überzeugen. Nach zutreffender Feststellung von K. Tiedemann⁸⁶ besteht insgesamt Anlass, die Ausweitung des strafrechtlichen Begriffs der Zahlungseinstellung gegenüber dem insolvenzrechtlichen Begriff wieder rückgängig zu machen, zumal der böswillige Täter allein durch seine Böswilligkeit nicht zum Schuldner wird und damit auch diese Fälle nicht durch einen weiten Begriff der Zahlungseinstellung lösbar sind.

ee) Feststellung der Zahlungsunfähigkeit

Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit erfolgt immer auf der Grundlage eines Finanzstatus (Liquiditätsstatus). Anders als nach früherem Recht kommt es nicht mehr auf einen Finanzplan und eine Deckungskostenbeitragsrechnung an, weil weder künftig fällige Verbindlichkeiten noch künftige Zahlungseingänge eine Rolle spielen. Im Finanzstatus, der aus dem Rechnungswesen abzuleiten ist, werden das verfügbare Finanzmittelpotenzial des Unternehmens sowie dessen Verbindlichkeiten inventarmäßig erfasst. Auf den Grad der Liquidität kommt es nicht mehr an, sondern nur noch auf die Fälligkeit.

b) Drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO)

aa) Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit

Eine Neuerung gegenüber dem Früheren stellt die Einführung des Insolvenzgrundes der drohenden Zahlungsunfähigkeit in § 18 InsO dar.⁸⁷ Der Gesetzgeber

⁸⁴ BGH, Urt. v. 17. 5. 2000, ZIP 2001, 1155.

⁸⁵ RGSt 14, 221; RGSt 41, 309, 312; RG JW 1934, 841, 842; BGH bei *Herlan*, GA 1953, 73

⁸⁶ Insolvenz-Strafrecht, vor § 283 StGB, Rdn 144.

⁸⁷ Vgl. *Drukarczyk/Schüler*; Die Eröffnungsgründe der InsO: Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 95, 108 ff., Rdn 35 ff.; *Uhlenbruck*, in: *Karsten Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 2. Aufl., Rdn 595 ff., S. 331 ff.; *Uhlenbruck*, GmbHR 1995, 81, 86; *Warrikoff*, Die Möglichkeiten zum Unternehmenserhalt nach dem neuen Insolvenzrecht, KTS 1996, 489 ff.; *Hess/Weis*, Die Ausweitung der Insolvenzeröffnungstatbestände nach der InsO, InVo 1996, 29 ff.; *Uhlenbruck*, wistra 1996, 1, 3; *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 284; *Kübler/Prütting/Pape*, § 18 InsO, Rdn 5 ff. Zum

wollte durch die Einführung des Insolvenzgrundes der drohenden Zahlungsunfähigkeit dem Schuldner bzw. dem Schuldnerunternehmen die Möglichkeit verschaffen, sich frühzeitig unter den Schutz eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens zu stellen. Allerdings zeigen amerikanische Erfahrungen, dass die frühzeitige Antragstellung auch missbrauchsanfällig sein kann. Aufgabe der Gerichte ist es, bei freiwilliger Auslösung eines Insolvenzverfahrens durch den Schuldner bei drohender Zahlungsunfähigkeit Missbräuchen vorzubeugen, wenn die Gefahr besteht, dass ein Schuldnerunternehmen das gerichtliche Insolvenzverfahren dazu benutzt, von lästigen Verträgen loszukommen (§§ 103 ff. InsO), Sozialplanbelastungen kalkulierbar zu machen (§ 123 InsO) und kürzere Kündigungsfristen für die Kündigung von Arbeitnehmern zu erreichen (§ 113 InsO).

Nach zwingender Vorschrift des § 16 InsO hat sich das Gericht die notwendige Überzeugung vom Vorliegen des Insolvenzgrundes zu verschaffen. Für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wegen drohender Zahlungsunfähigkeit reicht es also nicht aus, dass der Schuldner als Antragsteller diese einräumt. Auch hinsichtlich der drohenden Zahlungsunfähigkeit bringt der Gesetzgeber in § 18 Abs. 2 InsO eine Legaldefinition: „Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.“ Der Unterschied zur eingetretenen Zahlungsunfähigkeit beruht darin, dass nicht nur auf die gegenwärtig fälligen Zahlungsverpflichtungen, sondern auch auf künftig fällig werdende Zahlungspflichten abgestellt wird. Auch hier ist aber davon auszugehen, dass entscheidend eine künftige Geldilliquidität ist. Auch zukünftige, noch nicht begründete Zahlungspflichten können im Rahmen der Prognose Bedeutung gewinnen. Die drohende Zahlungsunfähigkeit ist letztlich eine Frage künftiger Liquiditätsentwicklung.⁸⁸ Ohne einen Finanzplan ist die drohende Zahlungsunfähigkeit nicht festzustellen.⁸⁹ Selbst wenn man entsprechend dem Wortlaut des § 18 Abs. 2 InsO darauf abstellt, dass nur auf die bestehenden Verbindlichkeiten, d. h. die begründeten Zahlungsverpflichtungen abzustellen ist, gewinnen künftige, noch nicht begründete Zahlungspflichten für die Prognoseentscheidung trotzdem Bedeutung.⁹⁰ Schwierigkeiten bereitet in der

strafrechtlichen Begriff der Zahlungsunfähigkeit s. *Tiedemann*, Insolvenz-Strafrecht, 2. Aufl., 1996, vor § 283 StGB, Rdn 142 ff.; *Bretzke*, Der Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit im Konkursstrafrecht, 1984; *Hoffmann*, DB 1980, 1527; *Borup*, wistra 1988, 88; *Richter*, GmbHR 1984, 137; *Tiedemann*, NJW 1997, 781.

⁸⁸ *Kübler/Prütting/Pape*, § 18 InsO, Rdn 6; *Drukarczyk/Schüler*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 108 ff., Rdn 35 ff.; *Burger/Schellberg*, BB 1995, 261, 264; *Nerlich/Rörmann/Mönning*, § 18 InsO, Rdn 28; Heidelberger Komm-Kirchhof, § 18 InsO, Rdn 6.

⁸⁹ Vgl. *Drukarczyk*, Theorie und Politik der Finanzierung, 2. Aufl., 1993, S. 99 ff.; *Drukarczyk/Schüler*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 109 f., Rdn 40 ff.; *Pink*, in: Hofbauer/Kupsch, Bonner Handbuch Rechnungslegung, Band 4, Fach 5, Rdn 124–141, 152–158, 159–163; *Heim/Kless*, DStR 1999, 387 ff.; *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 185 f.; *Kübler/Prütting/Pape*, § 18 InsO, Rdn 6 ff.; *Nerlich/Rörmann/Mönning*, § 18 InsO, Rdn 25 ff.

Praxis der Prognosezeitraum, den der Gesetzgeber nicht festgelegt hat. In der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 22⁹¹ heißt es hierzu, dass bei der Prognose auf die gesamte Entwicklung der Finanzlage des Schuldners bis zur Fälligkeit aller bestehenden Verbindlichkeiten abzustellen ist. Demgemäß wird die Länge des Prognosezeitraums grundsätzlich bestimmt durch den spätesten Fälligkeitszeitpunkt der bestehenden, aber derzeit noch nicht fälligen Zahlungspflichten.⁹²

Fast allgemein herrscht Einigkeit darüber, dass Prognosezeiträume von 15 und mehr Jahren wenig sinnvoll sind. Überwiegend werden in der Literatur maximal zwei Jahre, aber auch drei Jahre vertreten.⁹³

In der Literatur wird teilweise angenommen, eine branchen- und unternehmensabhängige Zeitspanne, die maximal das folgende Geschäftsjahr umfasse, sei richtig und angemessen. Finanzpläne, die über einen Zeitraum von einem Jahr hinausgingen, seien bekanntermaßen mit erheblichen Unsicherheitsfaktoren behaftet. Deshalb mache es keinen Sinn, den Finanzplan und damit den Prognosezeitraum über das folgende Geschäftsjahr hinaus zu erstellen. Nach zutreffender Feststellung von E. Braun⁹⁴ sind Prognosen „Aussagen über voraussichtliche, in der überschaubaren Zukunft zu erwartende Entwicklungen, Tatbestände und politische oder wirtschaftliche Situationen unter Berücksichtigung der zurückliegenden bzw. gegenwärtigen Entwicklungen. Prognosen beinhalten nicht die Vorhersagen bestimmter Ereignisse oder Endzustände, sondern sie sind Annahmen über mögliche und wahrscheinliche Entwicklungen.“ Damit die drohende Zahlungsunfähigkeit als insolvenzrechtlicher Tatbestand judizierbar bleibt, ist davon auszugehen, dass sich der Planungszeitraum auf das laufende Geschäftsjahr bezieht und nach Möglichkeit auch das nächste Geschäftsjahr mit erfasst. Mehr kann man von einer ehrlichen Finanzplanung nicht erwarten.⁹⁵ Das Wort „voraussichtlich“ in § 18 Abs. 2 InsO ist nach den Vorstellungen des Gesetzgebers dahingehend zu verstehen, dass

⁹⁰ Vgl. Frankfurter Komm-Schmerbach, § 18 InsO, Rdn 7; Scholz/Karsten Schmidt, vor § 64 GmbHG, Rdn 35; Drukarczyk/Schüler, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 111; Nerlich/Rörmann/Mönning, § 18 InsO, Rdn 25.

⁹¹ Vgl. Uhlenbruck, Das neue Insolvenzrecht, S. 318.

⁹² Vgl. Drukarczyk/Schüler, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, Rdn 43; Frankfurter Komm-Schmerbach, § 18 InsO, Rdn 25; Berliner Komm-Goetsch, § 18 InsO, Rdn 11; Scholz/Karsten Schmidt, vor § 64 GmbHG, Rdn 35.

⁹³ Vgl. Kübler/Prütting/Pape, § 18 InsO, Rdn 6; Frankfurter Komm-Schmerbach, § 18 InsO, Rdn 8 a; Temme, Die Eröffnungsgründe, S. 81; Bittmann, wistra 1998, 325; Heidelberger Komm-Kirchhof, § 18 InsO, Rdn 8. Nach Scholz/Karsten Schmidt, 9. Aufl., vor § 64 GmbHG Rdn 18, 19 hängt die Dauer der Prognose von den Fristigkeiten der Verbindlichkeiten ab.

⁹⁴ Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 448; ebenso Amelung, in: Kraemer, Handbuch zur Insolvenz, Fach 6 Kap. 2, Rdn 29.

⁹⁵ Vgl. auch Kübler/Prütting/Pape, § 18 InsO, Rdn 6; Uhlenbruck, wistra 1996, 1, 6; Wolf, DStR 1998, 126, 127; Harz, ZInsO 2001, 193, 197; Uhlenbruck, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6, Rdn 10; Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rdn 574–576.

der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlicher sein muss als deren Vermeidung. Sobald diese Voraussetzung vorliege, sei die Befriedigung der Gläubiger so stark gefährdet, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gerechtfertigt erscheine.

bb) Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit

Die Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit stößt in der Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten.⁹⁶ Verfahrensmäßig bestehen diese Schwierigkeiten bei Einleitung eines Insolvenzverfahrens allerdings nicht. Der Gesetzgeber verlangt vom Schuldner nicht, dass er das Vorliegen der drohenden Zahlungsunfähigkeit mit den Mitteln des § 294 ZPO glaubhaft macht. Das heißt aber nicht, dass der Schuldner nicht verpflichtet wäre, den Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit schlüssig darzulegen und nachvollziehbar zu belegen.⁹⁷

Das Schuldnerunternehmen hat entsprechend §§ 4 InsO, 253 ZPO sämtliche Tatsachen vorzutragen, die, ihre Richtigkeit unterstellt, geeignet sind, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wegen drohender Zahlungsunfähigkeit zu rechtfertigen. Es ist sodann Sache des Gerichts, die drohende Zahlungsunfähigkeit nach Antragszulassung von Amts wegen festzustellen (§ 5 InsO), denn die Verfahrenseröffnung verlangt nach § 16 InsO, dass der Insolvenzgrund zur Überzeugung des Gerichts festliegt. Die Tatsache, dass die Verfahrenseinleitung in den USA und anderen Staaten teilweise großzügiger gehandhabt wird, rechtfertigt für das deutsche Insolvenzrecht keine andere Beurteilung.

cc) Vorteile des Insolvenzantrages wegen drohender Zahlungsunfähigkeit

Die Chancen eines Insolvenzantrags wegen drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) liegen vor allem darin, dass die notwendigen Sanierungsmaßnahmen rechtzeitig eingreifen und nicht durch Zwangsvollstreckungen der Gläubiger gestört oder verhindert werden. Das Insolvenzgericht hat nach § 21 InsO die Möglichkeit, Zwangsvollstreckungen der Gläubiger einstweilen einzustellen oder zu untersagen. Das Ausplündern des Unternehmens durch Eigentumsvorbehaltsgläubiger und sonstige Aussonderungsberechtigte kann verhindert werden. Soweit Gläubiger schon Zwangsvollstreckungen in das Schuldnervermögen ausgebracht haben, verschafft die in § 88 InsO geregelte Rückschlagssperre dem Unternehmen

⁹⁶ Vgl. IDW Prüfungsstandard: Empfehlungen zur Prüfung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen (IDW PS 800), verabschiedet vom Fachausschuss Recht am 22. 1. 1999, FN IDW Nr. 3/1999, S. 85 ff.; *Karsten Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rdn 595 ff.

⁹⁷ Vgl. *Vallender*, MDR 1999, 280, 281; *Uhlenbruck*, InVo 1999, 333 f.; *Kübler/Prütting/Pape*, § 18 InsO, Rdn 10.

neue Liquidität, denn die Sicherungen der Gläubiger werden mit Verfahrenseröffnung automatisch unwirksam. Nach § 30d Abs. 4 ZVG ist auf Antrag eines vorläufigen Insolvenzverwalters die Zwangsversteigerung des Betriebsgrundstücks einstweilen einzustellen, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die einstweilige Einstellung zur Verhütung nachteiliger Veränderungen in der Vermögenslage des Schuldnerunternehmens erforderlich ist. Nach § 76 InsO genügt für einen Beschluss der Gläubigerversammlung die einfache Summenmehrheit. Obstruierende Gläubiger können somit überstimmt werden. Lediglich für die Abwahl des Insolvenzverwalters (§ 57 S. 2 InsO) und für die Abstimmung über einen Insolvenzplan (§ 244 InsO) ist die Kopf- und Summenmehrheit erforderlich. Die Kündigungsfristen für Arbeitnehmer werden im Insolvenzverfahren gem. § 113 InsO auf drei Monate verkürzt. Bei Anordnung der Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO) sind die organschaftlichen Vertreter berechtigt, sich gemäß §§ 103 ff. InsO von lästigen vertraglichen Bindungen zu lösen. Sozialplanansprüche der Arbeitnehmer (§ 123 InsO) werden durch eine gesetzliche absolute und relative Obergrenze kalkulierbar. Mit Verfahrenseröffnung tritt zunächst ein Zahlungs- und Zinsstopp ein, was dem Schuldnerunternehmen Liquidität verschafft. Im gestaltenden Teil des Insolvenzplans kann vorgesehen werden, dass auch die organschaftlichen Vertreter der GmbH oder GmbH & Co. KG von Haftungsbefreiung des § 127 Abs. 1 InsO erfasst werden.

dd) Risiken einer vorzeitigen Insolvenzeröffnung

Die Nachteile und Gefahren des gerichtlichen Insolvenzverfahrens wegen drohender Zahlungsunfähigkeit dürfen aber nicht übersehen werden. Die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen im Eröffnungsverfahren führt zwangsläufig zu negativer Publizität. Gläubiger liefern nur noch gegen Barzahlung oder gegen Einräumung entsprechender Sicherheiten. Die organschaftlichen Vertreter müssen damit rechnen, dass das Gericht einen sogen. „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter einsetzt. Damit sind sie weitgehend entmachtet. Wird mit dem Insolvenzantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit die Eigenverwaltung beantragt, müssen die Geschäftsführer damit rechnen, dass die Eigenverwaltung abgelehnt und ein Regelinsolvenzverfahren eröffnet wird. Im Regelinsolvenzverfahren aber sind die Geschäftsführer nach § 97 i.V.m. § 101 Abs. 1 S. 1 InsO nicht nur auskunfts-, sondern auch mitwirkungspflichtig. Sie haben sich gemäß § 97 Abs. 3 S. 1 InsO auf Anordnung des Gerichts jederzeit zur Verfügung zu stellen, um ihre Auskunfts- und Mitwirkungspflichten zu erfüllen. Dies bedeutet erhebliche Einschränkungen für den oder die Geschäftsführer einer GmbH, zumal wenn der Anstellungsvertrag nach § 113 InsO vom Insolvenzverwalter gekündigt wird. Stellt sich heraus, dass ein antragspflichtiger Insolvenzgrund bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung vorlag, muss die Geschäftsführung damit rechnen, dass bei Masselosigkeit derjenige, der einen Verfahrenskostenvorschuss leistet, nach § 26 Abs. 3 InsO unmittelbar Ansprüche geltend macht. Schließlich droht den Geschäftsführern ein Strafverfahren

wegen Bankrottdelikts, selbst wenn später ein Insolvenzplan bestätigt wird, denn § 283 Abs. 6 StGB stellt auf die Verfahrenseröffnung ab.⁹⁸

c) Der Insolvenzgrund der Überschuldung (§ 19 InsO)

aa) Begriff der Überschuldung

Obgleich die Überschuldung der sich aus dem rechtlichen Wesen des Insolvenzverfahrens ergebende klassische Insolvenzgrund ist, bestehen nach wie vor erhebliche Schwierigkeiten hinsichtlich der Feststellung dieses Insolvenzauslösers. Zwar hat der Gesetzgeber in § 19 Abs. 2 InsO eine gesetzliche Definition gebracht, wonach Überschuldung vorliegt, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Trotzdem tut sich die gerichtliche Praxis ebenso wie der organschaftliche Vertreter einer antragspflichtigen juristischen Person schwer mit der Feststellung der Überschuldung. Bei Gläubigeranträgen spielt die Überschuldung nach § 19 InsO praktisch keine Rolle, da der Gläubiger meist keine Einsicht in das interne Rechnungswesen des Schuldnerunternehmens hat. Vielfach stellt aber der Sachverständige bei Insolvenzanträgen der Gläubiger im Rahmen der Feststellung einer Zahlungsunfähigkeit fest, dass entweder neben der Zahlungsunfähigkeit Überschuldung vorliegt oder zwar keine Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) gegeben ist, wohl aber eine Überschuldung. Bestreitet nunmehr der organschaftliche Vertreter der juristischen Person das Vorliegen der Überschuldung, ist das Gericht im Wege der Amtsermittlung (§ 5 InsO) verpflichtet, den Insolvenzgrund festzustellen, denn die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens setzt voraus, dass der Eröffnungsgrund zur Überzeugung des Gerichts gegeben ist (§ 16 InsO).

Ohne auf die Einzelheiten der Überschuldungsfeststellung einzugehen, ist festzustellen, dass der Begriff der Überschuldung ein Rechtsbegriff ist. Dieser Rechtsbegriff ist, da vermögensorientiert, im Einzelfall mit betriebswirtschaftlichen Inhalten auszufüllen. Demgemäß ist die Feststellung der Überschuldung zwar ein juristisches Problem, das aber nur mit Hilfe betriebswirtschaftlicher Methoden und Erkenntnisse gelöst werden kann.⁹⁹ Nach wie vor macht die Feststellung der Überschuldung in der Praxis nicht zuletzt auch deswegen Schwierigkeiten, weil die Voraussetzungen und Tatbestandsmerkmale des Überschuldungsbegriffs umstritten

⁹⁸ Vgl. Uhlenbruck, ZInsO 1998, 252; Moosmayer, Einfluss der Insolvenzordnung 1999 auf das Insolvenzstrafrecht, 1997, S. 192; Penzlin, Strafrechtliche Auswirkungen der Insolvenzordnung, 2000, S. 191 ff.

⁹⁹ Vgl. Pape/Uhlenbruck, Insolvenzrecht, Rdn 307; Uhlenbruck, § 19 InsO, Rdn 13; Drukarczyk, WM 1992, 1615; ders., WM 1994, 1737; Müller/Haas, Bilanzierungsprobleme bei Erstellung eines Überschuldungsstatus nach § 19 Abs. 2 InsO, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 1799; Drukarczyk/Schüler, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 95 ff.; Uhlenbruck, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, S. 333 ff., Rdn 599 ff.; Kübler/Prütting/Pape, § 19 InsO, Rdn 7; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 3. Aufl., 2003, Rdn 7.23 ff.

sind. Streitig sind vor allem die sogen. zweistufige Überschuldungsprüfung und Bewertungsfragen. Nach derzeitiger Rechtspraxis und h.M. in der Literatur¹⁰⁰ ist letztlich in drei Stufen zu prüfen: Zunächst die sogen. rechnerische Überschuldung auf Grund von Liquidationswerten. Sodann ist eine Fortführungsprognose zu erstellen. Fällt die Fortführungsprognose positiv aus, ist auf der Aktivseite von Going-concern-Werten auszugehen. Fällt die Prognose negativ aus, ist das Unternehmen nicht nur rechnerisch, sondern auch rechtlich überschuldet. Nach der von *Karsten Schmidt*¹⁰¹ und *Peter Ulmer*¹⁰² entwickelten modifizierten zweistufigen Überschuldungsprüfung steht das sogen. exekutorische Element (rechnerische Überschuldung) selbstständig neben dem sogen. prognostischen Element (Lebensfähigkeitsprüfung). Aus der Selbstständigkeit der beiden Elemente folgert letztere Meinung, dass eine Reihenfolge für die Prüfung der Überschuldung nicht vorgeschrieben werden kann. Ein Unternehmen, dessen Überlebensprognose positiv ausfalle, brauche demgemäß nicht ständig den Überschuldungsstatus nach Liquidationswerten aufzustellen. Der Gesetzgeber hat in § 19 InsO die Überschuldung als Bewertungsproblem gesehen. Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages ist damit der Auffassung entgegen getreten, die der II. Zivilsenat des BGH im Anschluss an *Karsten Schmidt* und *Peter Ulmer* vertreten hat. Der für Insolvenzsachen zuständige IX. Zivilsenat des BGH hat die Frage noch nicht entschieden.

bb) Der Prognosezeitraum

Eine weitere Unsicherheit in der Praxis besteht hinsichtlich der Festlegung des Prognosezeitraums. Im Allgemeinen wird ein Zeitraum des laufenden Geschäftsjahrs und des folgenden Geschäftsjahrs als realistischer Prognosezeitraum angesehen.¹⁰³ Umstritten ist im Rahmen der Fortbestehensprognose, ob die überwiegende Wahrscheinlichkeit des Fortbestehens eine komparative, nicht quantifizierbare Hypothesenwahrscheinlichkeit ist.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Vgl. *Uhlenbruck*, § 19 InsO, Rdn 13; *Kübler/Prütting/Pape*, § 19 InsO, Rdn 7 ff.; *Pape/Uhlenbruck*, Insolvenzrecht, Rdn 315; *Uhlenbruck*, Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich, 2. Aufl. 1988, S. 279 ff. und 710 ff.; *Scholz/Karsten Schmidt*, vor § 64 GmbHG, Rdn 15 ff.; *Höffner*, BB 1999, 198 ff.; *Möhlmann*, Die Überschuldungsprüfung nach der neuen Insolvenzordnung, DStR 1998, 1843; *Spliedt*, DB 1999, 1941; *Wolf*, DStR 1995, 859; *Karsten Schmidt*, in: *Karsten Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rdn 578 ff.

¹⁰¹ AG 1978, 334; *Scholz/Karsten Schmidt*, vor § 64 GmbHG, Rdn 20; *Karsten Schmidt*, ZIP 1980, 283 ff.; *ders.*, ZIP 1985, 713.

¹⁰² KTS 1981, 469, 470 ff.; *Hachenburg/Ulmer*, § 63 GmbHG, Rdn 31 ff.

¹⁰³ Vgl. *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 292; *Karollus*, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung, Wien 1997; *Pape/Uhlenbruck*, Insolvenzrecht, Rdn 317; *Uhlenbruck*, § 19 InsO, Rdn 28 ff.

¹⁰⁴ Einzelheiten bei *Drukarczyk/Schüler*, WPg 2003, 56; *Groß/Amen*, WPg 2002, 225 ff. u. WPg 2003, 67 ff.

cc) Der Überschuldungsstatus

Bei den Aktiva im Überschuldungsstatus ist nach wie vor umstritten, ob der Firmenwert aktiviert werden kann.¹⁰⁵ Auf der Passivseite des Überschuldungsstatus war umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen der Anspruch auf Rückgewähr kapitalersetzender Gesellschafterleistungen nach § 32a GmbHG als Verbindlichkeit anzusetzen ist. In der Literatur wurde teilweise die Auffassung vertreten, dass solche Forderungen nicht zu passivieren sind.¹⁰⁶ Nach anderer Auffassung war eine Passivierung grundsätzlich notwendig, konnte aber durch Rangrücktritt entfallen.¹⁰⁷ Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers konnte die Passivierung kapitalersetzender Rückforderungen nur durch einen Forderungserlass abgewendet werden.¹⁰⁸ Der BGH hat in einem grundlegenden Urteil am 08. 01. 2001¹⁰⁹ entschieden, dass Forderungen eines Gesellschafters aus der Gewährung kapitalersetzender Leistungen in der Überschuldungsbilanz der Gesellschaft zu passivieren sind, soweit für sie keine Rangrücktrittserklärung abgegeben worden ist. Das Urteil des BGH lässt allerdings nicht erkennen, ob der Rangrücktritt in den Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO oder in den Rang des § 39 Abs. 2 InsO zu erfolgen hat. Es ist jedoch davon auszugehen, dass der BGH auch den Rücktritt in den Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ausreichen lässt, um die Passivierung zu vermeiden.¹¹⁰

V. Erfahrungen im eröffneten Insolvenzverfahren

1. Gläubigerautonomie und Bankenmacht

Schon kurz nach dem Inkrafttreten der InsO zeigte sich, dass vor allem bei der Wahl und Abwahl des Insolvenzverwalters (§§ 56, 57 InsO) die Kreditinstitute von dem Recht fast unbegrenzter Gläubigerautonomie im Insolvenzverfahren auf Grund der ihnen zustehenden Summenmehrheit in einer Art und Weise teilweise Gebrauch machten, die mit dem Grundsatz der „par condicio creditorum“ nicht mehr zu vereinbaren war. Angesichts einer durchschnittlichen Eigenkapitalausstat-

¹⁰⁵ Einzelheiten bei Uhlenbruck, § 19 InsO, Rdn 40; Kübler/Prütting/Pape, § 19 InsO, Rdn 11; Scholz/Karsten Schmidt, vor § 64 GmbHG, Rdn 22; Kallmeyer, GmbHR 1999, 16 ff.; Lutter, ZIP 1994, 644.

¹⁰⁶ Vgl. Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh, § 64 GmbHG, Rdn 18; Lutter/Hommelhoff, § 64 GmbHG, Rdn 17 ff.; Fleischer, ZIP 1996, 773 ff.; Lutter, ZIP 1999, 641 ff.

¹⁰⁷ Karsten Schmidt, GmbHR 1999, 9; Uhlenbruck, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rdn 610 ff.; Scholz/Karsten Schmidt, vor § 64 GmbHG, Rdn 32.

¹⁰⁸ Begr. RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 115; so auch Kübler/Prütting/Holzer, § 39 InsO, Rdn 22 a.

¹⁰⁹ NZI 2001, 196 = ZInsO 2001, 260 = InVo 2001, 157 = ZIP 2001, 235.

¹¹⁰ Vgl. Uhlenbruck, § 19 InsO, Rdn 71; Wittig, NZI 2001, 169, 173; Altmeyen, ZIP 2001, 240, 241; Bauer, ZInsO 2001, 486, 391.

tung deutscher Unternehmen, die in der Regel unter 20 Prozent liegt, war es schon bei den Reformarbeiten absehbar, wer künftig im Insolvenzverfahren das Sagen haben würde. Nicht bedacht worden ist aber bei den Abstimmungsregelungen, dass der Gesetzgeber auch die absonderungsberechtigten Gläubiger in das Verfahren einbezogen hat mit der Folge, dass Banken oftmals mit dem wesentlichen Teil ihrer Forderungen abgesichert waren, andererseits aber das Verfahren dominieren konnten. Nach § 76 Abs. 2 InsO kam ein Beschluss der Gläubigerversammlung zu Stande, wenn die Summe der Forderungsbeträge der zustimmenden Gläubiger mehr als die Summe der Hälfte der Forderungsbeträge der abstimmenden Gläubiger betrug. Da auch die absonderungsberechtigten Gläubiger, denen der Schuldner zugleich persönlich haftet, in voller Höhe an der Abstimmung teilnehmen, war es den Banken ein Leichtes, einen nicht genehmen Insolvenzverwalter abzuwählen.¹¹¹ Durch das InsOÄndG 2001 ist nunmehr in § 57 Abs. 1 InsO die Regelung getroffen worden, dass der andere Insolvenzverwalter nur gewählt ist, wenn neben der in § 76 Abs. 2 InsO genannten Mehrheit auch die Mehrheit der abstimmenden Gläubiger (Kopfmehrheit) für ihn gestimmt hat.

2. Die Auswahl des Insolvenzverwalters

Ein besonders heiß diskutiertes Thema, das zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ansteht, ist die Praxis der Bestellung von Insolvenzverwaltern.¹¹² Bereits früh haben Justizverwaltungen versucht, den Insolvenzgerichten Kriterien für die Auswahl des Insolvenzverwalters an die Hand zu geben. § 56 Abs. 1 InsO legt nur Rahmenkriterien fest. Danach ist zum Insolvenzverwalter eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen. Vor allem in größeren Städten und Ballungszentren hat sich seit vielen Jahren ein Berufsstand von Insolvenzverwaltern herausgebildet. Festzustellen ist, dass auch bei Bejahung eines gefestigten Berufsbildes des Insolvenzverwalters kein Rechtsanspruch auf Bestellung hergeleitet werden kann. Eine geschlossene Liste wird heute allgemein für unzulässig gehalten.¹¹³ Auch haben die Gläubiger kein Mitsprache- oder Vorschlagsrecht. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ hat auf 32 Seiten ausführlich die Frage der gerichtlichen Auswahl des Insolvenzverwalters unter Einbeziehung ausländischer Regelungen behandelt. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass dem Gesetzgeber lediglich eine Klarstellung empfohlen wird, geschlossene

¹¹¹ Vgl. *Uhlenbruck*, KTS 1989, 229; *E. Braun*, Die Abwahl des zunächst bestellten Insolvenzverwalters in der InsO. Verstärkte Gläubigerautonomie oder Missbrauch der Bankenmacht? in: *Festschrift Uhlenbruck* 2000, S. 463 ff.

¹¹² Vgl. *Holzer/Kleine-Cosack/Prütting*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters, 2001; *Uhlenbruck*, KTS 1989, 229; *Uhlenbruck*, § 56 InsO, Rdn 1; *Pape*, ZIP 1993, 737 ff.; *Friend*, DZWIR 2001, 497; *Lüke*, ZIP 2000, 1574; *Römermann*, NJW 2002, 3729.

¹¹³ Einzelheiten bei *Uhlenbruck*, § 56 InsO, Rdn 7 ff.

Listen nicht zuzulassen.¹¹⁴ Nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung, des Bürgerlichen Gesetzbuches und anderer Gesetze (Diskussionsentwurf BMJ 2003) soll die Vorschrift des § 56 Abs. 1 InsO dahingehend ergänzt werden, dass die unabhängige Person aus dem Kreis aller zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen bereiten Personen auszuwählen ist. Die Bereitschaft zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen kann auf bestimmte Verfahren beschränkt werden. Die Bestimmung des konkreten Insolvenzverwalters erfolgt nach bisheriger Praxis bei den Insolvenzgerichten unter Verwendung von Listen. Das BMJ hat in dem Entwurf erwogen, ob es sinnvoll ist, gesetzliche Zulassungsvoraussetzungen für Insolvenzverwalter zu schaffen, wie sie etwa das französische Recht kennt. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten lässt sich aber ein staatliches Prüfungsverfahren mit mehrjähriger Vorbereitungszeit nur dann rechtfertigen, wenn es in der Vergangenheit zu erheblichen Defiziten bei der Qualität der bestellten Verwalter gekommen wäre. Der Gesetzgeber will den österreichischen Weg beschreiten. Es wird ausdrücklich klargestellt, dass die Verwendung sogen. geschlossener Verwalterlisten verfassungsrechtlich bedenklich ist. Deshalb soll § 56 Abs. 1 S. 1 InsO um den Hinweis ergänzt werden, dass bei der Verwalterauswahl grundsätzlich alle Interessenten heranzuziehen sind, die gegenüber dem Gericht ein Interesse an der Übernahme von Insolvenzverfahren bekundet haben und die fachlichen Voraussetzungen hierfür mitbringen. Ob das Insolvenzgericht tatsächlich alle Verwalteranwärter berücksichtigt, ist auch nach der vorgeschlagenen Lösung nicht kontrollierbar.¹¹⁵

3. Vordatierung von Insolvenzeröffnungsbeschlüssen

Umstritten ist in der Praxis auch die Zulässigkeit einer Vordatierung von Insolvenzeröffnungsbeschlüssen, wenn der Eröffnungszeitpunkt auf ein Wochenende oder einen Feiertag fällt.¹¹⁶ Die teilweise praktizierte Vordatierung von Insolvenzeröffnungsbeschlüssen hat zwar praktische Vorteile, bringt jedoch die Gefahr mit sich, dass die rechtlichen Wirkungen der Verfahrenseröffnung bereits mit der Unterschriftsleistung des Richters oder mit der Herausgabe in den Geschäftsgang eintreten.

¹¹⁴ Vgl. Abschlussbericht: Probleme der praktischen Anwendung und Schwachstellen des Regelinsolvenzverfahrens – Analyse und Änderungsvorschläge, www.jm.nrw.de, S. 54; *Graf-Schlicker*, ZIP 2002, 1166.

¹¹⁵ So *Pape*, ZInsO 2003, 389, 391.

¹¹⁶ *Uhlenbruck*, § 27 InsO, Rdn 9; *ders.*, ZInsO 2001, 977; für die Zulässigkeit *Schmahl*, in: Münchener Kommentar zur InsO, §§ 27–29 Rdn 38.

4. Auskunftspflichten des Schuldners und strafrechtliches Verwendungsverbot

Nach § 97 Abs. 1 S. 2 InsO haben der Schuldner, organschaftliche Vertreter eines Schuldnerunternehmens oder vertretungsberechtigte persönlich haftende Gesellschafter oder Mitglieder von Aufsichtsorganen auch Tatsachen zu offenbaren, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen. Nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO darf eine Aussage, die der Schuldner über eine strafbare Handlung oder eine Ordnungswidrigkeit gemacht hat, in einem Strafverfahren oder in einem Ordnungswidrigkeitsverfahren gegen ihn oder einen der in § 52 Abs. 1 StPO bezeichneten Angehörigen nur mit seiner Zustimmung verwendet werden. Die Sicherung des Verwendungsverbots in § 97 Abs. 1 S. 3 InsO bereitet in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten. Nach den Vorstellungen des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages sollte eine Auskunft des Schuldners auch nicht als Ansatz für weitere Ermittlungen dienen dürfen. Bislang treffen die Insolvenzgerichte keinerlei Vorkehrungen, um die dem Verwendungsverbot unterliegenden Teile der Akten von staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen auszuschließen. Nach Auffassung des LG Stuttgart¹¹⁷ dürfen Ermittlungsbehörden solche Angaben nicht verwerten, um Ansätze für weitere Ermittlungsmaßnahmen zu schöpfen. Von dem Verwendungsverbot werden allerdings nicht Geschäftsunterlagen erfasst, die der Schuldner auf Grund allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen zu führen verpflichtet ist. Gleiches gilt für freiwillige Auskünfte des Schuldners oder Schuldnervertreters.

5. Problematische Forderungsanmeldung bei deliktischer Haftung des Schuldners

Gegenüber dem früheren Recht enthalten die §§ 174–187 ff. InsO teilweise erhebliche sachliche Änderungen, die vor allem dadurch bedingt sind, dass die Anmeldung nunmehr beim Insolvenzverwalter zu erfolgen hat und § 39 InsO die nachrangigen Verbindlichkeiten in das Verfahren einbezieht. Die nach § 175 S. 2 InsO vorgeschriebene Niederlegung der Insolvenztabelle auf der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts zum Zwecke der Einsicht der Beteiligten erfordert nach Auffassung einiger Gerichte einen unangemessenen Aufwand und nimmt erhebliche räumliche Kapazitäten in Anspruch, wenn es sich um Großverfahren handelt. Andererseits werde von dem Einsichtsrecht der Gläubiger meist kein Gebrauch gemacht. Zur Lösung des Problems wird teilweise vorgeschlagen, die Gläubiger auf die Einsichtnahme in die Tabelle beim Insolvenzverwalter zu verweisen. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ kommt jedoch zu dem Ergebnis, dass eine Verlagerung des Ortes der Einsichtnahme nach § 175 S. 2 InsO nicht empfehlenswert ist. Eine solche Verlagerung könne leicht als falsches

¹¹⁷ Beschl. v. 21. 07. 2000, ZInsO 2001, 135.

Signal im Hinblick auf die Frage der Führung der Insolvenztabelle verstanden werden. Eine Übertragung der Führung der Tabelle auf den Verwalter begegne schwerwiegenden Bedenken. Sie hätte zur Folge, dass ein vom Gericht geschaffener Vollstreckungstitel (vgl. §§ 201 Abs. 2, 257 Abs. 1 InsO) von einer nicht mit hoheitsrechtlichen Aufgaben und Befugnissen ausgestatteten Person verwahrt werden müsste. Vor einer Übertragung weiterer Aufgaben und Befugnisse auf die Insolvenzverwalter in Bezug auf die Führung der Tabelle hat die Arbeitsgruppe ausdrücklich gewarnt.

Praktische Probleme bringt auch die durch das InsOÄndG 2001 ergänzte Vorschrift des § 174 Abs. 2 InsO, wonach bei der Forderungsanmeldung auch Tatsachen anzugeben sind, aus denen sich nach Einschätzung des Gläubigers ergibt, dass ihr eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung des Schuldners zu Grunde liegt. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers würde es für den Schuldner eine erhebliche Härte bedeuten, wenn er nach erfolgreichem Durchlaufen der Wohlverhaltensperiode erfahren würde, eine Forderung, die u.U. eine wesentliche Verbindlichkeit ausmacht, sei von der Restschuldbefreiung nicht erfasst (§ 302 InsO), da ihr eine unerlaubte Handlung zu Grunde liege. Zweifelhaft ist auch, ob im Prüfungstermin die Angabe der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung bestritten werden kann, ohne die Forderung zu bestreiten. Nach wohl h.M.¹¹⁸ ist der Widerspruch gegen die Behauptung einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung ebenso zu verfolgen wie ein Vorrechtsstreit nach früherem Recht. Einschlägig ist insoweit § 184 InsO, wonach der anmeldende Gläubiger auch insoweit Feststellungsklage erheben kann. Zulässig sein dürfte auch eine negative Feststellungsklage des Schuldners.

6. Prophylaktische Anzeige der Masseunzulänglichkeit

Sind im eröffneten Verfahren die Verfahrenskosten zwar gedeckt, reicht aber die Insolvenzmasse nicht aus, um die fälligen sonstigen Verbindlichkeiten zu erfüllen, so hat der Insolvenzverwalter dem Insolvenzgericht die Masseunzulänglichkeit anzuzeigen. Dies hat u. a. zur Folge, dass nach § 210 InsO die Vollstreckung wegen Masseverbindlichkeiten i.S.v. § 209 Abs. 3 Nr. 3 InsO unzulässig ist. Um diese Rechtsfolge zu erreichen, wird in der Praxis oftmals vom Verwalter die Masseunzulänglichkeit angezeigt, obgleich noch keine ausreichenden Erkenntnisse vorliegen, die den künftigen Eintritt der Masseunzulänglichkeit wahrscheinlich machen. Auch werden auf diese Weise die Haftungsrisiken bei einer Betriebsfortführung erheblich reduziert. Diese Praxis ist durch § 208 Abs. 1 InsO nicht gedeckt und unzulässig.¹¹⁹ § 208 InsO räumt den Insolvenzgerichten keine Möglichkeit

¹¹⁸ Kübler/Prütting/Pape, § 174 InsO, Rdn 46; Wimmer/Ahrens, Frankfurter Kommentar zur InsO, § 302 Rdn 11 f.; Vallender, in: Uhlenbruck, § 302 InsO, Rdn 13.

¹¹⁹ Kübler/Prütting/Pape, § 208 InsO, Rdn 17; Uhlenbruck, § 208 InsO, Rdn 11; Wimmer/Kießner, in: Frankfurter Kommentar zu InsO, § 209, Rdn 17; Uhlenbruck, NZI 2001, 408; Hefermehl, in: Münchner Kommentar zur InsO, § 208, Rdn 31 und 40.

ein, die Berechtigung der Anzeige des Verwalters zu überprüfen. Auch sind Rechtsmittel der Gläubiger gegen eine missbräuchliche Anzeige der Masseunzulänglichkeit nicht vorgesehen. Wie bereits oben dargestellt wurde, würde sich die Problematik weitgehend entschärfen, wenn entsprechend dem Diskussionsentwurf 2003 des BMJ in § 208 Abs. 1 InsO der Satz eingefügt würde, dass auf Antrag eines Gläubigers oder des Schuldners das Insolvenzgericht die Masseunzulänglichkeit feststellt.

7. Das Akteneinsichtsrecht nach Verfahrensbeendigung

Heftig umstritten ist auch die Frage, ob und in welchem Umfang Gläubigern oder sonstigen Dritten nach Abweisung mangels Masse oder Verfahrenseinstellung Einsicht in die Insolvenzakten vor allem in das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen zu gewähren ist.¹²⁰ Das rechtliche Interesse ist regelmäßig zu bejahen, wenn der Antragsteller nachweist, dass er Insolvenzgläubiger war oder gewesen wäre.¹²¹ Das Recht des Schuldners auf informationelle Selbstbestimmung kann nicht dazu führen, in abgeschlossenen Verfahren das Akteneinsichtsrecht schlechthin zu verweigern.¹²² Für die Akteneinsicht Dritter gilt über § 4 InsO die Vorschrift des § 299 Abs. 2 ZPO. Danach kann der Vorstand des Gerichts, Präsident oder Amtsgerichtsdirektor ohne Zustimmung des Insolvenzschuldners die Akteneinsicht gestatten, wenn ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird.¹²³ Nach Auffassung einiger Oberlandesgerichte haben Dritte kein anerkennenswertes rechtliches Interesse und damit kein Akteneinsichtsrecht, wenn sie lediglich mit der Akteneinsicht das Ziel verfolgen, zwecks Prüfung des Bestehens oder der Durchsetzbarkeit eigener Ansprüche, z. B. nach § 64 GmbHG, Kenntnis von dem vom Insolvenzverwalter erstatteten Gutachten zu erlangen.¹²⁴ Diese Auffassung kann nicht richtig sein, denn übertriebene Einsichtsversagung führt zu überflüssigen Verfahren und Kosten.¹²⁵ Einem Gläubiger, der für den Fall der Eröffnung

¹²⁰ Einzelheiten bei *Heil*, Akteneinsicht und Auskunft im Konkurs, 1995, Rdn 173 ff.; *Uhlenbruck*, KTS 1989, 527, 543; *Uhlenbruck*, § 4 InsO, Rdn 31; *Ganter*, in: Münchner Kommentar zu InsO, § 4, Rdn 63.

¹²¹ OLG Dresden, ZIP 2003, 39, 41; OLG Celle, ZIP 2002, 446 = ZInsO 2002, 73; OLG Hamburg, ZIP 2002, 266; OLG Köln, MDR 1988, 502; OLG Naumburg, ZIP 1997, 985; OLG Brandenburg, ZInsO 1998, 41, 42; *Uhlenbruck*, § 4 InsO, Rdn 31.

¹²² Vgl. auch *Schmeel*, MDR 1997, 437; *Holzer*, ZIP 1998, 1333 ff.

¹²³ Einzelheiten bei *Uhlenbruck*, § 4 InsO, Rdn 32; *Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzrecht (HRP), 6. Aufl., 2002, Rdn 178 ff.

¹²⁴ So z. B. OLG Celle, KTS 2000, 376; OLG Köln, BB 1998, 12; OLG Brandenburg, ZInsO 2000, 627; OLG Brandenburg, ZIP 2002, 2320; OLG Celle, NZI 2000, 319; OLG Köln, ZIO 1999, 1449, 1450. Str.; a.A. OLG Hamburg, NZI 2002, 99 = ZIP 2002, 266 = ZInsO 2002, 36; *Bork*, EWIR 2002, 267 f. Vgl. auch zum Meinungsstand *Heeseler*, ZInsO 2001, 873, 883 f.; *Uhlenbruck*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 12, Rdn 37.

¹²⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, ZIP 2000, 322, 323; *Pape*, ZIP 1997, 1367, 1370; *Uhlenbruck*, § 4 InsO, Rdn 32; anders *Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzrecht (HRP), Rdn 180.

des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer GmbH Insolvenzgläubiger gewesen wäre, kann ein rechtliches Interesse an der Einsicht in die Akten eines mangels Masse nicht eröffneten Insolvenzverfahrens grundsätzlich nicht versagt werden. Das gilt auch für das im Insolvenzeröffnungsverfahren erstattete Gutachten des Sachverständigen, das Bestandteil der Insolvenzakten ist. Es besteht ein berechtigtes Interesse des Inhabers vor allem einer titulierten Forderung an der Einsicht in die Insolvenzakten einer gelöschten GmbH, um aus den Akten nähere Kenntnisse über mögliche Erfolgsaussichten weiterer Rechtsverfolgung – auch gegenüber dem Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH – oder weiterer Vollstreckungsschritte gewinnen zu können. Vor allem hat der Gläubiger ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung, ob ihm gegen den GmbH-Geschäftsführer Schadenersatzansprüche aus § 64 GmbHG i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB zustehen. Der übertriebene Schutz des Schuldnerrechts auf informationelle Selbstbestimmung trifft ohnehin nicht für juristische Personen zu. Schließlich muss auch ein Dritter die Möglichkeit haben, auf Grund des Akteneinsichtsrechts zu prüfen, ob er vor Abweisung mangels Masse (§ 26 Abs. 1 InsO) einen die Verfahrenseröffnung ermöglichenden Verfahrenskostenvorschuss zahlt.

VI. Erfahrungen mit der Anordnung der Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO)

Der Gesetzgeber hat in den §§ 270 ff. InsO das Rechtsinstitut der Eigenverwaltung eingeführt, das dem früheren überwachten Vergleichsverfahren ähnelt. Eigenverwaltung heißt, dass der Insolvenzschuldner bzw. die organschaftlichen Vertreter eines insolvenzfähigen Unternehmens die Insolvenzabwicklung in eigener Regie übernehmen, wenn auch in der Regel unter der Aufsicht eines Sachwalters. Der Gesetzgeber meinte, letztlich den Gläubigern die Entscheidung überlassen zu können, ob dem Schuldner bzw. Schuldnerunternehmen im Einzelfall die Fortführung oder die Abwicklung des Betriebes in Eigenverwaltung überlassen bleiben soll. In geeigneten Fällen könne hierdurch sogar eine kostengünstige und wirtschaftlich sinnvolle Verwertung erreicht werden. Das Instrument der Eigenverwaltung ist gerade erst dabei, von der deutschen Wirtschaft vor allem für Großunternehmen entdeckt zu werden. Insolvenzen, wie z. B. die Sachsenring Automobiltechnik, Sachsenring Fahrzeugtechnik, Kirch-Media, Philipp Holzmann, Fairchild Dornier, Babcock Borsig oder Grundig, boten sich aus mehreren Gründen geradezu für eine Eigenverwaltung an. Um den Anforderungen des § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO zu entsprechen, ist die Beratungspraxis in zunehmendem Maße auf die Idee verfallen, renommierte Insolvenzverwalter in den Vorstand des insolventen Unternehmens einzuwechseln und damit die Zustimmung des Gerichts und der Gläubiger zu „erkaufen“.¹²⁶ Beim Umgang mit dem Eigenverwaltungsverfahren besteht erheb-

¹²⁶ Vgl. umfassend zum Verfahren Philipp Holzmann *Görg*, in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 117 ff.; *Görg/Stockhausen*, Eigenverwaltung für Großinsolvenzen?, Festschrift

licher Lernbedarf nicht zuletzt auch bei den Insolvenzgerichten. Ernst ist auch der Vorwurf zu nehmen, über den Einfluss von Banken und sonstigen Großgläubigern werde die Vorschrift des § 56 InsO, die eine Erstbenennung des Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht vorsieht, bewusst umgangen. Die Rede ist vom „neuen Trojanischen Pferd der Großgläubiger“¹²⁷. Der ungewöhnlich umfangreich begründete Beschluss des AG Duisburg über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Babcock Borsig AG¹²⁸ lässt erkennen, dass das Insolvenzgericht ohne die Einflussnahme des damaligen nordrhein-westfälischen Ministerpräsidenten Clement, der in der Öffentlichkeit nicht nur die Eigenverwaltung befürwortet, sondern auch das Vertrauen der Landesregierung in den als Vorstandsvorsitzenden eingewechselten renommierten Düsseldorfer Insolvenzverwalter bekundet hatte, anders entschieden hätte. Von einem Potsdamer Insolvenzrichter wird sogar in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung verlangt, die Politik habe sich aus Insolvenzverfahren herauszuhalten. Dabei ist es eine Binsenweisheit, dass Insolvenzverfahren ab einer bestimmten Größenordnung automatisch zum Politikum werden. Schon immer haben Politiker Katastrophen, zu denen auch die Insolvenz großer Industrieunternehmen zu rechnen ist, genutzt, um sich in der Öffentlichkeit zu profilieren. Hieran ist grundsätzlich auch nichts auszusetzen, solange die Politik auf richterliche Entscheidungen keinen unmittelbaren Einfluss nimmt. Das Bauunternehmen Philipp Holzmann konnte durch eine spontane Zusage des Bundeskanzlers nur für eine kurze Zeit gerettet werden. Nicht zu verkennen ist allerdings, dass die in den §§ 270 ff. InsO geregelte Eigenverwaltung in hohem Grade missbrauchsanfällig ist. Diese Missbrauchsanfälligkeit liegt aber in der Natur der Sache und kann nicht dazu führen, ein Rechtsinstitut, das sich in den USA seit vielen Jahrzehnten bewährt hat, schlechthin abzulehnen oder zu ignorieren. Die Entscheidung des AG Duisburg, in der die angebliche Einflussnahme der Politik als Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit nach Art. 97 GG angeprangert wird, hat in der Literatur durchweg Kritik erfahren.¹²⁹ Der Fall Babcock Borsig AG war in besonderem Maße geeignet, die richterliche Unabhängigkeit ungeachtet der außergerichtlichen Einflussnahmen zur Geltung zu bringen.

Metzeler, 2003, S. 105 ff.; Uhlenbruck, Chancen und Risiken eines plangesteuerten Insolvenzverfahrens als Eigenverwaltung, Festschrift Metzeler, 2003, S. 85 ff.

¹²⁷ Vgl. INDat-Report, Heft 5/2002, S. 6; vgl. auch Frind, ZInsO 2002, 745, 751.

¹²⁸ Beschl. v. 01. 09. 2002, ZIP 2002, 1636 = NZI 2002, 556.

¹²⁹ Vgl. Uhlenbruck, NJW 2002, 3219; Leithaus, NZI aktuell, 2002/Heft 10, S. V; Kluth, ZInsO 2002, 1001; Hess/Ruppe, NZI 2002, 577.

VII. Das Restschuldbefreiungsverfahren in der gerichtlichen Praxis

Nach dem neuem Insolvenzrecht sollten Schuldner auch gegen den Willen ihrer Gläubiger eine Befreiung von ihren Verbindlichkeiten erlangen können. Den „Ausweg aus dem modernen Schuldturm“ eröffnet die in §§ 286 ff. InsO geregelte Restschuldbefreiung. Durch gesetzliche Leistungsanreize während der Wohlverhaltensperiode von sechs bzw. fünf Jahren und die in Aussicht gestellte Schuldbefreiung soll erreicht werden, dass sich für den Schuldner die Arbeit wieder lohnt und er einen größeren Teil seiner Schulden zurückbezahlt. Allerdings wird verschuldeten natürlichen Personen die Befreiung von ihren Verbindlichkeiten durch ein Insolvenzverfahren nicht leicht gemacht.¹³⁰ Nicht nur die Stundungsbewilligung durch das Insolvenzgericht nach den §§ 4 a ff. InsO, sondern auch die Entscheidungen über die Restschuldbefreiung und die Versagungsgründe haben eine Flut von – teilweise widersprüchlichen – Entscheidungen hervorgebracht. Streitig ist schon, ob durch das InsOÄndG 2001 die Wohlverhaltensperiode für Altfälle, also Schuldner, die bereits zwei Jahre vor dem Inkrafttreten der InsO überschuldet waren, auf fünf Jahre verkürzt wird.¹³¹ Was der Gesetzgeber als Verpflichtung zur staatlichen Hilfe für in Not geratene natürliche Personen und als Grund gesehen hat, die gesetzlichen Regelungen aus dem Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG abzuleiten¹³², verstößt nach Auffassung des AG München¹³³ gegen zwingendes Verfassungsrecht. Deshalb hat es das Verfahren dem BVerfG zur Entscheidung im Wege des konkreten Normenkontrollverfahrens nach § 80 BVerfGG i.V.m. Art. 100 Abs. 1 GG vorgelegt. Festzustellen ist hier nur, dass – wie eingangs bereits angemerkt – die Zahl der Restschuldbefreiungsverfahren mit der Einführung des Stundungsmodells in den §§ 4 a ff. InsO erheblich angestiegen ist und zu einer kaum erträglichen Belastung der Insolvenzgerichte geführt hat.

VIII. Erfahrungen mit dem Verbraucherinsolvenzverfahren

Das im Neunten Teil der Insolvenzordnung geregelte Verbraucherinsolvenzverfahren wies mit dem Inkrafttreten der InsO bereits erhebliche Mängel auf, die zu erheblichen Nachbesserungen durch das InsOÄndG 2001 geführt haben.¹³⁴ In

¹³⁰ Vgl. Uhlenbruck, Neues Insolvenzrecht. Wege aus dem modernen Schuldturm. Schriftenreihe des Deutschen Industrie- und Handelskammertages, SR 411, 2002, S. 177 ff.

¹³¹ Vgl. AG Düsseldorf, ZVI 2002, 170 m. krit. Anm. Mäusezahl; Winter, ZVI 2002, 239 ff.; Bindemann, ZVI 2002, 248 ff.; Gundlach/Frenzel/Schmidt, ZVI 2002, 141; Wimmer/Ahrens, in: Frankfurter Kommentar zur InsO, § 287, Rdn 87.

¹³² Vgl. BT-Drucks. 12/7302, Bericht des Rechtsausschusses, S. 153.

¹³³ Beschl. v. 30. 08. 2002, NZI 2002, 676; vgl. hierzu auch Sesemann, NZI 2002, 655; I. Pape, NZI 2002, Heft 12, S. V.

Rechtsprechung und Literatur war vor allem die Frage, ob einem völlig mittellosen Schuldner der Zugang zum Verbraucherinsolvenzverfahren mit anschließendem Restschuldbefreiungsverfahren über die Gewährung von Prozesskostenhilfe ermöglicht werden kann, von Anfang an heftig umstritten.¹³⁵ Im Gesetzgebungsverfahren hatte sich die Bundesregierung bereits früh aus Kostengründen gegen die Gewährung von Prozesskostenhilfe im Verbraucherinsolvenzverfahren ausgesprochen.¹³⁶ Mit der Einführung der Stundungsregelungen in den §§ 4a – d InsO ist die streitige Frage der Bewilligung von Prozesskostenhilfe für mittellose Schuldner weitgehend entschärft worden, weil nunmehr allen natürlichen Personen die Möglichkeit zur Betreibung eines Insolvenzverfahrens auch dann eröffnet wird, wenn ihr Vermögen nicht ausreicht, die Kosten des Verfahrens zu decken. Streitig war in der Praxis vor allem auch, welche Personen Zugang zum Verbraucherinsolvenzverfahren hatten. Nach dem Inkrafttreten des InsOÄndG 2001 unterfallen auch ehemalige Kleinunternehmer grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Regelinsolvenzverfahrens. Hinsichtlich der „echten“ Verbraucherinsolvenzverfahren nach den §§ 204 ff. InsO sind die praktischen Schwierigkeiten trotz des InsOÄndG 2001 nicht geringer geworden.¹³⁷ Das gerichtliche Schuldenbereinigungsverfahren spielt seit dem Inkrafttreten des InsOÄndG 2001 nur noch eine geringe Rolle. Deswegen sieht der Diskussionsentwurf des BMJ 2003 vor, den außergerichtlichen und gerichtlichen Einigungsversuch zusammenzuführen, um die Einigungschancen der Gläubiger zu erhöhen. Der Schuldner soll künftig mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens keinen selbstständigen Schuldenregulierungsplan für das gerichtliche Verfahren mehr vorlegen. Vielmehr wird im gerichtlichen Verfahren die außergerichtlich begonnene Einigungsverhandlung fortgesetzt, und zwar auf Grund des Schuldenbereinigungsplans. Die Entscheidung, ob ein Zustimmungsersetzungsantrag gestellt wird, liegt allein beim Schuldner. Die amtlichen Formulare sollen auf das unumgängliche Maß reduziert werden und auch unbeholfenen Schuldnern das Ausfüllen erleichtern. Im Übrigen ist eine gerichtliche Zustimmungsersetzung nur möglich, wenn nicht bereits die Mehrheit der Gläubiger den Plan abgelehnt hat. In diesen Fällen kommt nach Auffassung des BMJ eine gerichtliche Zustimmungsersetzung nicht mehr in Betracht. Voraussetzung für die Durchführung des Zustimmungsersetzungsverfahrens ist, dass den Gläubigern der Schuldenbereinigungsplan und die für ihre Entscheidung über die Annahme oder Ablehnung des Plans notwendigen Informationen zur Vermögenslage des Schuldners übersandt worden sind. Die Neufassung des § 307 InsO regelt die Beteiligung der Gläubiger am gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahren. Uneinigkeit besteht hinsichtlich der Frage, wie der Begriff der „Forderung aus Arbeitsverhältnissen“ in

¹³⁴ Vgl. *Vallender*, DGVZ 2000, 97 ff.; *Beule*, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 72, Rdn 139; *Hofmeister*, ZInsO 1999, 503; *Grote*, VuR 2000, 3.

¹³⁵ Einzelheiten *Vallender*, in: Uhlenbruck, vor §§ 304 – 314 InsO, Rdn 15 ff.

¹³⁶ Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 266, Nr. 28, 29.

¹³⁷ Vgl. *Pape*, ZVI 2002, 225 ff.

§ 304 Abs. 1 S. 2 InsO auszulegen ist.¹³⁸ Zweifelhaft ist vor allem, ob unter den Begriff auch Forderungen einer Berufsgenossenschaft oder auf den Sozialversicherungsträger übergegangene Ansprüche zählen. Im Übrigen ist die Tätigkeit des Treuhänders durch die Bearbeitung von Ansprüchen dadurch überfrachtet, dass er das Bestehen von Steuer- und Abgabenrückständen, die auf früheren Arbeitsverträgen des Schuldners mit Dritten als Arbeitgeber beruhen, zu prüfen hat. Streutig ist auch, ob ein isolierter Restschuldbefreiungsantrag zulässig ist, wenn der Schuldner sich im Regelinsolvenzverfahren einem Gläubigerantrag anschließt, nachdem ihm der Hinweis nach § 20 Abs. 2 InsO erteilt worden ist.¹³⁹ Bei zahlreichen Insolvenzgerichten bestehen Vorbehalte gegen die nach § 312 Abs. 2 InsO zulässige Anordnung eines schriftlichen Verfahrens. Als verfahrenshinderlich hat sich die Einführung amtlicher Antragsvordrucke durch das BMJ entsprechend der Ermächtigung nach § 305 Abs. 5 InsO erwiesen.¹⁴⁰ Werden vom amtlichen Vordruck abweichende Schuldenbereinigungspläne vorgelegt, weisen die Insolvenzgerichte diese Anträge als unzulässig zurück, wodurch die Rücknahmefiktion des § 305 Abs. 3 S. 2 InsO ausgelöst wird.¹⁴¹ Ein besonderes Problem in der Praxis sind die „vergessenen Gläubiger“. Auch hier sieht der Diskussionsentwurf des BMJ 2003 Änderungen vor. Nach § 307 Abs. 3 InsO in der vorgesehenen Neufassung ist in der öffentlichen Bekanntmachung jeder Gläubiger, der in dem Schuldenbereinigungsplan nicht aufgeführt ist, unter ausdrücklichem Hinweis auf die Rechtsfolgen des § 308 und des § 309 Abs. 3 InsO aufzufordern, dem Insolvenzgericht unverzüglich darzulegen, dass ihm eine Forderung gegen den Schuldner zusteht. Nach einem Beschluss des BayObLG vom 17. 04. 2002¹⁴² kann die Restschuldbefreiung nicht wegen Mängeln der mit dem Antrag auf Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens und auf Restschuldbefreiung eingereichten Unterlagen versagt werden, wenn der Schuldner noch im Eröffnungsverfahren seine ursprünglichen und nicht vorsätzlich falschen Angaben gemäß § 305 Abs. 3 S. 1 oder nach § 307 Abs. 3 S. 1 InsO korrekt ergänzt oder berichtigt. Bei noch so gutem Willen des Schuldners können sich im Rahmen eines Verbraucherinsolvenzverfahrens mit Restschuldbefreiung Veränderungen ergeben, die Einfluss auf die Einkommenssituation des Schuldners haben, wie z. B. der Wegfall der Unterhaltspflicht gegenüber Ehefrau oder Kindern, eine Gehaltserhöhung, Arbeitslosigkeit, die Geburt eines Kindes etc. Gerät der Schuldner mit der Erfüllung des gerichtlichen Schul-

¹³⁸ Vgl. LG Düsseldorf, ZInsO 2002, 637; *Bindemann*, Handbuch Verbraucherkonkurs, 3. Aufl., 2002, Rdn 18; *Pape*, ZVI 2002, 225, 229; *Kohte*, ZInsO 2002, 53 ff.

¹³⁹ Vgl. *Pape*, NZI 2002, 186; *ders.*, ZVI 2002, 225, 231; *Heyer*, ZInsO 2002, 59; *Kübler/Pritting/Pape*, § 20 InsO, Rdn 24 ff.; *Schmahl*, ZInsO 2002, 212.

¹⁴⁰ Vgl. VO zur Einführung von Vordrucken für das Verbraucherinsolvenzverfahren und die Restschuldbefreiung v. 17. 02. 2002 (BGBl. I, 703 ff.), abgedruckt als Beilage 1 zu Heft 1–2/2002 der ZVI. Vgl. auch *Pape*, ZVI 2002, 225, 232.

¹⁴¹ Vgl. LG Kleve, ZVI 2002, 200 m. Anm. *Mäusezahl*; *Pape*, ZVI 2002, 225, 233 f. Siehe auch *Vallender*, in: Uhlenbruck, § 305 InsO, Rdn 26.

¹⁴² NJW-RR 2002, 987.

denbereinigungsplans erheblich in Rückstand, so ist umstritten, ob Stundungen oder Schulderrasse der Gläubiger hinfällig werden. Deshalb wird in der Praxis empfohlen, in den Schuldenbereinigungsplan Anpassungsklauseln aufzunehmen, obgleich das Gesetz solche nicht verlangt.¹⁴³ Ungeachtet der Umsetzungsschwierigkeiten der §§ 304 ff. InsO in die insolvenzgerichtliche Praxis ist festzustellen, dass das derzeitige Verbraucherinsolvenzverfahren mit Restschuldbefreiung vor allem jungen Schuldnern schon wegen der langen Wohlverhaltensperiode wenig Anreiz bietet, auf diesem Wege eine Restschuldbefreiung zu erlangen. Nur wenige überschuldete Haushalte in Deutschland werden im Stande sein, die sechs Jahre währende Wohlverhaltensperiode zu überstehen. Instruktiv hierzu der Leiter des Schuldnerfachberatungszentrums (SFZ) in Rheinland-Pfalz an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz, Professor Dr. C.W. Hergenröder (DZWIR 2001, 397, 412): „*Das Verbraucherinsolvenzverfahren auch in seiner reformierten Form wird jedenfalls nur für einen eher geringen Part der zahlungsunfähigen Personen ein Ende ohne Schulden bedeuten. Für den überwiegenden Teil wird es bei den Schulden ohne Ende bleiben.*“

¹⁴³ Vgl. OLG Frankfurt, ZInsO 2002, 288.

Dingliche Rechte in der grenzüberschreitenden Insolvenz

Von *Helmut Grothe*

I. Einleitung

Ein Insolvenzverfahren ist grenzüberschreitend und kann infolgedessen Probleme des internationalen Verfahrensrechts und des internationalen Privatrechts aufwerfen, wenn sich entweder Vermögen des Gemeinschuldners in mehr als einem Staat befindet oder aber die Gläubiger des Gemeinschuldners in verschiedenen Staaten ansässig sind. Handelt es sich in diesem Sinne um eine grenzüberschreitende Insolvenz, steht der deutsche Rechtsanwender im Kern vor zwei spiegelbildlichen Fragen: Welche Wirkungen eines im Ausland eröffneten Insolvenzverfahrens erstrecken sich auf das Inland? Wie wirkt sich umgekehrt ein in Deutschland eröffnetes Insolvenzverfahren im Ausland aus? Ein welt- oder auch nur europaweit vereinheitlichtes Insolvenzrecht existiert nicht, und zwar weder was Verfahrensregeln noch was materiellrechtliche Bestimmungen anbelangt. Dies gilt auch für die Frage der Behandlung dinglicher Rechte in der grenzüberschreitenden Insolvenz. Der deutsche Jurist denkt dabei in erster Linie an Pfandrechte, die an Sachen oder Forderungen bestehen und ein Absonderungsrecht nach § 50 InsO gewähren, sowie an Sicherungsübereignungen und Sicherungsabtretungen, die zur Absonderung nach § 51 Nr. 1 InsO berechtigen. Die Einordnung der Sicherungsübereignung mag bei erstem Zusehen zwar überraschen, erklärt sich aber daraus, dass es sich bei diesem Sicherungsinstrument nur um die wirtschaftliche Reaktion darauf handelt, dass dem BGB ein besitzloses Pfandrecht fremd ist.¹ In den Gegenstandsbereich unserer Erörterungen fällt daneben der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz des Käufers, also die Aussonderungssituation des § 47 InsO. Funktionsäquivalente Sicherungsrechte finden sich in allen Privatrechtsordnungen der Welt. Beispielhaft erwähnt seien die *fixed charge* und die *floating charge* im englischen Recht, bei denen es sich um Formen der Generalverpfändung und Generalabtretung des Vermögens handelt, die Spezialsicherungen gegenüber nachrangig sind²,

¹ Vgl. nur *Westermann*, Sachenrecht, 7. Auflage 1998, S. 340 f.

² *Collins*, Floating charges, receivers and managers and the conflict of laws, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 27 [1978] 691 ff.; aus dem deutschsprachigen Schrifttum etwa *Graf von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 2. Auflage 2000, S. 136 f.

ferner die Autohypothek im italienischen Recht³ sowie das Registerpfandrecht im französischen Recht.⁴

Dingliche Rechte in der grenzüberschreitenden Insolvenz führen stets in zweierlei Hinsicht zu spezifisch internationalrechtlichem Klärungsbedarf. Zunächst muss die Rechtsordnung ermittelt werden, deren Regeln darüber entscheiden, ob und gegebenenfalls was für ein Sicherungsrecht besteht. Alsdann ist zu klären, nach welchen Staates materiellrechtlichen Insolvenzvorschriften sich die Rechte des solchermaßen gesicherten Gläubigers bestimmen. Folgendes Beispiel mag die Problemlage illustrieren:

Ein deutsches Unternehmen (D) hat Dienstleistungen in Frankreich gegenüber der Firma F und in Norwegen gegenüber der Firma N erbracht. An der Zahlungsforderung der D gegen F hat die belgische Firma B ein rechtsgeschäftlich bestelltes Pfandrecht und an der Zahlungsforderung gegenüber N die isländische Fa. I. Nunmehr wird die D insolvent. Ein Insolvenzverfahren wird in Deutschland eröffnet. B und I fragen nach ihren Rechten.

II. Rechtsquellen und Prinzipien des europäischen und deutschen Internationalen Insolvenzrechts

1. Territorialitäts- und Universalitätsprinzip

Für das bis vor kurzem ungeschriebene deutsche Internationale Insolvenzrecht war jahrzehntelang der Streit zwischen Universalitätsprinzip und Territorialitätsprinzip kennzeichnend.⁵ Bis Mitte 1985 herrschte eine Kombination beider Ansätze, und zwar dergestalt, dass die Wirkungen eines deutschen Insolvenzverfahrens sich auf das gesamte im Ausland belegene Vermögen des Gemeinschuldners erstreckten, während umgekehrt eine Auslandsinsolvenz das Inlandsvermögen des Schuldners unberührt ließ.⁶ Mit Urteil vom 11. Juli 1985 gab der BGH diese umstrittene Judikatur auf und bekannte sich grundsätzlich zum Universalitätsprinzip.⁷ Die hier behandelte Problemlage stellte sich zuvor nicht. Waren dingliche Sicherheiten in Deutschland belegen, wurden die daraus für die Gläubiger ableitbaren Rechte nicht durch ein ausländisches Konkursverfahren gestört, da diesem ja vormals, jedenfalls was konkurstypische Rechtsfolgen anbelangt,⁸ in Deutschland die Anerkennung versagt blieb, vgl. § 237 Abs. 1 KO. Ging es andererseits darum,

³ Dazu BGH NJW 1991, 1415.

⁴ Vgl. BGHZ 39, 173.

⁵ Siehe im Einzelnen MünchKommInsO/*Reinhart*, Band 3, 2003, vor Art. 102 EGIInsO Rn. 7 ff.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 3. Auflage 2003, Rn. 35.04 ff.

⁶ RGZ 14, 405, 410; RGZ 52, 155, 156; BGH NJW 1960, 774; BGH AWD 1962, 81.

⁷ BGHZ 95, 256.

⁸ Zu dieser Einschränkung *Jaeger/Klug*, KO, Zweiter Band, Zweiter Halbband, 8. Auflage 1973, §§ 237, 238 Rn. 173 ff.

welche Wirkungen ein in Deutschland eröffnetes Insolvenzverfahren auf im Ausland belegene Sicherheiten entfaltete, so entschied darüber der ausländische Staat nach Maßgabe seines eigenen Internationalen Insolvenzrechts.⁹ Belgien z. B. machte bis zur Rechtsprechungsänderung durch den BGH gerade entgegen der im belgischen Insolvenzgesetz vorgesehenen Anerkennung der Handlungsbefugnis ausländischer Konkursverwalter aufgrund des belgischen *ordre public* für deutsche Konkursverwalter wegen Fehlens der Gegenseitigkeit eine Ausnahme.¹⁰

Seit 1985 war die hier interessierende Rechtsfrage umstritten. Die herrschende Meinung entnahm die Existenz des jeweiligen Sicherungsrechts bei Sachen der *lex rei sitae* und bei Forderungen der *lex causae*.¹¹ Was die Rechte des gesicherten Gläubigers anbelangt, so fand sich eine breite Palette von Auffassungen. Manche nahmen keinerlei insolvenzrechtliche Beschränkungen an,¹² andere präferierten eine Anknüpfung an die *lex fori concursus*,¹³ wieder andere unterschieden zwischen Verwaltung und Verwertung einerseits sowie Verteilung andererseits,¹⁴ und schließlich wurde auch eine einheitliche Anknüpfung an das Sachstatut des Sicherungsgegenstandes vertreten.¹⁵

2. Die heutigen Rechtsgrundlagen: EuInsVO und InsO

Seit wenigen Monaten steht das gesamte deutsche Internationale Insolvenzrecht auf einer materiell-gesetzlichen Grundlage. Zu unterscheiden ist dabei zwischen europäischem Internationalen Insolvenzrecht und autonomem deutschen Internationalen Insolvenzrecht.

a) Die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren

Die Vorarbeiten für eine Rechtsvereinheitlichung in Europa reichen bis in die 60er Jahre des letzten Jahrhunderts zurück. Da das EuGVÜ ausweislich seines

⁹ Vgl. nur *Jaeger/Klug* (Fn. 8), §§ 237, 238 Rn. 332 f., 347, 351 f.

¹⁰ Handelsgericht Brüssel, KTS 1978, 247 f.; BGHZ 95, 256, 264.

¹¹ MünchKommInsO / *Reinhart* (Fn. 5), Art. 102 EGInsO Rn. 148 m. w. N.

¹² *Kübler/Prütting/Kemper*, InsO, Band II, Loseblatt, Stand 2002, Art. 102 EGInsO Rn. 219 f.; vgl. auch Heidelberger Kommentar / *Kirchhof*, 2. Auflage 2001, EGInsO, Art. 102 Rn. 22.

¹³ *Favoccia*, Vertragliche Mobiliarsicherheiten im internationalen Insolvenzrecht, 1991, S. 45 ff.; *Gottwald/Arnold*, Insolvenzrechts-Handbuch, 1. Auflage 1990, § 122 Rn. 95; wohl auch RGZ 8, 110, 114.

¹⁴ v. *Wilmowsky*, Internationales Insolvenzrecht – Plädoyer für eine Neuorientierung, WM 1997, 1461, 1464 ff.; *ders.*, Sicherungsrechte im Europäischen Insolvenzübereinkommen, EWS 1997, 295, 298 f.; *Liersch*, Sicherungsrechte im internationalen Insolvenzrecht, 2001, S. 33 ff.

¹⁵ MünchKommInsO / *Reinhart* (Fn. 5), Art. 102 EGInsO Rn. 154.

Art. 1 Abs. 2 nicht auf Vergleiche, Konkurse und ähnliche Verfahren anwendbar war, suchte man auf Grundlage von Art. 220 EG-Vertrag a.F. nach einer parallelen staatsvertraglichen Regelung. Vorläufiger Endpunkt dieser Bemühungen war das Europäische Übereinkommen über Insolvenzverfahren vom 23. November 1995¹⁶, das jedoch nie in Kraft getreten ist. Grund war die Weigerung Großbritanniens, das auf diese Weise gegen das Exportverbot für britisches Rindfleisch reagierte, welches im März 1996 als Maßnahme gegen die Rinderseuche BSE verhängt worden war.¹⁷

Mit In-Kraft-Treten des Vertrages von Amsterdam am 1. Mai 1999¹⁸ wurde die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen aus der 3. Säule des Unionsvertrags herausgelöst und in den EG-Vertrag überführt, wo sie jetzt (wenig glücklich) im neuen Titel IV „Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr“ angesiedelt ist. Diese Änderung hat durchgreifende Konsequenzen. Seither ist der Rat befugt, Maßnahmen im Bereich der in Art. 65 EG näher umschriebenen justiziellen Zusammenarbeit und daher auch auf dem Gebiet des Insolvenzrechts in Europa zu erlassen. Konkret hatte das zur Folge, dass es keines völkerrechtlichen Vertrages zwischen den Mitgliedsstaaten mehr bedurfte, sondern die Rechtsform einer Verordnung gemäß Art. 249 EG gewählt werden konnte. Auf dieser Grundlage wurde am 29. Mai 2000 die Europäische Insolvenzrechtsverordnung (EuInsVO) erlassen,¹⁹ die am 31. Mai 2002 in allen Mitgliedstaaten mit Ausnahme Dänemarks in Kraft getreten ist.²⁰ Das Regelungssystem der EuInsVO beruht auf einem modifizierten Universalitätsprinzip. Es findet grundsätzlich ein einziges Insolvenzverfahren statt, welches das gesamte Vermögen des Schuldners erfasst, und zwar auch das im Ausland belegene, an dem sämtliche Gläubiger beteiligt sind und das in allen anderen Mitgliedstaaten anerkannt wird. Durchbrochen wird dieses Prinzip in bestimmten Fällen durch territorial beschränkte Partikularverfahren, Verfahren also, die nur dasjenige Vermögen des Schuldners erfassen, das sich in dem Staat befindet, in dem das Partikularverfahren stattfindet (Art. 27 ff. EuGVO). Regelungsgegenstände der EuInsVO bilden demzufolge die internationale Zuständigkeit für die Eröffnung von Insolvenzverfahren, die Anerkennung solchermaßen eröffneter Verfahren in den anderen Mitgliedstaaten, die Koordination von Haupt- und Partikularverfahren sowie schließlich das damit in Zusammenhang stehende Kollisionsrecht. Unvereinheitlicht blieb das materielle Insolvenzrecht. Die hier interessierenden Probleme dinglicher Sicherheiten fanden ihren legislatorischen Niederschlag in Art. 5 und 7 der Verordnung.

¹⁶ Die deutsche Fassung ist veröffentlicht in ZEuP 1996, 331, mit Einführung *Balz*, S. 325 ff.

¹⁷ *Jayme / Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 1996 – Anpassung und Transformation der nationalen Rechte, IPRax 1996, 377, 388 f.; *Liersch* (Fn. 14), S. 41.

¹⁸ Vertrag von Amsterdam vom 2. 10. 1997, BGBl. II 1998, 387.

¹⁹ ABl. EG Nr. L 160 vom 30. 6. 2000, S. 1.

²⁰ Art. 47 EuInsVO.

*b) Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts
vom 14. März 2003*

Die EuInsVO zielt auf die Schaffung eines gemeinsamen europäischen Insolvenzraums, will die Wirkungen von Insolvenzverfahren aber nicht auf Drittstaaten erstrecken. Deshalb erfassen die kollisionsrechtlichen Sondervorschriften in Art. 5 bis 15 der Verordnung nur jene Fälle, in denen der jeweils für maßgeblich erachtete Bezugspunkt zu einem anderen Mitgliedstaat führt. Befindet er sich in einem Drittstaat, greift die Verordnung nicht ein. Die Frage ist dann vom autonomen Insolvenzkollisionsrecht des Forums zu beantworten.

Seitdem das Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts am 20. März 2003 in Kraft getreten ist,²¹ hat auch das autonome deutsche Insolvenzkollisionsrecht eine umfassende Regelung erfahren. Ursprünglich war bereits bei Schaffung der InsO im Jahre 1994 geplant gewesen, das autonome Internationale Insolvenzrecht in einem 9. Teil des Gesetzes zu regeln,²² was letztlich jedoch am Votum des Rechtsausschusses des Bundestages scheiterte.²³ Zur Zeit der Verabschiedung der InsO wurde noch davon ausgegangen, dass das Europäische Insolvenzübereinkommen bald in Kraft treten würde,²⁴ was sich jedoch als Irrtum herausstellte. Nach damaliger Vorstellung des Rechtsausschusses sollte es für Drittstaatenfälle mit einem Verweis auf die Regeln des Übereinkommens sein Bewenden haben.²⁵ Es verblieb daher zunächst mit Art. 102 EGInsO a.F. eine äußerst fragmentarische „Platzhalter“-Regelung,²⁶ die starke Kritik erfahren hat.²⁷ Nach der Jahrtausendwende setzte sich schließlich die Einsicht durch, dass es der Rechtsklarheit dient, wenn die wesentlichen Rechtsgrundsätze für internationale Insolvenzen in einem eigenständigen Teil der InsO festgeschrieben sind. Richtigerweise wurde zugleich der Vorschlag verworfen, das autonome deutsche Insolvenzkollisionsrecht durch einen Verweis auf die EuInsVO zu regeln. Die Verordnung, die für einen eng verflochtenen Wirtschaftsraum konzipiert ist, lässt sich mangels Homogenität der Rechtsstandards nicht ohne weiteres weltweit anwenden. Daher hat der deutsche Reformgesetzgeber das autonome Insolvenzkollisionsrecht im Vergleich zur EuInsVO zumindest in gewissen Bereichen weniger kooperations-

²¹ BGBl. I 2003, 345; dazu einführend *Liersch*, Deutsches Internationales Insolvenzrecht, NZI 2003, 302 ff.

²² Begr. RegE BT-Drucks. 12/2443, S. 68 ff.

²³ Vgl. auch Begr. RegE zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts, BT-Drucks. 15/16, S. 13.

²⁴ Rechtsausschuss, BT-Drucks. 12/7303, S. 117.

²⁵ Rechtsausschuss (Fn. 24).

²⁶ Begr. RegE (Fn. 23).

²⁷ Siehe etwa *Leipold*, Miniatur oder Bagatelle: das internationale Insolvenzrecht im deutschen Reformwerk 1994, Festschrift für *Henckel*, 1995, S. 533 ff.; *Wunderer*, Auswirkungen des Europäischen Übereinkommens über Insolvenzverfahren auf Bankgeschäfte, WM 1998, 793 f.; v. *Wilmowsky*, Aufrechnung in internationalen Insolvenzfällen, KTS 1998, 343, 353.

freundlich ausgestaltet.²⁸ So sind namentlich die Anerkennungsvoraussetzungen des § 343 InsO enger als die des Art. 16 EuInsVO, besteht doch im Rahmen des § 343 Abs. 1 InsO sowohl das Erfordernis der *compétence indirecte* (Nr. 1) als auch ein *ordre public*-Vorbehalt (Nr. 2). Gleichwohl sind starke Parallelen zum europäischen Internationalen Insolvenzrecht unverkennbar. Was die EuInsVO etwa in ihren Art. 27 ff. normiert, findet seine Entsprechung in §§ 354 ff. InsO. Auch danach besteht die Möglichkeit eines Partikularverfahrens, und zwar über Vermögen in Deutschland.

III. Dingliche Sicherungen als Konfliktquelle

Insolvenzverfahren dienen überall auf der Welt einer möglichst gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung. Dingliche Sicherungsrechte andererseits zielen darauf, eine vorrangige Befriedigung des gesicherten Anspruchs aus einem bestimmten Gegenstand des Schuldnervermögens sicherzustellen, wenn nicht sogar eine Aussonderung des fraglichen Vermögensgegenstandes aus der Insolvenzmasse zu ermöglichen. Diese Aufgabe sollen Sicherungsrechte vor allem dann erfüllen, wenn der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, all seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, also der Sicherungsfall eingetreten ist. Die Anerkennung derartiger Sicherungsrechte greift damit massiv in den Grundsatz der *par conditio creditorum*, der formal gleichmäßigen Verteilung an alle Insolvenzgläubiger ein. Wirtschaftspolitische Erwägungen rechtfertigen diese scheinbare Ungleichbehandlung jedoch und schließen damit zugleich einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG aus.²⁹ Ohne insolvenzfeste Sicherheiten wäre eine Kreditvergabe in vielen Fällen von vornherein ausgeschlossen.

Die sicherungsfreundliche Sicht der Dinge, die dem deutschen Recht eigen ist, wird jedoch in vielen Staaten nicht oder nicht in gleicher Weise geteilt. So lassen beispielsweise das belgische und das norwegische Recht nach Eröffnung des Konkursverfahrens die Geltendmachung eines Eigentumsvorbehalts nicht mehr zu.³⁰ Luxemburgischem Recht zufolge sind Pfändungen und Hypotheken ungültig, wenn sie während oder bis zu 10 Tagen vor der *période suspecte* (in der Regel 6 Monate vor Konkurseröffnung) bestellt wurden,³¹ was einer Rückschlagsperre nach Art des § 88 InsO³² ähnelt, allerdings bezogen auf privatautonom begründete

²⁸ Vgl. RegE (Fn. 23); *Wehdeking*, Reform des Internationalen Insolvenzrechts in Deutschland und Österreich, DZWIR 2003, 133, 139.

²⁹ *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II Insolvenzrecht, 12. Auflage 1990, Rn. 6.27 und 5.37; s. ferner *Liersch* (Fn. 14), S. 30.

³⁰ *Jahr*, Insolvenzen in Europa, 2. Auflage 1997, S. 14 (Belgien) und S. 252 (Norwegen).

³¹ *MünchKommInsO/Biver/Kayser* (Fn. 5), Art. 102 EGIInsO, Anh. II, Luxemburg, Rn. 38.

³² Eingehend dazu *Grothe*, Die vollstreckungsrechtliche „Rückschlagsperre“ des § 88 InsO, KTS 2001, 205 ff.

Sicherungen. Oftmals ist schließlich eine abgesonderte Befriedigung unbekannt; statt dessen erfolgt bei dinglichen Sicherheiten nur eine vorrangige Befriedigung, so etwa in Finnland³³, der Schweiz³⁴ oder Ungarn,³⁵ wo Ansprüche aufgrund von Pfandrechten und Eigentumsvorbehalten nur mit Vorrang vor anderen Konkursgläubigern, aber im Range nach den Forderungen der Massegläubiger befriedigt werden. Hinter derartigen Einschränkungen verbirgt sich die verstärkte Sorge, dingliche Sicherungsrechte führten allzu leicht zu einer Auszehrung der Masse und zu einem unerwünschten Wettlauf um rechtsgeschäftlich oder hoheitlich begründete Sicherungen.³⁶ Das mündet unmittelbar in die Frage, wie die skizzierten Interessen auf der Ebene des Kollisionsrechts zu gewichten sind, wobei zugunsten einer weitgehenden Anerkennung von Sicherheiten noch eine Rolle spielt, dass bei ihrer Bestellung häufig noch nicht vorhersehbar ist, in welchem Staat einmal ein Insolvenzverfahren eröffnet werden könnte.

IV. Internationalrechtliche Einheitslösungen

Folgt man der *Maxime*, wonach gegen einen Schuldner ein universales Insolvenzverfahren durchgeführt werden soll, werfen dingliche Sicherheiten einzig das kollisionsrechtliche Problem auf, welche Rechtsordnung über ihr Schicksal in diesem einen Insolvenzverfahren zu entscheiden hat. Einheitsmodelle sind in zweierlei Ausprägung denkbar.³⁷

1. *Lex fori concursus*

Ein erstes Modell erstreckt das Recht der Verfahrenseröffnung auch auf die Sicherung, bringt also einheitlich dessen Sachenrecht und dessen Insolvenzrecht zur Anwendung. Ob überhaupt ein Sicherungsrecht entstanden ist und welche Einschränkungen es aus Anlass der Insolvenz des Sicherungsgebers konkret hinzunehmen hat, beurteilt sich danach ausschließlich anhand der *lex fori concursus*.³⁸

³³ MünchKommInsO / *Sedig / Sundström* (Fn. 5), Art. 102 EGIInsO, Anh. II, Finnland, Rn. 27 f.

³⁴ MünchKommInsO / *Berti* (Fn. 5), Art. 102 EGIInsO, Anh. II, Schweiz, Rn. 37.

³⁵ MünchKommInsO / *Pesser-Müller* (Fn. 5), Art. 102 EGIInsO, Anh. II, Ungarn, Rn. 25.

³⁶ Vgl. MünchKommInsO / *Berti* (Fn. 5), Art. 102 EGIInsO, Anh. II, Schweiz, Rn. 37 in Fn. 65.

³⁷ s. bereits v. *Wilmowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, 1996, S. 288 f.; *Taupitz*, Das (zukünftige) europäische Internationale Insolvenzrecht – insbesondere aus international-privatrechtlicher Sicht, ZJP 111 (1998), 315, 330 ff.; *Huber*, Internationales Insolvenzrecht in Europa, ZJP 114 (2001), S. 133, 153.

³⁸ *Favoccia* (Fn. 13) S. 45 ff., 83 ff.; *Pothast*, Probleme eines Europäischen Konkurs-übereinkommens, 1995, S. 153; *Kuhn / Uhlenbruck / Lüer*, KO, 11. Auflage 1994, §§ 237, 238 Rn. 92.

Das hat zur Konsequenz, dass im Insolvenzverfahren alle Sicherungsrechte – unabhängig von ihrer weltweiten Lokalisierung – nach ein und demselben Recht behandelt werden, was eine bessere Verwertung von Verbundwerten ermöglicht und das Maß der Verteilungsgerechtigkeit für die Gläubigersamtheit erhöht.³⁹ Allerdings kann sich nach dieser Lesart ein Problem für Inhaber ausländischer Sicherungsrechte ergeben, wenn im Gegensatz zur Rechtslage unter dem ihnen vertrauten Sicherungsrechtsstatut ihr Sicherungsrecht von der *lex fori concursus* nicht als Vorrecht anerkannt oder aber mit besonderen Beschränkungen versehen wird. Auf der anderen Seite mag es aber auch zu einer für einen Insolvenzgläubiger unerwartet günstigen Situation kommen, wenn die *lex fori concursus* ihm im Vergleich zum Sicherungsrechtsstatut ein noch stärkeres Vorrecht gewährt. Aus Sicht des deutschen Rechts könnte ihnen etwa nicht nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung, sondern sogar ein Aussonderungsrecht zustehen, wie dies beim Eigentumsvorbehalt der Fall ist.⁴⁰

2. Sicherungsrechtsstatut

Das zweite Einheitsmodell geht vom Statut des Sicherungsrechts aus, beruft also in vollem Umfang jenes Recht zur Anwendung, das losgelöst vom Insolvenzverfahren im Hinblick auf das Sicherungsrecht gilt.⁴¹ Gemäß Art. 43 EGBGB ist dies bei Sachen aus deutscher Perspektive regelmäßig die *lex rei sitae*; kollisionsrechtsvergleichend ergeben sich dabei im Übrigen wenig Unterschiede.⁴² Die *lex rei sitae* regelt danach nicht nur die Voraussetzungen für die Entstehung des Sicherungsrechts, sondern mit ihrem Insolvenzrecht auch die Frage, wie sich das Sicherungsrecht in der Insolvenz des Sicherungsgebers auswirkt. Die Vorteile dieser Lösung liegen auf der Hand: Verkehrssicherheit und Schutz wohlervorbener Rechte. Hinzu kommt ein weiteres. Der internationale Siegeszug der Sachenrechtsanknüpfung an die *lex rei sitae* beruht nicht zuletzt auf der Vorstellung, es sollten die Vorschriften jener Rechtsordnung zum Zuge kommen, der auch die durchsetzbare rechtliche Gewalt über die Sache zukomme. Das ist bei Immobilien offensichtlich, hat sich aber auch bei beweglichen Sachen seit etwa einhundert Jahren zumindest in Deutschland im Grundsatz durchgesetzt.⁴³ Nur bei Sicherheiten an Forderungen gilt Abweichendes. Hier entscheidet nicht ihre Belegenheit, sondern das Recht des Staates, dem die Forderung auch sonst unterliegt, Art. 33 Abs. 2 EGBGB.⁴⁴

³⁹ v. *Wilmowsky* (Fn. 37), S. 289; *Favoccia* (Fn. 13), S. 45.

⁴⁰ *Taupitz* (Fn. 37), S. 331.

⁴¹ *Ebenroth*, Die Inlandswirkungen der ausländischen *lex fori concursus* bei Insolvenz einer Gesellschaft, ZJP 101 (1988), 121, 139 f.; *Arnold*, Der Europarat-Entwurf eines europäischen Konkursübereinkommens, ZIP 1984, 1144, 1146 f.; *Schlosser*, Europäische Wege aus der Sackgasse des deutschen internationalen Insolvenzrechts, RIW 1983, 473, 479.

⁴² s. MünchKommBGB/Kreuzer, Band 10, 3. Auflage 1998, Anh. I zu Art. 8 EGBGB, Rn. 12; *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 8. Auflage 2000, S. 662.

⁴³ *Kegel/Schurig* (Fn. 42); zu Auflockerungen s. Art. 45, 46 EGBGB.

Allerdings gewinnt das Insolvenzverfahren bei dieser Einheitslösung an Komplexität,⁴⁵ hat doch der Insolvenzverwalter ganz unterschiedliche nationale Rechtsordnungen mit ihren jeweiligen Besonderheiten zu beachten. Konsequenz wäre überdies, dass Sicherungsrechte auch gegen die Wertungen der *lex fori concursus* anzuerkennen wären und ihnen umgekehrt eine besondere Werthaltigkeit, die ihnen vom Recht der Verfahrenseröffnung zuerkannt werden würde, vorenthalten bliebe.⁴⁶ Konstatiert werden müsste schließlich, dass abhängig vom Sachenrechtsstatut eine Ungleichbehandlung der Sicherungsgeber vorliegt.

V. Das Differenzierungsmodell der EuInsVO

Die EuInsVO hat sich für eine dritte Lösung entschieden. Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass Rechtssicherheit und Schutz des Wirtschaftsverkehrs im Staat der Belegenheit eines dinglichen Rechts leiden, wenn über Begründung, Gültigkeit und Tragweite solcher Rechte eine ausländische *lex fori concursus* entscheidet.⁴⁷ Aus dieser Erkenntnis leitet die EuInsVO aber nicht nur kollisionsrechtliche, sondern zugleich verfahrensrechtliche Konsequenzen ab. Bezogen auf Sicherungsrechte gibt die EuInsVO nämlich schon die Prämisse des Universalitätsprinzips auf, ein Insolvenzverfahren über ein einheitlich verstandenes Vermögen des Gemeinschuldners durchzuführen.⁴⁸ Im Einzelnen gilt Folgendes:

1. Ausgangspunkt

Den Ausgangspunkt formulieren Art. 3 und 4 EuInsVO. Art. 3 Abs. 1 legt die Zuständigkeit der Gerichte des Mitgliedstaates fest, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat, und Art. 4 Abs. 1 ordnet daran anknüpfend die grundsätzliche Maßgeblichkeit der *lex fori concursus* an. Als zwingend erweist sich dieser Weg nur in verfahrensrechtlicher Hinsicht. Verfahrensrecht ist im Kern öffentliches Recht, ihm fehlt daher die internationale Fungibilität.⁴⁹ Für das materielle Insolvenzrecht gilt diese Einschränkung nicht. Der Gleichlauf zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht, der im Internatio-

⁴⁴ v. Bar, Internationales Privatrecht, Band II, Besonderer Teil, 1991, Rn. 572; Soergel/v. Hoffmann, BGB, 12. Auflage 1996, Art. 33 EGBGB Rn. 16.

⁴⁵ Huber (Fn. 37), S. 153; Taupitz (Fn. 37), S. 332.

⁴⁶ Favoccia (Fn. 13), S. 33 ff.; ferner Flessner, Entwicklungen im internationalen Konkursrecht, besonders im Verhältnis Deutschland – Frankreich, ZIP 1989, 749, 754 f.

⁴⁷ Erwägungsgründe 24 und 25 zur EuInsVO (Fn. 19), S. 3.

⁴⁸ Vgl. auch Paulus, Die europäische Insolvenzverordnung und der deutsche Insolvenzverwalter, NZI 2001, 505, 507.

⁴⁹ s. dazu etwa v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Band I, Allgemeine Lehren, 2. Auflage 2003, § 5 Rn. 75; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2002, Rn. 40 ff.

nalen Privatrecht Seltenheitswert besitzt,⁵⁰ rechtfertigt sich aufgrund des engen Zusammenhangs beider Materien, zumal als alternativer Anknüpfungspunkt sinnvollerweise ohnehin nur der Sitz/ Wohnsitz des Schuldners in Betracht kommt, dieser aber regelmäßig schon die Zuständigkeit begründet.

2. Durchbrechung des Universalitätsprinzips

Die Art. 5 und 7 EuInsVO durchbrechen das skizzierte Prinzip, und zwar dergestalt, dass sie dingliche Sicherheiten, wenn sie sich in einem anderen Mitgliedstaat als dem der Verfahrenseröffnung befinden, von den Wirkungen der Verfahrenseröffnung ausnehmen. Die geographische Verortung der Sicherheiten erfolgt nach Maßgabe von Art. 2 lit. g EuInsVO. Bei körperlichen Gegenständen entscheidet danach die Belegenheit, bei registerpflichtigen Rechten kommt es auf die Registerführung an, und bei Forderungen ist der Ort maßgeblich, an dem der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. Der Kreis der für unberührt erklärten Sicherheiten wird von Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 EuInsVO weit gezogen und erstreckt sich sogar auf die deutsche Vormerkung. Die Qualität von Kollisionsnormen kommt den genannten Bestimmungen nicht zu.⁵¹ Sie enthalten keinerlei Aussage über das zur Anwendung berufene Recht, sondern machen dem Mitgliedstaat der Verfahrenseröffnung nur sachrechtliche Vorgaben, namentlich dergestalt, dass fremde, in anderen EU-Staaten belegene Sicherungsrechte aus Anlass der Insolvenz nicht eingeschränkt werden dürfen.

3. Sicherungsrechtsstatut

Nach welchem Recht sich bestimmt, ob überhaupt ein dingliches Recht eines Gläubigers oder eines Dritten an im Ausland befindlichen Gegenständen besteht, ist damit noch nicht beantwortet. Die These *Gottwalds*, Art. 5 und 7 EuInsVO enthielten einen konkludenten Verweis auf das Internationale Privatrecht des Belegenheitsstaates,⁵² hat in der Verordnung keinen Rückhalt. Ebenso wenig verdient die Auffassung v. *Wilmowskys* Zustimmung, es bleibe insoweit bei der Grundnorm des Art. 4 Abs. 1 EuInsVO, mit der Folge, dass die *lex fori concursus* Anwendung finde.⁵³ Dagegen spricht vor allem, dass Art. 5 EuInsVO bezogen auf dingliche Rechte eine *lex specialis* zu Art. 4 EuInsVO darstellt. Dann ist es aber nicht mög-

⁵⁰ v. *Bar / Mankowski* (Fn. 49), § 5 Rn. 146.

⁵¹ v. *Wilmowsky*, EWS 1997 (Fn. 14), S. 297; *Taupitz* (Fn. 37), S. 334; *Huber* (Fn. 37), S. 154; a.M. *Kemper*, Die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren, ZIP 2001, 1609, 1615.

⁵² *Gottwald*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, 1997, S. 33 und 35; *Gottwald / Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Auflage 2001, § 129 Rn. 26, 35; für Art. 7 EuInsVO ebenso *Huber* (Fn. 37), S. 159.

⁵³ v. *Wilmowsky*, EWS 1997 (Fn. 14), S. 297.

lich, im Anwendungsbereich des Art. 5 EuInsVO davon auszugehen, dass im Endeffekt die Grundnorm des Art. 4 EuInsVO auch die dinglichen Sicherungsrechte erfassen soll.⁵⁴ Ein weiteres Argument ergibt sich aus Art. 5 Abs. 4 EuInsVO. Danach steht Abs. 1 der Nichtigkeit, Anfechtbarkeit oder relativen Unwirksamkeit einer Rechtshandlung nach Art. 4 Abs. 2 lit. m EuInsVO nicht entgegen. Diese Vorschrift wiederum unterstellt die genannten Rechtsfragen der *lex fori concursus*, woraus der Umkehrschluss gezogen werden kann, dass die übrigen Rechtsfragen der Sicherungsrechte gerade nicht der Grundregel des Art. 4 EuInsVO – also der *lex fori concursus* – unterfallen sollen.⁵⁵

Richtigerweise ist die „Unberührtheitserklärung“ in Art. 5 Abs. 1 EuInsVO dahin zu interpretieren, dass dingliche Sicherungsrechte weder vom Verfahrensrecht noch vom speziellen Insolvenz kollisionsrecht des Eröffnungsstaates tangiert werden. Statt dessen gelangt das allgemeine Internationale Privatrecht des Forums zum Zuge. Soweit sich die Frage nach der Unberührtheit der Sicherungsrechte in dem Staat stellt, in welchem das (Haupt-)Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, hat sein Internationales Privatrecht darüber zu entscheiden, ob und welches Sicherungsrecht besteht.⁵⁶ Vom Standpunkt des deutschen Rechts als *lex fori concursus* aus betrachtet führt dann für Sicherungen an Sachen grundsätzlich Art. 43 EGBGB zur *lex rei sitae* und für Sicherungen an Forderungen Art. 33 Abs. 2 EGBGB zum Forderungsstatut (s. bereits oben IV. 2.). Wird beispielsweise die Kaufpreisforderung gepfändet, die eine in Italien ansässige Firma als Verkäuferin gegen ein portugiesisches Unternehmen hat, bestimmt sich die Verpfändbarkeit mangels Rechtswahl im Sinne des Art. 27 EGBGB gemäß Art. 28 Abs. 2 EGBGB nach italienischem Recht als dem Recht des Staates, in dem jene Vertragspartei ihren Sitz hat, die die vertragscharakteristische Leistung erbringt. Nur theoretisch denkbar sind dabei Diskrepanzen zum Internationalen Privatrecht des Belegenheitsstaates, dessen Gerichte in casu über Bestand und Inhalt eines dinglichen Rechts zu entscheiden haben, etwa im Rahmen eines Sekundärverfahrens oder auch (wegen Art. 3 Abs. 2 EuInsVO) in anderen Sachzusammenhängen: Die *situs*-Regel im internationalen Sachenrecht zählt zum europäischen *ius commune*, und die Anknüpfung an das Forderungsstatut hat ihren Ursprung im Römischen EWG-Schuldvertragsübereinkommen von 1980.⁵⁷ Gefahren für die einheitliche Anwendung der EuInsVO, denen nur durch verordnungsautonomes Kollisionsrecht begegnet werden könnte, bestehen mithin kaum.

⁵⁴ *Taupitz* (Fn. 37), S. 335.

⁵⁵ *Taupitz* (Fn. 37), S. 335.

⁵⁶ *Taupitz* (Fn. 37), S. 335; *Leible/Staudinger*; Die europäische Verordnung über Insolvenzverfahren, KTS 2000, 533, 551.

⁵⁷ BGBl. 1986 II, S. 810.

4. Materielle Reichweite der Öffnungsklausel in Art. 5 EuInsVO

Welche dinglichen Rechte von der Öffnungsklausel des Art. 5 Abs. 1 EuInsVO erfasst sind, entscheidet entgegen dem ersten Anschein ebenfalls nicht die Verordnung selbst, sondern das vom autonomen Internationalen Privatrecht des Forums bestimmte Recht. Bei eigenständiger Definition des Begriffs „dingliches Recht“ hätte die Gefahr bestanden, dass Rechtspositionen, die nach der *lex rei sitae* nicht als dingliche Rechte angesehen werden, als solche gelten und umgekehrt dingliche Rechte, welche die im Belegenheitsrecht geforderten Voraussetzungen, nicht aber die der Verordnung erfüllen, unerfasst blieben. Das aber widerspräche der erklärten Intention des Ordnungsgebers, das Interesse jedes Staates am Schutz seines Wirtschaftsverkehrs zu beachten.⁵⁸ Die Auflistung in Abs. 2 des Art. 5 EuInsVO⁵⁹ besitzt daher nur deklaratorischen Charakter. Ihr kommt die Funktion zu, die Anwendbarkeit der Verordnung zu erleichtern und Zweifelsfälle zu klären. *Virgos* und *Schmit* sprechen in diesem Zusammenhang von „Rechten, die im Normalfall nach einzelstaatlichem Recht als dingliche Rechte gelten“. ⁶⁰ Leitend waren dabei zwei Überlegungen. Erstens die direkte und unmittelbare Bindung des Rechts an eine Sache, zweitens die Absolutheit des Rechts.

Eine Abweichung von diesem Konzept bildet Art. 5 Abs. 3 EuInsVO.⁶¹ Unabhängig vom einzelstaatlichen Recht wird danach das in einem öffentlichen Register eingetragene und gegen jedermann wirksame Recht, ein dingliches Recht zu erlangen, für die Zwecke des Art. 5 EuInsVO einem dinglichen Recht gleichgestellt. Eine weitere Abweichung ergibt sich aus der *ratio* von Art. 5 EuInsVO, das Universalitätsprinzip zu Gunsten etwaiger Sekundärsolvenzverfahren zu durchbrechen, was zunichte gemacht werden könnte, wenn die Mitgliedstaaten beliebig Rechte zu dinglichen Rechten erklären dürften.⁶² Bei Auslegung der mitgliedstaatlichen Sachrechte sind also die Wertungen der EuInsVO mit einzubeziehen.

Neben die Rechte nach Art. 5 EuInsVO tritt gemäß Art. 7 Abs. 1 EuInsVO der Eigentumsvorbehalt des Verkäufers in der Insolvenz des Käufers. Der Eigentums-

⁵⁸ *Virgos / Schmit*, Erläuternder Bericht zum EuInsÜ, in: Stoll, Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht, 1997, S. 71, Nr. 100.

⁵⁹ Art. 5 Abs. 2 EuInsVO (Fn. 19): „Rechte im Sinne von Abs. 1 sind insbesondere a) das Recht, den Gegenstand zu verwerten oder verwerten zu lassen und aus dem Erlös oder den Nutzungen dieses Gegenstandes befriedigt zu werden, insbesondere aufgrund eines Pfandrechts oder einer Hypothek; b) das ausschließliche Recht, eine Forderung einzuziehen, insbesondere aufgrund eines Pfandrechts an einer Forderung oder aufgrund einer Sicherheitsabtretung dieser Forderung; c) das Recht, die Herausgabe des Gegenstands von jedermann zu verlangen, der diesen gegen den Willen des Berechtigten besitzt oder nutzt; d) das dingliche Recht, die Früchte des Gegenstands zu ziehen.“

⁶⁰ *Virgos / Schmit* (Fn. 58), S. 72, Nr. 103.

⁶¹ *Virgos / Schmit* (Fn. 58), S. 72, Nr. 101.

⁶² *Virgos / Schmit* (Fn. 58), S. 72, Nr. 102.

vorbehalt fand nur deshalb eine besondere Regelung, weil der Verordnungsgeber den Eigentumsvorbehalt nicht als dingliches Recht ansah, sondern als Annex zum Kaufvertrag.⁶³ Seine rechtliche Sonderstellung entspricht jener der in Art. 5 genannten Rechte. Auch seine Unberührbarkeit in der Insolvenz steht und fällt mit der Frage, ob die vom Kollisionsrecht des Forums⁶⁴ berufene Rechtsordnung (abermals grundsätzlich die *lex rei sitae*) einen Eigentumsvorbehalt überhaupt anerkennt. Einen Unterschied zu Art. 5 EuInsVO begründet die einheitliche Sachnorm des Art. 7 Abs. 2 EuInsVO, der zufolge die Insolvenz des Verkäufers den Kaufvertrag und damit zugleich das Anwartschaftsrecht des Käufers unberührt lässt.

Anzumerken ist im Übrigen, dass nur solche Rechte von der Verfahrenseröffnung unberührt bleiben, die zu diesem Zeitpunkt, nämlich dem der Eröffnung, bereits entstanden sind.⁶⁵ Ob dies der Fall ist, entscheidet abermals das vom Kollisionsrecht des Forums in casu berufene Sachrecht. Dingliche Rechte, die nach Verfahrenseröffnung entstanden sind, werden vorbehaltlich Art. 14 EuInsVO, der einen kollisionsrechtlichen Schutz des Dritterwerbers vorsieht, von Art. 4 EuInsVO der *lex fori concursus* unterstellt. Selbstverständlich bleibt das Hauptverfahrensstatut für solche dinglichen Rechte maßgeblich, die erst nach Verfahrenseröffnung aus dem Hauptverfahrensstaat in das Gebiet eines anderen Vertragsstaates gelangt sind.⁶⁶

VI. Parallelwertungen der InsO

Das autonome deutsche Insolvenz kollisionsrecht enthält entsprechende Lösungen. Wegen des territorial beschränkten Anwendungsbereichs, wie er auch im Wortlaut der Art. 5 und 7 EuInsVO zum Ausdruck kommt, ist die Verordnung bei drittstaatlichen Insolvenzverfahren auch insoweit unanwendbar, als es die Sondervorschriften ihrer Art. 5 bis 15 anbelangt. Sofern die Eröffnung eines drittstaatlichen Insolvenzverfahrens nach § 343 InsO in Deutschland anerkannt wird, bleiben § 351 Abs. 1 InsO zufolge Rechte Dritter an Gegenständen der Insolvenzmasse, die im Eröffnungszeitpunkt im Inland belegen waren, von der Verfahrenseröffnung unberührt, wenn diese Rechte nach deutschem Recht einen Aussonderungs- oder Absonderungsanspruch begründen. Rechtstechnisch hat sich der deutsche Gesetzgeber mit der gewählten Formulierung eine Sondervorschrift für den Eigentumsvorbehalt erspart. Die Frage, ob im konkreten Fall ein solches Recht besteht, ist auch hier nach dem Kollisionsrecht des Forums, also nach Art. 43 bzw. Art. 33 Abs. 2 EGBGB, zu beantworten. Die verbleibende Konstellation einer hiesigen Verfahrenseröffnung und ihrer Wirkungen auf Sicherungsrechte an Gegenständen in Drittstaaten, wie zum Beispiel der Schweiz, löst sich nicht etwa in Ana-

⁶³ Gottwald (Fn. 52), S. 35; Huber (Fn. 37), S. 160.

⁶⁴ A.M. Huber (Fn. 37), S. 159: Kollisionsrecht des Belegenheitsstaates.

⁶⁵ Virgos / Schmit (Fn. 58), S. 72, Nr. 103.

⁶⁶ Taupitz (Fn. 37), S. 341.

logie zu Art. 5 Abs. 1 EuInsVO. Dies scheitert am beschränkten Geltungsanspruch der Verordnung. Richtigerweise ist § 351 InsO entsprechend anzuwenden, so dass im Ergebnis ebenfalls eine Einschränkung des Universalitätsprinzips zu beobachten ist.

VII. Sekundärinsolvenzverfahren

Steht nach alledem fest, dass in einem anderen Staat als dem der Verfahrenseröffnung ein Gegenstand belegen ist, an dem ein dingliches Recht besteht, bleibt die Frage nach den Rechtsfolgen zu beantworten. Art. 5 Abs. 1, 7 Abs. 1 EuInsVO und § 351 InsO können die Wirkungserstreckung des Verfahrens nur deshalb blockieren, weil sich sowohl der europäische als auch der autonome deutsche Normgeber dafür entschieden haben, die unberührbaren Sicherungsrechte einem Sekundärinsolvenzverfahren zu unterwerfen, wie dies in Art. 27, 29 EuInsVO und § 356 InsO geschehen ist.

1. Defizite der EuInsVO

Im Rahmen der EuInsVO scheitert dieser Weg allerdings dann, wenn es für die Eröffnung eines Sekundärverfahrens an einem Zuständigkeitsgrund fehlt. Gemäß Art. 3 Abs. 2 EuInsVO ist das der Fall, wenn der Gemeinschuldner im Belegenheitsstaat nicht über eine Niederlassung verfügt. Art. 2 lit. h EuInsVO verlangt hierfür einen Tätigkeitsort, an dem der Schuldner einer wirtschaftlichen Aktivität von nicht vorübergehender Art nachgeht, die den Einsatz von Personal und Vermögenswerten voraussetzt. Einen anderen Anknüpfungspunkt für die internationale Zuständigkeit enthält die Verordnung nicht. Darin liegt keineswegs ein Versehen des Verordnungsgebers. Vielmehr fürchtete er eine zu starke Einschränkung der universalen Wirkung des Hauptverfahrens und folgte deshalb gegenteiligen Vorschlägen nicht.⁶⁷ Damit besteht die Gefahr, dass der Gemeinschuldner in allen EU-Staaten, in denen er keine Niederlassung unterhält, insolvenzfreies Vermögen horten kann. Denn Art. 5 Abs. 1 EuInsVO enthält nicht etwa die Einschränkung, dass dinglichen Sicherungen nur dann vom Hauptinsolvenzverfahren ausgenommen bleiben, wenn tatsächlich ein Sekundärinsolvenzgerichtsstand besteht. Was bleibt, ist eine sachgerechte Interpretation der Unberührtheitsfolge in Art. 5 Abs. 1 EuInsVO.

2. Lösungsansätze

Eine denkbare Lösung besteht darin, das dingliche Sicherungsrecht so weit in das Hauptinsolvenzverfahren einzubeziehen, wie es auch nach dem Belegenheits-

⁶⁷ *Virgos / Schmit* (Fn. 58), S. 58, Nr. 70; krit. etwa *Lüke*, Das europäische internationale Insolvenzrecht, ZZP 111 (1998), 275, 299 ff.

recht mitsamt seinem Insolvenzrecht von einem Insolvenzverfahren erfasst werden könnte.⁶⁸ Der Insolvenzverwalter des Hauptverfahrens hätte mithin im Belegenheitsstaat gegenüber den dinglichen Sicherungsnehmern jene Rechte, die im Belegenheitsstaat ein inländischer Verwalter hätte.⁶⁹ Dagegen spricht jedoch die Entstehungsgeschichte der EuInsVO.

Ihre Verfasser befürchteten Angleichungsschwierigkeiten und wollten überdies erklärtermaßen die Heranziehung der Insolvenzregeln des Belegenheitsstaates nur mit Hilfe eines Sekundärverfahrens gestatten.⁷⁰ Hinzu kommt die Erwägung, dass die Verordnung dort, wo sie die Geltung anderer Rechtsordnungen als der *lex fori concursus* anordnet (insbesondere in den Art. 8 – 12), dies ausdrücklich erklärt und nicht nur wie in Art. 5 Abs. 1 mit der Unberührtheitsfolge eine sachrechtliche Aussage trifft.⁷¹

Vorzugswürdig erscheint es dagegen, die Rechtsfolge des Art. 5 Abs. 1 EuInsVO konsequent auf das jeweilige dingliche Sicherungsrecht zu beziehen.⁷² Das vom Hauptverfahren aus betrachtet im Ausland belegene Vermögen als solches wird ja gerade nicht für unberührbar erklärt. Vielmehr gilt insofern der Universalitätsgrundsatz. Zudem hat der Insolvenzverwalter nach Art. 18 EuInsVO im Gebiet eines anderen Vertragsstaates alle Befugnisse, die ihm nach der *lex fori concursus* zustehen, es sei denn, in dem anderen Staat wurde ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet bzw. eine darauf bezogene Sicherungsmaßnahme ergriffen. Dann muss es aber möglich sein, dass der Insolvenzverwalter den betreffenden Vermögensgegenstand unabhängig von einem Sekundärverfahren insoweit zur Masse zieht, als er damit nicht das an diesem Vermögensgegenstand bestehende dingliche Recht beeinträchtigt.⁷³

Konsequenzen ergeben sich namentlich, wenn der Sicherungsgegenstand die mit dem dinglichen Recht gesicherte Forderung wertmäßig übersteigt. Dann hat der Verwalter die Befugnis, sich für die unmittelbare Erfüllung der gesicherten Forderung aus der Insolvenzmasse zu entscheiden, was das Sicherungsrecht zum Erlöschen bringt. Der bei einer „zerschlagenden“ Verwertung zu befürchtende Wertverlust wird auf diese Weise vermieden.⁷⁴ Was dagegen nicht mit Art. 5 Abs. 1 EuInsVO vereinbart werden kann, ist ein Vorgehen des Insolvenzverwalters der-

⁶⁸ *Flessner*, Dingliche Sicherungsrechte nach dem Europäischen Insolvenzübereinkommen, FS Drobnig, 1998, S. 277 ff.; s. auch *ders.*, Das künftige Internationale Insolvenzrecht im Verhältnis zum Europäischen Insolvenzübereinkommen – Anwendbares Recht, Reichweite der Anerkennung, Insolvenzplan und Schuldbefreiung, in: Stoll (Fn. 58), S. 219, 222; *ders.*, Internationales Insolvenzrecht in Deutschland nach der Reform, IPRax 1997, 1, 7 f.

⁶⁹ *Flessner*, FS Drobnig (Fn. 68), S. 286.

⁷⁰ *Virgos / Schmit* (Fn. 58), S. 70 f., Rn. 97 f.; *Taupitz* (Fn. 37), S. 336.

⁷¹ *Huber* (Fn. 37), S. 158.

⁷² *Gottwald* (Fn. 52), S. 34 f.; *Taupitz* (Fn. 37), S. 339 f.; *Huber* (Fn. 37), S. 158.

⁷³ *Huber* (Fn. 37), S. 158.

⁷⁴ *Virgos / Schmit* (Fn. 58), S. 71, Nr. 99; *Taupitz* (Fn. 37), S. 339.

gestalt, dass er den gesamten Vermögensgegenstand zur Masse zieht, ihn nach der *lex rei sitae* verwertet und mit dem Ertrag die gesicherte Forderung erfüllt.⁷⁵

3. Vermögenszuständigkeit im autonomen deutschen Recht

Das autonome deutsche Internationale Insolvenzrecht vermeidet das soeben skizzierte Problem, indem es die Zuständigkeit für ein inländisches Sekundärinsolvenzverfahren erweitert. Gemäß § 354 Abs. 1 InsO genügt alternativ zu einer inländischen Niederlassung des Gemeinschuldners, dass er im Inland über sonstiges Vermögen verfügt. Letzteres setzt zwar gemäß § 354 Abs. 2 InsO voraus, dass ein besonderes Interesse an der Eröffnung des Zweitverfahrens besteht. Doch bezieht sich dieses Erfordernis nur auf Anträge von Insolvenzgläubigern. Dahinter verbirgt sich zum einen die Angst vor einer Zerfaserung des Insolvenzverfahrens, die vom Verwalter des Hauptverfahrens kaum noch angemessen bewältigt werden könnte,⁷⁶ zum anderen der in ganz Europa zu beobachtende Trend, exorbitante Gerichtsstände möglichst abzubauen.⁷⁷ Rechtspolitisch zählt dazu bekanntlich der Vermögensgerichtsstand des § 23 ZPO.

Der Insolvenzrechtsreformgesetzgeber hat, um gezielt dem skizzierten Problem der EuInsVO zu entgehen, in § 356 Abs. 2 InsO ein besonderes Antragsrecht des Insolvenzverwalters vorgesehen. Der Verwalter des ausländischen Hauptverfahrens soll nicht nur ein im Inland anhängiges Sekundärverfahren beeinflussen können. Ihm soll vielmehr gerade auch die Befugnis zustehen, ein solches Verfahren gezielt zur Abwicklung seines Verfahrens einsetzen zu können. Dabei hilft ihm § 356 Abs. 3 InsO, demzufolge für das Sekundärverfahren nicht gesondert ein Eröffnungsgrund festgestellt werden muss. Es besteht also keineswegs nur eine Vermutung dahingehend, der Schuldner sei auch im Inland zahlungsunfähig oder überschuldet.⁷⁸ Statt dessen kann ein inländisches Sekundärinsolvenzverfahren selbst dann durchgeführt werden, wenn das ausländische Recht Eröffnungsgründe kennt, die im Inland unbekannt sind. Eine Grenze setzt lediglich der inländische *ordre public*.

VIII. Schlussbetrachtung

Für das eingangs vorgestellte Fallbeispiel ergibt sich daraus Folgendes: Die Vorfrage, ob ein Sicherungsrecht des Sicherungsnehmers an der jeweiligen Forderung besteht, beantwortet sich gemäß Art. 33 Abs. 2 EGBGB nach dem Recht, dem die Forderung auch sonst untersteht. Gemäß Art. 28 Abs. 2 EGBGB ist das in beiden

⁷⁵ Huber (Fn. 37), S. 159.

⁷⁶ Begr. RegE (Fn. 23), BT-Drucks. 15 / 16, S. 25.

⁷⁷ Vgl. etwa Schack (Fn. 49), Rn. 79 und 103.

⁷⁸ Begr. RegE (Fn. 23), BT-Drucks. 15 / 16, S. 25.

Fällen deutsches Recht. Es bestehen demgemäß zugunsten des belgischen und des isländischen Unternehmens Pfandrechte gemäß §§ 1274 ff. BGB. Da Forderungen am Wohnsitz bzw. Sitz des Schuldners belegen sind, ist die verpfändete Forderung gegen den Franzosen in Frankreich und die gegen den Norweger in Norwegen belegen, in beiden Fällen also außerhalb des Staates, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Im Hinblick auf das Pfandrecht des Belgiers findet Art. 5 EuInsVO Anwendung, gegebenenfalls kann ein Sekundärinsolvenzverfahren in Frankreich eröffnet werden, was davon abhängt, ob die D dort eine Niederlassung hat. Was das Pfandrecht des Norwegers anbelangt, so gilt der Universalitätsanspruch des in Deutschland nach der EuInsVO eröffneten Verfahrens weltweit. Es ist Sache des norwegischen Rechts, dem nach Art von § 351 InsO Grenzen zu setzen.

Insolvenzen und Staatseingriffe

Von *Herbert Hax*

I. Worum es geht: Diskretionäre Eingriffe der Exekutive

Es geht bei dem hier zu behandelnden Thema nicht darum, die Beteiligung des Staates an der Bereinigung von Insolvenzen grundsätzlich in Frage zu stellen. Privatautonomie und Vertragsfreiheit bedürfen der Unterstützung durch die Staatsgewalt, wenn es sich darum handelt, die Einhaltung von Verträgen zu erzwingen, aber auch, wie im Fall der Insolvenz, geeignete Regelungen für den Fall zu treffen, dass die Erfüllung von Verträgen unmöglich wird. Deswegen ist die Vorgehensweise bei Insolvenzen gesetzlich geregelt und die Zuständigkeit für das Verfahren einem staatlichen Gerichte anvertraut. Das Insolvenzrecht ist unentbehrlicher Bestandteil des ordnungspolitischen Rahmens einer Marktwirtschaft. Bei der Gestaltung des Insolvenzrechts geht es wie allgemein in der Ordnungspolitik darum, das Funktionieren von Wettbewerbsmärkten durch Aufstellung und Durchsetzung allgemeiner Regeln zu sichern.

Wenn hier Staatseingriffe zur Diskussion gestellt werden, ist damit nicht die Wahrnehmung dieser ordnungspolitischen Aufgabe durch den Staat gemeint, auch nicht die Mitwirkung der Justiz im Insolvenzverfahren. Zur Diskussion stehen vielmehr diskretionäre Eingriffe der Exekutive, also etwa der Bundesregierung oder einer Landesregierung, möglicherweise auch einer Kommune, in ein drohendes oder in ein bereits eröffnetes Insolvenzverfahren. Die Frage ist also nicht, ob der Staat sich überhaupt mit Insolvenzen zu befassen hat; vielmehr geht es darum, in welcher Weise dies geschehen soll. Soll der Staat sich auf die Aufstellung und Anwendung ordnungspolitisch begründeter Regeln beschränken, oder gibt es gute Gründe dafür, dass die Exekutive durch diskretionäre Eingriffe in Einzelfällen den Gang der Dinge zu beeinflussen versucht?

Da der Ablauf von Insolvenzverfahren gesetzlich geregelt ist und hierbei einem unabhängigen Gericht eine maßgebliche Rolle zukommt, sind die Möglichkeiten für Eingriffe von Seiten der Exekutive allerdings von vornherein begrenzt. Ein hoheitlicher Eingriff ist ausgeschlossen; nur eine indirekte Einflussnahme kommt in Frage, und zwar eher noch im Vorfeld der Insolvenz als nach Eröffnung des Verfahrens, dessen Leitung dann in den Händen des Gerichtes liegt. Abgesehen von der Möglichkeit, auf die Beteiligten einzuwirken, möglicherweise auch Druck auszuüben, kann die Exekutive ihren Einfluss in erster Linie durch finanzielle Unter-

stützung in direkter oder indirekter Form geltend machen, etwa mit Bürgschaften oder mit Krediten staatseigener Banken.

II. Das Allokationsproblem im Insolvenzfall

Staatliche Eingriffe in Insolvenzverfahren werden im allgemeinen mit dem Erfordernis begründet, bedrohte Unternehmen und vor allem die in ihnen bestehenden Arbeitsplätze zu retten. Es bedarf zunächst einiger theoretischer Überlegungen¹, um das Problem deutlicher zu machen und zu klären, wie diesem Problem im Rahmen eines gesetzlich geregelten und gerichtlich überwachten Insolvenzverfahrens Rechnung getragen werden kann. Erst auf dieser Grundlage lässt sich die Frage beantworten, welche zusätzlichen oder davon abweichenden Ergebnisse von diskretionären Eingriffen der Exekutive erwartet werden können.

Eine elementare Grundvoraussetzung für das Funktionieren von Märkten ist, dass Verträge einzuhalten sind und dass die Einhaltung gegebenenfalls auch durch staatlichen Hoheitsakt erzwungen werden kann. Daraus ergibt sich zugleich die Notwendigkeit, Regelungen dafür vorzusehen, dass ein Schuldner nicht in der Lage ist, seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen. Der gravierendste Fall dieser Art liegt vor, wenn der Schuldner auf Dauer nicht in der Lage ist, seine finanziellen Verbindlichkeiten zu erfüllen. In diesem Fall, dem Fall der Insolvenz, entstehen zwei Probleme, ein Verteilungsproblem und ein Allokationsproblem. Das Verteilungsproblem ergibt sich daraus, dass das vorhandene Vermögen im Regelfall nicht ausreicht, alle an den Schuldner gerichteten Ansprüche zu befriedigen; man braucht deswegen Regeln für die Verteilung des Vermögens. Ein Allokationsproblem entsteht vor allem dann, wenn der Schuldner Unternehmer ist und wenn im Rahmen des Insolvenzverfahrens darüber entschieden werden muss, welcher Verwendung die in dem Unternehmen gebundenen Ressourcen zugeführt werden soll. Dabei geht es in erster Linie um die Entscheidung, ob das Unternehmen insgesamt oder in Teilen weitergeführt werden soll oder ob eine Zerschlagung des Unternehmens mit Einzelveräußerung der vorhandenen Vermögensgegenstände vorzuziehen ist. Im Unterschied zu dem bis 1998 geltenden Konkursrecht, in dem das Ziel der Befriedigung der Gläubiger und damit der Gesichtspunkt der Verteilung Vorrang hatte, trägt das mit dem 1. 1. 1999 in Kraft getretene neue Insolvenzrecht in stärkerem Maße dem Ziel einer effizienten Allokation Rechnung, dies allerdings, ohne dass daraus den Gläubigern bei der Befriedigung ihrer Ansprüche Nachteile erwachsen müssten.

¹ Zu den theoretischen Grundlagen des Insolvenzrechts aus ökonomischer Sicht gibt es eine umfangreiche Literatur, die in Deutschland vor allem im Zusammenhang mit der Diskussion um eine Insolvenzrechtsreform entstanden ist. Wesentliche Anregungen gingen von *Haugen/Senbet* (1978) aus; hier sei nur auf einige wichtige Arbeiten verwiesen: *Schmidt* (1980), *Hax/Marschdorf* (1983), *Marschdorf* (1984), *Hax* (1985), *Drukarczyk* (1987), *Drukarczyk* (2002a), *Drukarczyk* (2002b).

Es wird vielfach beklagt, dass Unternehmensinsolvenzen zu häufig zur Zerschlagung von Unternehmen führen; dabei ist mit Zerschlagung meist gemeint, dass die Tätigkeit des Unternehmens völlig eingestellt wird und die vorhandenen Vermögensgegenstände zur Befriedigung der Gläubiger einzeln veräußert werden. Allerdings ist die Terminologie nicht einheitlich. Manchmal wird auch schon von Zerschlagung gesprochen, wenn das Unternehmen in funktionsfähige Teile zerlegt wird und diese dann veräußert werden; in diesem Fall wäre es weniger missverständlich, von Zerlegung statt von Zerschlagung zu sprechen. Gegenüber der verbreiteten Meinung, Insolvenz führe zwangsläufig zur Einstellung der Tätigkeit eines Unternehmens, muss nachdrücklich betont werden, dass zwischen Insolvenz und Zerschlagung kein zwingender Zusammenhang besteht. Das galt schon für das Konkursverfahren nach altem Recht; auch nach altem Konkursrecht war es möglich, ein Unternehmen oder Teile davon insgesamt zu veräußern; dies wurde nicht selten in der Weise praktiziert, dass eigens dafür eine Auffangesellschaft gegründet wurde. Diese Möglichkeit steht auch nach neuem Insolvenzrecht offen; darüber hinaus eröffnet die neue Insolvenzordnung zusätzliche Wege zur Weiterführung insolventer Unternehmen durch die neu geschaffene Verfahrensvariante des Insolvenzplans.

Hier sei zur Vereinfachung nur der Fall betrachtet, dass zwischen der Fortführung des gesamten Unternehmens und der Zerschlagung zu wählen ist². Für diese Entscheidung kann eine einfache investitionstheoretische Regel angegeben werden: Man vergleiche den Zukunftserfolgswert des Unternehmens im Fall der Fortführung (kurz: den Fortführungswert V_F) mit der Summe der Einzelveräußerungspreise im Fall der Zerschlagung (kurz: dem Zerschlagungswert V_Z); in beiden Fällen handelt es sich um den Wert vor Abzug der Verbindlichkeiten. Die Regel lautet: Das Unternehmen wird fortgeführt, wenn der Fortführungswert größer ist als der Zerschlagungswert; es wird zerschlagen, wenn das umgekehrte gilt. Diese Regel wird ein Unternehmer, der sein Vermögen maximieren will, aus eigenem Interesse anwenden; zugleich führt sie, vorausgesetzt dass die Rechnung auf Wettbewerbspreisen beruht, zu einer gesamtwirtschaftlich effizienten Allokation der Ressourcen des Unternehmens.

Den Insolvenzfall kann man theoretisch dadurch charakterisieren, dass der Gesamtwert des Unternehmens (V) kleiner ist als die Verbindlichkeiten (D); dieser Fall wird auch als „ökonomische Überschuldung“ bezeichnet³. Der Gesamtwert des Unternehmens ist hierbei gleich dem Fortführungswert oder gleich dem Zerschlagungswert, je nach dem, welcher von beiden größer ist ($V = \text{Max}[V_F, V_Z]$). Die Bedingung ($V > D$) dient zur theoretischen Charakterisierung des Insolvenzfalls; (als Regel zur Auslösung eines Insolvenzverfahrens wäre sie jedoch nicht geeignet, weil V nicht objektiv feststellbar ist.) Man kann bei den theoretischen Überlegungen davon ausgehen, dass bei ökonomischer Überschuldung die volle

² Vgl. zu den nachfolgenden Überlegungen Hax / Marschdorf (1983), Hax (1985).

³ Schmidt (1980), S. 114.

Befriedigung der Gläubiger nicht mehr gesichert ist. Es entsteht in diesem Fall aber nicht nur ein Verteilungs-, sondern auch ein Allokationsproblem, weil für den Unternehmer, wenn der Wert des Unternehmens die Verbindlichkeiten nur wenig übersteigt oder sogar darunter liegt, ein Anreiz zu risikoreichen Aktionen besteht, bei denen viel gewonnen, aber auch viel verloren werden kann; in der beschriebenen Situation kommen die Gewinne überwiegend dem Unternehmer zugute, während die Verluste zu Lasten der Gläubiger gehen. Insbesondere wird der Unternehmer geneigt sein, der risikoreicheren Fortführung den Vorzug vor der weniger risikanten Zerschlagung zu geben. Dies ist ein allokationstheoretisches Argument dafür, dass bei ökonomischer Überschuldung die Verfügungsgewalt über das Unternehmen auf die Gläubiger übergeht.

Als wichtiges Ergebnis dieser Überlegungen ist festzuhalten, dass das Kriterium für Insolvenz ($V < D$) nicht identisch ist mit dem für die Zerschlagung des Unternehmens ($V_Z < V_F$). Die Entscheidungssituation ist noch etwas komplizierter, wenn auch eine Zerlegung des Unternehmen in Teilbereiche in Frage kommt und für jeden dieser Teilbereiche zwischen Fortführung und Zerschlagung entschieden werden muss. Es gelten aber grundsätzlich die gleichen Entscheidungskriterien. Sieht man von dieser Komplikation ab, so lassen sich, wie in Abbildung 1 dargestellt, vier mögliche Fälle unterscheiden.

	$V_F \geq V_Z$	$V_F < V_Z$
$V \geq D$	<i>Fall 1:</i> Fortführungswürdiges, solventes Unternehmen	<i>Fall 2:</i> Nicht fortführungswürdiges, solventes Unternehmen
$V < D$	<i>Fall 3:</i> Fortführungswürdiges, jedoch insolventes Unternehmen	<i>Fall 4:</i> Nicht fortführungswürdiges, insolventes Unternehmen

Abbildung 1: Insolvenz und Fortführungswürdigkeit

Nicht jedes solvente Unternehmen ist fortführungswürdig, und nicht jedes insolvente Unternehmen muss wegen mangelnder Fortführungswürdigkeit zerschlagen werden. Dies bedeutet allerdings nicht, dass zwischen Insolvenz und mangelnder Fortführungswürdigkeit überhaupt kein Zusammenhang besteht. In beiden Fällen spielt der Fortführungswert (V_F) eine maßgebliche Rolle; liegt er unter dem Zerschlagungswert (V_Z), so ist das Unternehmen nicht mehr fortführungswürdig; liegen sowohl der Fortführungswert als auch der Zerschlagungswert unter dem Betrag der Verbindlichkeiten (D), so ist das Unternehmen insolvent. Ein Sinken des Fortführungswertes, verursacht etwa durch Fehlinvestitionen, Absatzeinbußen oder Preiseinbrüche, bringt das Unternehmen sowohl näher an die Insolvenz als auch näher an den Bereich, in dem es nicht mehr fortführungswürdig ist. Insolvenz und mangelnde Fortführungswürdigkeit sind zwar nicht das gleiche, gehen aber häufig

auf die gleiche Ursache zurück, nämlich auf einen zu niedrigen Fortführungswert. Deswegen kommt der Fall, dass ein Unternehmen insolvent, aber trotzdem fortführungswürdig ist (Fall 3), verhältnismäßig selten vor, viel seltener jedenfalls als Fall 4. (Hingegen ist der Fall 2 eines solventen, aber nicht fortführungswürdigen Unternehmens sehr häufig, weit häufiger als Fall 4; die Anzahl der Unternehmen, die durch ihre Inhaber freiwillig liquidiert werden, ist weit größer als die derjenigen, deren Existenz durch Insolvenz beendet wird.) Jedenfalls gilt, dass die meisten insolventen Unternehmen nicht fortführungswürdig sind. Diese Tendenz wird noch verstärkt dadurch, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens selbst sich nachteilig auf den Fortführungswert auswirken kann, etwa indem sie die Vertrauenswürdigkeit des Unternehmens bei Lieferanten und Kunden beeinträchtigt. Eine wichtige Funktion des Insolvenzrechts besteht darin, nach Möglichkeit zu verhindern, dass es zu einer falschen Allokationsentscheidung kommt, indem insolvente, aber fortführungswürdige Unternehmen zerschlagen werden.

III. Das Insolvenzverfahren als Suchprozess

Das Kriterium für die Allokationsentscheidung sollte unabhängig davon sein, ob das Unternehmen insolvent ist oder nicht. Die Frage ist, ob dieses Kriterium auch Anwendung findet, wenn die Verfügungsmacht bei den Gläubigern (oder genauer: bei dem ihre Interessen wahrnehmenden Insolvenzverwalter) liegt. Betrachtet man die Gläubiger als Kollektiv, so sind sie an einer höchstmöglicher Deckung ihrer Forderungen interessiert, somit an der Maximierung des Unternehmenswertes. Wenn sie dieses Ziel gemeinsam verfolgen, werden sie sich bei der Entscheidung zwischen Fortführung und Zerschlagung am gleichen Kriterium orientieren wie ein Eigentümer: Das Unternehmen wird fortgeführt, wenn der Fortführungswert den Zerschlagungswert überschreitet; im umgekehrten Fall wird es zerschlagen. Unter diesen idealen Voraussetzungen fällt die Allokationsentscheidung also im Fall der Insolvenz nicht anders aus als bei einem solventen Unternehmen. Es ist irreführend, wenn verlangt wird, die Gläubiger müssten gegebenenfalls „Opfer“ bringen, um die Zerschlagung eines fortführungswürdigen Unternehmens zu vermeiden. Die Gläubiger erleiden zwar Einbußen bei ihren nominalen Forderungen, aber es liegt in ihrem Interesse, diese Einbußen zu minimieren; dies geschieht, wenn die richtige Allokationsentscheidung getroffen wird. Im Idealfall fällt diese Entscheidung somit bei Insolvenz nicht anders aus als bei einem solventen Unternehmen.

So einfach liegen die Dinge in der Realität jedoch nicht. Von den vier maßgeblichen Größen (V , D , V_F und V_Z) ist nur die Höhe der Verschuldung (D) ohne weiteres objektiv feststellbar. Hingegen ist vor allem der Fortführungswert (V_F) nicht beobachtbar; das gleiche gilt für den Zerschlagungswert (V_Z). Diese Werte und damit auch der Unternehmenswert V sind allenfalls aufgrund subjektiver Beurteilung abzuschätzen. Für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wird aber ein justizi-

ables Kriterium benötigt. Die „ökonomische Überschuldung“ kommt dafür nicht in Frage. Die praktische Lösung des Insolvenzrechts besteht darin, dass die Zahlungsunfähigkeit zum Auslöser des Insolvenzverfahrens wird, nach neuem Insolvenzrecht auch schon die drohende Zahlungsunfähigkeit, außerdem für Kapitalgesellschaften die an Buchwerten gemessene Überschuldung. Dies sind praktikable Kriterien, die allerdings vom theoretisch idealen Kriterium der ökonomischen Überschuldung nicht allzu weit entfernt liegen⁴; Zahlungsunfähigkeit ist zumindest ein Indiz dafür, dass ein Unternehmen sich der Grenze zur ökonomischen Überschuldung nähert oder sie schon überschritten hat.

Die Allokationsentscheidung kann durch den Insolvenzverwalter nicht aufgrund eines einfachen Vergleichs von Fortführungswert und Zerschlagungswert getroffen werden. Wie hoch der Fortführungswert ist, lässt sich nur aufgrund subjektiver Einschätzung bestimmen, hängt zudem stark davon ab, welche unternehmerische Konzeption für die Fortführung entwickelt wird. Eine neue und zukunftssträchtige unternehmerische Konzeption ist in der Regel unerlässliche Voraussetzung für die Fortführung des Unternehmens; es ist wenig aussichtsreich, die gleiche Politik fortzusetzen, mit der das Unternehmen in die Notlage geraten ist. Eine neue unternehmerische Konzeption zu entwickeln, ist jedoch nicht Aufgabe des Insolvenzverwalters; er wäre damit in aller Regel überfordert. In der Praxis kann das maßgebliche Kriterium für die Fortführung des Unternehmens nur sein, ob sich ein Investor findet, der den Fortführungswert des Unternehmens höher einschätzt als den (allerdings auch nur mit Ungewissheit zu schätzenden) Zerschlagungswert. Dies kann ein außenstehender Investor sein, der einen entsprechend hohen Preis bietet; ebenso ist es möglich, dass die bisherigen Eigentümer, soweit sie nicht unbeschränkt haften, eine Auffanggesellschaft zum Erwerb des Unternehmens gründen; auch Gläubiger können sich daran beteiligen. Nach dem seit 1999 geltenden Insolvenzrecht kann überdies in einem Insolvenzplan mit den Gläubigern die Weiterführung des Unternehmens unter den bisherigen Eigentümern vereinbart werden; Voraussetzung dafür ist auch in diesem Fall, dass der Fortführungswert den Gläubigern hoch genug erscheint, um Deckung für ihre verbleibenden Forderungen zu bieten. Es kommt immer auf die Einschätzung des Fortführungswertes durch Investoren an, die bereit sind, in entsprechender Höhe Kapital einzusetzen. Erst wenn ein Investor bereit ist, einen seiner Wertschätzung entsprechenden Preis zu bieten, und wenn er auch in der Lage ist, diesen Preis tatsächlich zu bezahlen, wird der Fortführungswert für alle anderen Beteiligten, insbesondere auch für die Gläubiger, zu einem unmittelbar realisierbaren und damit objektiven Wert.

Der Fortführungswert ist also im Insolvenzverfahren keine von vornherein gegebene Größe; er muss vielmehr in einem schwierigen, in aller Regel auch langwierigen Suchprozess herausgefunden werden. Wesentliche Voraussetzung dafür ist,

⁴ Aus der umfangreichen Literatur zu dieser Frage sei hier nur verwiesen auf *Drukarczyk* (1981), *Schmidt* (1980), S. 109–122, *Drukarczyk* (1987), S. 84–91, *Drukarczyk/Schüler* (2003).

dass das Insolvenzverfahren für einen solchen Suchprozess genügend Raum lässt. Dies ist mit Schwierigkeiten verbunden.

Als Kollektiv sind die Gläubiger zwar grundsätzlich an der Maximierung des Unternehmenswertes interessiert; je mehr insgesamt zu verteilen ist, desto mehr kann jeder einzelne Gläubiger für sich erhoffen. Aber trotzdem ist es für die Gläubiger nicht einfach, sich auf die richtige Strategie zu einigen. Der Fortführungswert ist, solange noch nach einem Erwerber des Unternehmens gesucht wird, eine ungewisse Größe. Es kann bei den Gläubigern unterschiedliche Einschätzungen geben; während einige noch in der Hoffnung auf ein günstiges Angebot den Suchprozess fortsetzen wollen, kann es andere geben, die diese Hoffnung nicht mehr teilen und eher das Risiko sehen, dass in der Zwischenzeit auch das vorhandene Vermögen noch an Wert verliert.

Erschwerend wirkt vor allem, dass die Gläubiger keine homogene Gruppe sind; ihre Interessen können sich erheblich voneinander unterscheiden. Es ist zum Beispiel möglich, dass ein gesicherter Gläubiger bei der langwieriger Suche nach einem Käufer des gesamten Unternehmens wenig zu gewinnen hat, dass er aber einiges verlieren kann, wenn die Suche ergebnislos verläuft und die Sicherungsgüter zwischenzeitlich an Wert verlieren. Die Heterogenität der Interessen bei den Gläubigern erschwert die Suche nach einer effizienten Lösung, weil bei der Erhaltung eines fortführungswürdigen Unternehmens die Gläubiger insgesamt zwar im Vergleich zur Zerschlagung gewinnen, jedoch nicht alle in gleichem Maße. Die Gläubiger müssen, gemessen an dem Nennwert ihrer Forderungen, Einbußen hinnehmen. Wie sich diese Einbußen auf die einzelnen Gläubigergruppen verteilen, kann bei den Bemühungen um Erhaltung des Unternehmens zum Gegenstand schwieriger und langwieriger Verhandlungen werden.

Die Entscheidungen über Aufnahme, Richtung, Dauer und Abbruch des Suchprozesses sind im Rahmen des Insolvenzverfahrens im Zusammenwirken der Beteiligten, Gericht, Insolvenzverwalter und Gläubiger zu treffen. Wesentlich ist, dass das Unternehmen, solange die Suche nach einem Erwerber noch hinreichende Erfolgsaussichten hat, seine Tätigkeit nicht einstellt, vor allem auch vorhandene Aufträge abwickelt und die Beziehungen zu Kunden und Lieferanten aufrecht erhält. Die Insolvenz beeinträchtigt die Beziehungen zu allen Geschäftspartnern, auch zu den Arbeitnehmer, und dies mindert den Fortführungswert des Unternehmens. Voraussetzung für eine erfolgreiche Suche ist, dass diese Wertminderung in Grenzen gehalten wird. Man darf deswegen gesicherten Gläubigern auch nicht gestatten, die Sicherungsgüter sofort zu entnehmen; dies hätte eine sofortige Lahmlegung des Unternehmens zur Folge und würde die Suche von vornherein aussichtslos machen.

Eine wesentliche Funktion des Insolvenzrechts besteht darin, dass es Verfahrensregeln für die Suche nach einer effizienten Lösung des Allokationsproblems setzt. Zu regeln ist dabei, durch wen und in welcher Weise die Ermessensentscheidungen über Aufnahme und Richtung, gegebenenfalls aber auch den Abbruch der Suche

nach Fortführungsmöglichkeiten getroffen werden, welche Rolle dabei das Gericht, der Insolvenzverwalter, die Gläubiger oder einzelne Gruppen von Gläubigern spielen sollen. Die Suche darf nicht von vornherein an verfahrenstechnischen Hemmnissen scheitern; sie darf sich aber auch nicht endlos hinziehen. Grundsätzlich können bei einer effizienten Lösung alle Beteiligten, insbesondere auch alle Gläubiger, besser abschneiden als bei einer nicht effizienten; aber für einzelne Gruppen von Gläubigern können Gewinnaussichten und Verlustrisiken aus einer verlängerten Suche nach Fortführungsmöglichkeiten sehr unterschiedlich verteilt sein. Will man verhindern, dass einzelne Gläubiger die Suche nach einer effizienten Lösung von vornherein blockieren, so muss man ihre Zugriffsrechte, insbesondere wenn es um Sicherungsgüter geht, im Insolvenzfall einschränken. Diese Einschränkung darf aber auch wieder nicht so weit gehen, dass bestimmte Formen der Kreditsicherung in ihrer Wirksamkeit so stark beeinträchtigt werden, dass sie ihren Zweck nicht mehr erfüllen und dass damit das Zustandekommen von Kreditverträgen erschwert wird. Der mit dem Insolvenzrecht befasste Gesetzgeber hat hier eine Fülle schwieriger Abwägungen vorzunehmen.

Hier ist nicht zu erörtern, in welcher Weise diese Probleme im geltenden Insolvenzrecht gelöst werden. Wesentlich ist nur, dass Klarheit über die ordnungspolitische Funktion des Insolvenzrechts geschaffen wird. Dabei ist von zentraler Bedeutung, wie das Insolvenzverfahren die Allokationsentscheidung in bestimmte Bahnen lenkt. Die heute in Deutschland geltende Insolvenzordnung ist das Ergebnis eines jahrzehntelangen Diskussionsprozesses, der sich erst langsam von der Fixierung auf den Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit lösen und Einsicht in die Bedeutung effizienter Allokation gewinnen musste⁵. Der Entwurf, der schließlich Gesetz wurde, hat diese Einsichten verarbeitet; sie haben ihren Niederschlag in wichtigen Neuerungen dieses Gesetzes, so in der Schaffung eines einheitlichen Insolvenzverfahrens anstelle der früheren Zweiteilung in Konkurs und Vergleich, in der Einführung des Insolvenzplans als flexibler Verfahrensvariante und in der Behandlung besicherter Gläubiger gefunden. Das Gesetz mag Mängel haben und nicht alle Erwartungen erfüllen, die in es gesetzt worden waren. Man muss auch aus den Erfahrungen lernen, die man mit der Anwendung des Gesetzes in der Praxis macht; irgendwann wird es auf dieser Grundlage wohl auch einmal zu Überlegungen kommen, die sich auf eine Novellierung richten. Im ganzen aber fällt das Urteil darüber positiv aus. Man kann in diesem Fall – leider kann man das nicht sehr oft – feststellen, dass der Gesetzgeber seiner ordnungspolitischen Verantwortung gerecht geworden ist.

⁵ Eine noch stark vom Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit geprägte Sichtweise kommt in den Berichten der im Jahre 1978 von der Bundesregierung eingesetzten Kommission für Insolvenzrecht zum Ausdruck (Bundesministerium der Justiz 1985 und 1986). Zur weiteren Entwicklung der Reform *Balz* (1989), *Hax* (1989), *Drukarczyk* (1999), S. 527 – 533.

IV. Was ist mit Interventionen der Exekutive zu erreichen?

1. Mögliche Begründungen für Interventionen

Wenn es nun also eine aus ordnungspolitischer Sicht wohldurchdachte Verfahrensregelung für den Insolvenzfall gibt, die auch genau festlegt, welche Rolle die einzelnen Akteure, insbesondere auch das Gericht als Repräsentant der Staatsgewalt, zu spielen haben, was soll dann noch eine zusätzliche Intervention von Seiten der Exekutive? Wenn ein derartiger Staatseingriff stattfindet, wird meist der Eindruck erweckt, dies sei erforderlich, um ein Chaos abzuwenden, beispielsweise um zu verhindern, dass Arbeitnehmer von heute auf morgen auf der Straße stehen oder dass laufende Aufträge nicht mehr ausgeführt werden können. Solche Befürchtungen sind unbegründet; in einem Insolvenzverfahren gibt es ein Gericht und einen Insolvenzverwalter, die für einen geordneten und planmäßigen Ablauf zu sorgen haben. Wenn dies durch das Insolvenzrecht nicht gewährleistet wäre, läge die Aufgabe des Staates darin, das Recht zu reformieren, nicht hingegen darin, Mängel des Rechts durch diskretionäre Eingriffe zu korrigieren. Im Rahmen des geltenden Rechts verfügt die Bundesregierung, Landesregierung, oder wer immer interveniert, ohnehin nur über begrenzte Handlungsmöglichkeiten. Wollte man also Interventionen in Insolvenzfällen rechtfertigen, so müsste man begründen, warum auch bei Geltung einer sachgerechten Insolvenzordnung die Intervention in einzelnen Fällen (nach welchen Maßstäben auch immer) zu besseren Ergebnissen führen kann als das normale Verfahren.

Wenn sich eine solche Begründung finden ließe, würde dies allerdings sofort die Frage aufwerfen, ob dem nicht auch durch geeignete institutionelle Vorkehrungen Rechnung zu tragen wäre. Man könnte etwa im Insolvenzrecht für besondere Fälle ein Interventionsrecht der Exekutive vorsehen, eine Art von „Ministereingriffsrecht“ analog zur „Ministererlaubnis“ in kartellrechtlichen Verfahren; das hätte auch den Vorteil, dass das Verfahren in geordnete Bahnen gelenkt und zugleich geklärt würde, wie ein derartiger Eingriff mit den Befugnissen des Insolvenzgerichts vereinbart werden kann. Etwas derartiges ist allerdings im Insolvenzrecht noch nie ernstlich in Betracht gezogen worden; auch ist aus anderen Ländern keine Regelung dieser Art bekannt. Dies spricht eher dafür, dass nur schwerlich gute Gründe für ein Interventionsrecht der Exekutive zu finden sind. Wenn es allerdings solche Gründe gäbe, wäre eine gesetzliche Regelung der Praxis der Ad-hoc-Interventionen auf jeden Fall vorzuziehen.

Es gibt zwei denkbare Begründungen für Eingriffe der Exekutive in Insolvenzverfahren: Zum einen könnte man argumentieren, der Staat solle eingreifen, wenn die Erhaltung eines an sich fortführungswürdigen Unternehmens an Uneinsichtigkeit oder mangelnder Kompromissbereitschaft der beteiligten Gläubiger zu scheitern drohe. In diesem Fall übernehme der Staat die Funktion eines Moderators; es ginge darum, eine im Interesse der Gläubiger liegende Lösung durchzusetzen, die diese aus eigener Kraft nicht zustande bringen. Das zweite Argument ist, dass es

Fälle geben könne, in denen die Erhaltung eines Unternehmens auch dann geboten sei, wenn dies den Vermögensinteressen der Gläubiger nicht entspreche. Hier müsse der Staat eine aktiv gestaltende Funktion übernehmen, um eine Lösung durchzusetzen, die die Gläubiger von sich aus nicht wählen würden, die hingegen aus staatlicher Sicht wünschenswert erscheine, weil übergeordnete Gesichtspunkte (in diesem Zusammenhang häufig als „volkswirtschaftliche Gründe“ bezeichnet) dafür sprechen.

2. Die Moderatorfunktion

Dass die Exekutive im Wege eines diskretionären Eingriffs eine Moderatorfunktion übernimmt, ist vor allem deswegen problematisch, weil diese Funktion schon im regulären Insolvenzverfahren einer anderen staatlichen Instanz zugewiesen ist, nämlich dem zuständigen Gericht. Man müsste also schon begründen können, warum die Exekutive, zumindest in Einzelfällen, diese Funktion besser wahrnehmen könne als das Gericht. Dies dürfte schwerfallen. Der Informationsstand der intervenierenden Politiker ist wohl kaum besser als der des Gerichts. Wenn es darauf ankommt, in strittigen Punkten Einvernehmen zu erzielen, ist vor allem das Vertrauen der Beteiligten in die Neutralität des Moderators von Bedeutung. Dieses Vertrauen wird ein Gericht leichter gewinnen können als ein Politiker. Der Politiker steht bei seinem Handeln stets unter dem Druck, Erfolge vorweisen zu können, die in der Öffentlichkeit als solche wahrgenommen und anerkannt werden. Diese Anerkennung findet er, wenn es ihm gelingt, den Fortbestand des Unternehmens und der darin bestehenden Arbeitsplätze zu sichern, auch dann, wenn für den kritischen Beobachter absehbar ist, dass dies nur für begrenzte Zeit möglich sein wird. Wenn hingegen die Intervention mit der Zerschlagung des Unternehmens endet, wird dies in der Öffentlichkeit als Misserfolg verstanden. Mit dem Argument, dies hätte angesichts eines zu niedrigen Fortführungswertes den Interessen der Gläubiger entsprochen und wäre zugleich im Sinne einer effizienten Allokation die angemessene Lösung gewesen, wird ein Politiker die Öffentlichkeit kaum davon überzeugen können, dass er seine Moderatorfunktion erfolgreich wahrgenommen habe.

Der Politiker steht als Moderator von vornherein unter dem begründeten Verdacht, dass er eine Fortführungslösung, und sei sie auch nur von kurzem Bestand, einseitig begünstigen wird. Es wird ihm deswegen auch in den Fällen, in denen eine Fortführung des Unternehmens oder von Unternehmensteilen aussichtsreich erscheint, schwerfallen, widerstrebende Gläubiger davon zu überzeugen, dass dies auch in deren Interesse liegt. Um die Moderatorfunktion erfolgreich im Sinn einer Erhaltung von Arbeitsplätzen ausüben zu können, kann ein Politiker allerdings auch Druck auf die Verfahrensbeteiligten ausüben, etwa durch öffentliche Anprangerung von Gläubigern, vor allem von Banken, die sich seinen Plänen widersetzen. Aber das ist dann schon keine Moderation mehr, sondern aktive politische Gestaltung. Zu einer den Interessen der Gläubiger und damit auch den Regeln effizienter Allokation entsprechenden Lösung kommt man auf diese Weise nicht.

Allenfalls ein Argument kann noch zugunsten einer Moderatorfunktion der Exekutive angeführt werden. Die Übernahme eines Unternehmens durch einen Investor, der die Fortführungswürdigkeit für gegeben hält, kann, wenn dieser nicht über genügend Eigenmittel verfügt, an Kreditbeschränkungen scheitern. Im Unterschied zum Gericht könnte die Exekutive als Moderator bei der Überwindung der Kreditbeschränkung behilflich sein, unter Umständen durch Einsatz von Haushaltsmitteln, eher aber durch Einschaltung von staatseigenen Banken, etwa Sparkassen, Landesbanken oder die bundeseigene Kreditanstalt für Wiederaufbau. Der Gegenstand liegt allerdings auf der Hand: Die genannten staatseigenen Banken bieten ohnehin für den von Kreditbeschränkungen besonders betroffenen Mittelstand Finanzierungsprogramme an, auf die auch bei Übernahme eines Unternehmens im Insolvenzfall zurückgegriffen werden kann. Zwar ist die Vergabe dieser Mittel mit einer nach banküblichen Maßstäben vorgenommenen Kreditwürdigkeitsprüfung verbunden; aber dagegen lässt sich unter dem Gesichtspunkt effizienter Allokation nichts einwenden. Allerdings sollten die betreffenden Institute darüber unabhängig in eigener Verantwortung entscheiden können. Ihre Entscheidung sollte nicht unter dem Einfluss einer Regierung zustande kommen, deren Vertreter als Moderator in einem Insolvenzverfahren unter politischem Erfolgsdruck steht.

3. Aktive politische Gestaltung

Wenn dem Staat im Insolvenzverfahren eine aktiv gestaltende Funktion zukommen soll, so weist dies über den eigentlichen Zweck des Verfahrens hinaus. Es geht bei der Allokationsentscheidung nicht mehr allein darum, eine effiziente Lösung zu finden, die dann Grundlage einer bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger ist. Vielmehr werden mit der Intervention eigenständige politische Ziele verfolgt, insbesondere beschäftigungspolitische und regionalpolitische Ziele. Dies liegt im Sinne von Vorstellungen, die einen „Primat der Politik“ gegenüber ökonomischen Erfordernissen postulieren. Um deutlicher zu machen, worum es hierbei geht, sei ein Papier der IG Metall aus dem Jahre 1991 zitiert. Dieses Papier bezieht sich zwar nicht auf ein Insolvenzverfahren, sondern auf die Sanierung und Privatisierung ostdeutscher Unternehmen durch die Treuhandanstalt; aber es ging dort um das gleiche Problem, um die Entscheidung über Stilllegung oder Weiterführung (und Sanierung) von Unternehmen in kritischer Lage. Die IG Metall forderte damals eine „Reform der Sanierungskriterien“; notwendig sei „die Ergänzung von betriebswirtschaftlichen durch volkswirtschaftliche Kostenrechnungen für den Wegfall von Arbeitsplätzen, d. h. die Einbeziehung von Folgekosten in vor- und nachgelagerten Unternehmen, aus den Wettbewerbsbeschränkungen auf Branchenebene, für den regionalen Arbeitsmarkt und für die öffentlichen Haushalte.“⁶

⁶ Industriegewerkschaft Metall (1991), S. 56.

Ganz ähnlich ließe sich im Fall einer Insolvenz argumentieren: Wenn in einem Insolvenzfall mit erheblichen „volkswirtschaftlichen Kosten“ zu rechnen ist, etwa wegen des Wegfalls zahlreicher Arbeitsplätze im Falle der Stilllegung, soll die Regierung eingreifen und verhindern, dass die Entscheidung darüber allein nach einem den Interessen der Gläubiger entsprechenden betriebswirtschaftlichen Kalkül getroffen wird. Der Gedanke, die Entscheidung über Stilllegung oder Fortführung eines Unternehmens nicht nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zu treffen, sondern auch „volkswirtschaftliche Kosten“ in den Kalkül einzubeziehen, mag auf den ersten Blick durchaus nicht unvernünftig erscheinen. Allerdings muss schon die äußerst vage Abgrenzung dessen, was als „volkswirtschaftliche Kosten“ bezeichnet wird, Misstrauen wecken. Was gehört alles zu den Kosten für den regionalen Arbeitsmarkt und für die öffentlichen Haushalte? Wenn man den Effekten einer Stilllegung bis in alle Verzweigungen nachgeht und die daraus dem Staat entstehenden Steuerausfälle und Mehrausgaben berechnet, kann man leicht sehr hohe „volkswirtschaftliche Kosten“ ausrechnen und damit auf jeden Fall die Lösung rechtfertigen, die den Wünschen des an kurzfristig sichtbaren Erfolgen interessierten politischen Entscheidungsträgers ohnehin entspricht, die Erhaltung von Unternehmen und Arbeitsplätzen nämlich.

Das Argument, bei der Stilllegung von Unternehmen seien die daraus resultierenden volkswirtschaftlichen Kosten zu berücksichtigen, steht aber nicht nur deshalb auf schwachen Füßen, weil es durch auf politische Profilierung erpichte Politiker beliebig zur Begründung der Stützung notleidender Unternehmen instrumentalisiert werden kann. Nimmt man einmal an, die volkswirtschaftlichen Kosten, die zusätzlich zum betriebswirtschaftlichen Kalkül berücksichtigt werden sollen, seien eindeutig definiert und in der Praxis zu bestimmen, etwa als die zu zahlenden Lohnersatzleistungen, nimmt man weiter an, die Entscheidung stütze sich nur auf diesen Kostenvergleich und werde nicht durch Erwägungen politischer Opportunität beeinflusst, so wäre die Stützung eines aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht mehr fortführungswürdigen Unternehmens dennoch nicht zu rechtfertigen. Der grundlegende Fehler dieses Denkansatzes liegt darin, dass der dynamische Charakter von strukturellen Anpassungsprozessen übersehen wird. Man vergleicht die Kosten, die bei Fortführung des Unternehmens in Form der erforderlichen Subventionen entstehen würden, mit den Lohnersatzleistungen im Fall der Stilllegung, als ob beide Belastungen auf unbestimmte, aber gleiche Zeit weiterbestehen würden. Unter dieser Voraussetzung wird sich fast immer ergeben, dass die Fortführung der Stilllegung vorzuziehen ist. Dabei wird jedoch verkannt, dass es um eine Reallokation von Ressourcen geht: Durch die Stilllegung des Unternehmens werden Ressourcen freigesetzt, die dann anderen Verwendungen zugeführt werden. Der Anpassungsprozess braucht Zeit und ist mit Kosten verbunden, zum Beispiel mit der Zahlung von Lohnersatzleistungen. Aber wenn man wegen dieser Kosten die Anpassung unterließe, würde eine ineffiziente Allokation konserviert, die Reallokation würde hinausgeschoben; irgendwann wird sie jedoch unausweichlich, dann aber nicht selten unter viel ungünstigeren Bedingungen; den Kosten der Anpassung ent-

geht man auf diese Weise nicht; man muss sogar damit rechnen, dass sie um so höher werden, je länger man wartet.

Wenn man den Gedanken der Einbeziehung „volkswirtschaftlicher Kosten“ konsequent anwendet, dürfte man die Politik der Erhaltung bedrohter Unternehmen nicht auf Insolvenzfälle beschränken, müsste vielmehr in allen Fällen eingreifen, in denen ein Unternehmen sich aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht mehr lohnt und ohne Subventionen stillgelegt würde. Dies liefe auf eine breit angelegte Strukturhaltungspolitik hinaus, die bei konsequenter Durchführung allerdings schon bald nicht mehr finanzierbar wäre. In den Fällen, in denen sich der Staat auf eine Politik der Strukturhaltung eingelassen hat, lassen sich die Folgen mit aller Deutlichkeit beobachten: Mit Hilfe von Subventionen werden ineffiziente Strukturen konserviert; der Bedarf an Haushaltsmitteln wird mit der Zeit nicht geringer; jeder Versuch, die Subventionierung abzubauen, wird mit dem Argument abgewehrt, dass damit eine schwere Krise heraufbeschworen würde, das heißt also wieder, dass mit dem Anfallen von „volkswirtschaftlichen Kosten“ zu rechnen sei. Gerade hier wird besonders deutlich: Das Ausspielen „volkswirtschaftlicher Kosten“ gegen betriebswirtschaftliche Entscheidungskalküle kann zu Ergebnissen führen, die gerade aus volkswirtschaftlicher Sicht von höchst zweifelhaftem Nutzen sind.

Bei Interventionen in Insolvenzverfahren geht es allerdings nicht um eine breit angelegte Strukturhaltungspolitik, vielmehr nur um ein Vorgehen in Einzelfällen. Aber auch das begründet eine besondere Problematik. Es kommt nämlich durch die Intervention zu einer Wettbewerbsverzerrung; diese kann sich besonders gravierend auswirken, wenn eine ganze Branche sich in einer Strukturkrise befindet, die nur durch Schrumpfung bereinigt werden kann. Wenn in diesem Fall ein insolventes Unternehmen aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht mehr fortführungswürdig ist, trotzdem aber durch staatlichen Eingriff bestehen bleibt, wird der durch Überkapazitäten bedingte Wettbewerbsdruck für die anderen Unternehmen der Branche nicht gemildert. Dies kann dazu führen, dass nun ein anderes Unternehmen ausscheidet, entweder weil es auch insolvent wird oder weil seine Eigentümer sich freiwillig zum Rückzug aus diesem Markt entschließen. Die staatliche Unterstützung des insolventen Unternehmens führt zumindest tendenziell dazu, dass nicht der Grenzanbieter, also das Unternehmen mit den höchsten Kosten und dem am wenigsten der Nachfrage entsprechenden Angebot ausscheiden muss, sondern ein anderes, das sich bei unverzerrtem Wettbewerb wegen besserer Leistungen hätte halten können. In diesem Falle können sogar die Chancen einer Sanierung des insolventen Unternehmens steigen; wenn aber der Eingriff bewirkt hat, dass ein leistungsfähigeres Unternehmen ausscheiden muss, kommt es zu einer ineffizienten Allokation; und die „volkswirtschaftlichen Kosten“ einer Stilllegung fallen trotzdem an, nur an anderer Stelle.

Aus der Sicht der Wettbewerbsverzerrung ist übrigens schon die zeitweilige Fortführung eines Unternehmens durch den Insolvenzverwalter problematisch. Das wird in Kauf genommen, weil der Insolvenzverwalter auf diese Weise die

Chance für einen erfolgreichen Suchprozess zur Fortführung des Unternehmens wahren kann. Allerdings wäre es unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs sehr bedenklich, wenn sich die Geschäftsführung durch den Insolvenzverwalter allzu lange hinzöge. Die auf Dauer angelegte Fortführung des Unternehmens mit staatlicher Unterstützung wäre jedoch auf keinen Fall zu rechtfertigen.

4. Das Verhalten der am Verfahren Beteiligten

Ein wichtiger Gesichtspunkt, der bei staatlichen Interventionen zu berücksichtigen ist, betrifft das Verhalten der am Insolvenzverfahren Beteiligten oder unmittelbar davon Betroffenen, vor allem der Gläubiger, aber auch der Arbeitnehmer. Die Wirkung des staatlichen Eingriffs, aber auch schon der Erwartung eines solchen Eingriffs, kann allerdings ganz unterschiedlich sein, je nachdem, ob der Staat dem notleidenden Unternehmen mit finanziellen Hilfen beispringt oder ob er auf einzelne Beteiligte politischen Druck ausübt, um Zugeständnisse zu erwirken.

Wenn von staatlicher Seite finanzielle Hilfen gewährt werden oder auch nur in Aussicht stehen, wird dies in den Verhandlungen um die Fortführung des Unternehmens dazu führen, dass die Bereitschaft der Gläubiger, im Insolvenzplan auf einen Teil ihrer Forderungen zu verzichten, geringer wird. Das bedeutet, dass in den Fällen, in denen die Fortführung sich lohnt, in denen sie also auch im Interesse der Gesamtheit aller Gläubiger liegt, die staatliche Hilfe vor allem den Effekt hat, die Verluste der Gläubiger zu mindern; die Subvention wird also durch einen Mitnahmeeffekt aufgesogen und bewirkt im übrigen gar nichts. Nur im gegenteiligen Fall, wenn also die Gläubiger kein Interesse am Fortbestand des Unternehmens haben, weil der Fortführungswert niedriger ist als der Zerschlagungswert, kann durch staatliche Hilfe erreicht werden, dass das Unternehmen weiterhin Bestand hat; aber das ist gerade der unter dem Aspekt effizienter Allokation problematische Fall.

Ein ähnlicher Effekt kann beim Verhalten der Arbeitnehmer eintreten. Um den Fortbestand des Unternehmens zu erreichen und damit Arbeitsplätze zu sichern, können die Arbeitnehmer, vertreten durch den Betriebsrat und durch ihre Gewerkschaft, Zugeständnisse bei den Löhnen und Lohnnebenleistungen, bei der Arbeitszeit oder bei anderen Konditionen ihrer Arbeitsverträge machen; niedrigere Arbeitskosten bedeuten, dass der Fortführungswert des Unternehmens steigt, die Fortführung also lohnender wird. Ebenso wie bei den Gläubigern gilt auch hier: Die Bereitschaft der Arbeitnehmervertreter, Verschlechterungen bei Löhnen und Arbeitsbedingungen zu akzeptieren, wird um so geringer sein, je eher sie damit rechnen können, dass der Bestand von Unternehmen und Arbeitsplätzen durch staatliche Hilfen gesichert wird. Dies ist in jüngster Zeit in einem Aufsehen erregenden Fall besonders deutlich geworden, bei der Intervention des Bundeskanzlers zur Abwendung der Insolvenz der Holzmann AG. Die Zugeständnisse, die der Betriebsrat bei drohender Insolvenz zunächst gemacht hatte, wurden durch die Ge-

werkschaftsführung widerrufen, und zwar unmittelbar, nachdem der Bundeskanzler verkündet hatte, durch seine Intervention sei die Insolvenz des Unternehmens abgewendet worden.

Ein finanzielles Engagement des Staates zur Rettung eines bedrohten Unternehmens ist in aller Regel auch mit dem Versuch der Beeinflussung anderer Verfahrensbeteiligter, insbesondere der Gläubiger, verbunden; es wird an sie appelliert, dem Beispiel des Staates zu folgen und ebenfalls einen Beitrag zum Überleben des Unternehmens zu leisten. Die Wirkung der staatlichen Intervention ist also zwiespältig. In den Fällen, in denen ein Unternehmen ohnehin fortführungswürdig ist, werden die Gläubiger durch die staatliche Hilfe entlastet. In eine ganz andere Lage geraten sie hingegen, wenn von ihnen die Unterstützung einer staatlichen Initiative zur Rettung eines aus ihrer Sicht nicht fortführungswürdigen Unternehmens erwartet wird. Wenn ein Gläubiger, vor allem eine Bank, sich dieser Initiative entzieht, kann dies viel Aufsehen in der Öffentlichkeit erregen und zu erheblichen Einbußen an Reputation führen.

Dieser Mechanismus ist in einer Studie zum Fall Holzmann beschrieben worden⁷; dabei wurden auch die Folgen für die Gestaltung von Vertragsbeziehungen zwischen Unternehmen und Banken aufgezeigt. Die der Holzmann AG seit langem eng verbundene Deutsche Bank geriet im Zusammenhang mit der drohenden Insolvenz des Unternehmens und der Intervention des Bundeskanzlers in die öffentliche Kritik; der Vorwurf lautete, sie habe stets die Möglichkeit gehabt, auf die Unternehmenspolitik Einfluss zu nehmen, und habe dies auch in der Vergangenheit nicht selten getan; deswegen sei sie für die Krise des Unternehmen mitverantwortlich und müsse nun auch einen Beitrag zu seiner Rettung leisten. Die enge Beziehung, die die Bank zu dem Unternehmen aufgebaut hatte ist als „Relationship-Intermediation“ zu interpretieren, das heißt als relationaler Vertrag, der es ermöglicht, die Transaktionskosten der Kreditbeziehung niedrig zu halten. Durch die politische Intervention wurde die Bank in „Geiselhaft“ genommen. Dies kann zum höchst problematischen Präzedenzfall werden: Wenn Banken befürchten müssen, bei engerer Bindung an ein Unternehmen (wie sie für „Relationship-Intermediation“ typisch sind) im Fall drohender Insolvenz zur Beteiligung an teuren und letztlich wenig aussichtsreichen Rettungsaktionen gezwungen zu werden, dann wird ihre Neigung, in eine solche Beziehung einzutreten, nicht sehr groß sein. Was also im Einzelfall dem Schutz eines Unternehmens und der Rettung von Arbeitsplätzen dienen soll, bewirkt Marktreaktionen, die bestimmte Formen der Finanzintermediation erschweren und damit möglicherweise der Finanzierung von Unternehmen und Arbeitsplätzen Hindernisse in den Weg legen.

⁷ Zum Folgenden *Schäfer* (2003).

V. Ein Fazit

Was spricht also im Fall von Unternehmensinsolvenzen für diskretionäre Eingriffe der Exekutive, und was spricht dagegen? Betrachtet man die möglichen ökonomischen Folgen solcher Eingriffe, so erscheint der mögliche Nutzen gering; doch können erhebliche Schäden verursacht werden. Die zwingende Schlussfolgerung daraus ist, dass der Staat sich hinsichtlich der Regelung von Insolvenzen auf zwei wichtige Funktionen beschränken sollte: Als Gesetzgeber muss er den geeigneten rechtlichen Rahmen für die Abwicklung von Insolvenzverfahren schaffen; die Justiz stellt mit dem Insolvenzgericht einen vertrauenswürdigen, unabhängigen und nur an Recht und Gesetz gebundenen Moderator. Was darüber hinaus noch von der Exekutive beigetragen werden kann, wird in aller Regel weit mehr schaden als nützen.

Dies ist eine Beurteilung aus ökonomischer Sicht. Ob sie für die sich zuständig fühlenden Politiker maßgeblich ist, das ist freilich eine ganz andere Frage. Denn solange man dem Publikum mit energischem Zupacken bei der vorgeblichen Rettung von Arbeitsplätzen imponieren kann, wird ein Politiker, selbst wenn ihm die ökonomische Problematik bewusst ist, der Versuchung, sich in dieser Weise zu profilieren, nicht leicht widerstehen können, schon gar nicht, wenn Wahlen bevorstehen. Offensichtliche Fehlschläge können wohl nur vorübergehend die Begeisterung der Öffentlichkeit über solche Rettungsaktionen dämpfen. Grenzen werden solchem Aktionismus in erster Linie durch die Verfügbarkeit von Haushaltsmitteln gesetzt, außerdem durch die Wettbewerbspolitik der Europäischen Union.

Literatur

- Balz, Manfred* (1989): Die Ziele des Reformentwurfs, in: Kübler, Bruno M. (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts, Köln, S. 1 – 19.
- Bundesministerium der Justiz (Hrsg.) (1985): Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln.
- (1986): Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln.
- Drukarczyk, Jochen* (1981): Zum Problem der Auslösung insolvenzrechtlicher Verfahren, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft, 51. Jahrgang, S. 235 – 257.
- (1987): Unternehmen und Insolvenz, Wiesbaden.
- (1999): Finanzierung, 8. Aufl., Stuttgart.
- (2002a): Kontrolle des Schuldners, Auslösetatbestände für insolvenzrechtliche Lösungen und Covenants, in: Feldbauer-Durstmüller / Schlager, Josef (Hrsg.), Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz, Wien, S. 421 – 443.
- (2002b): Die Insolvenzordnung als Versuch der Anreizentfaltung und Dämpfung, in: Auer-Rizzi, W. / Szabo, E. / Innreiter-Moser, C. (Hrsg.), Management in einer Welt der Globalisierung und Diversität, Festschrift für Gerhard Reber, Stuttgart, S. 443 – 462.

- Drukarczyk, Jochen / Schüler, Andreas* (2003): Insolvenztatbestände, prognostische Elemente und ihre gesetzeskonforme Handhabung, in: Die Wirtschaftsprüfung, Jg. 56, S. 56–67.
- Haugen, Robert A. / Senbet, Lemma W.* (1978): The Insignificance of Bankruptcy Costs to the Theory of Optimal Capital Structure, in: Journal of Finance, vol. 33, S. 383–393.
- Hax, Herbert* (1985): Economic Aspects of Bankruptcy Law, in: Journal of Institutional and Theoretical Economics, Band 141, S. 80–98.
- (1989): Die ökonomischen Aspekte der neuen Insolvenzordnung, in: Kübler, Bruno M. (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts, Köln, S. 21–39.
- Hax, Herbert / Marschdorf, Hans-Joachim* (1983): Anforderungen an ein Insolvenzrecht aus betriebswirtschaftlicher Sicht, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, 35. Jahrgang, S. 112–130.
- Industriegewerkschaft Metall (1991): Zur solidarischen Finanzierung der sozialen Einigung, Frankfurt am Main, Oktober 1991.
- Marschdorf, Hans-Joachim* (1984): Unternehmensverwertung im Vorfeld und im Rahmen gerichtlicher Insolvenzverfahren, Bergisch-Gladbach.
- Schäfer, Dorothea* (2003): Die „Geiselhaft“ des Relationship-Intermediärs: Eine Nachlese zur Beinahe-Insolvenz des Holzmann-Konzerns, in: Perspektiven der Wirtschaftspolitik, Band 4, S. 65–84.
- Schmidt, Reinhard H.* (1980): Ökonomische Analyse des Insolvenzrechts, Wiesbaden.

Die Insolvenzunfähigkeit des Staates

Von *Josef Isensee*

Die Erfahrung zeigt: der Staat kann insolvent werden. Das Recht hält dagegen: der Staat ist insolvenzunfähig. Ein Widerspruch von Wirklichkeit und Norm. Im Folgenden ist zu fragen, ob der Widerspruch sich auflösen läßt; falls nicht, wie der Staat und seine Gläubiger mit diesem Widerspruch leben.

I. Semantische Vorbemerkung

Eine semantische Vorbemerkung: das Wort Insolvenz hat in der Gesetzesprache das Wort Konkurs abgelöst, seit die 1999 in Kraft getretene Insolvenzordnung die Regelungsmaterien der vormaligen Konkursordnung, die Liquidation, und die der vormaligen Vergleichsordnung, die Sanierung, zusammengefaßt hat. Mit „Konkurs“ verband sich herkömmlich die Vorstellung eines moralischen Makels.¹ Das Wort weckt Assoziationen an den Kaufmann des versunkenen bürgerlichen Zeitalters, der, wenn er falliert hatte, sich die Kugel in den Kopf schoß, an Figuren aus den Romanen Thomas Manns und Balzacs, so den wurmstichigen Herrn Bendix Grünlich, den Schwiegersohn des Konsuls Buddenbrook, oder den Parfümeriehändler César Birotteau, der, nachdem er fahrlässig in den Abgrund des Konkurses und der Ehrlosigkeit gestürzt war, seine Lebensaufgabe darin fand, seine Reputation wiederzugewinnen als „Märtyrer kaufmännischer Redlichkeit“. Anders als „Konkurs“ ist „Insolvenz“ frei von jedem Hautgout; es klingt klinisch rein wie „Herzmuskelschwäche“, eine Krankheit, an der man leidet, die man übersteht oder auch nicht übersteht. Der „Gemeinschuldner“ nach altem Recht, mit dem man Gemeingefährliches oder Gemeinschädliches verbinden mag, bleibt nunmehr, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, was er vorher gewesen ist, schlicht „Schuldner“. Bezieht sich die Insolvenz auf den Staat, so sprechen Finanzwissenschaft und Völkerrecht von Staatsbankrott.² „Bankrott“ aber ist ein Straftatbestand. Juristen wie Nichtjuristen assoziieren „betrügerischen Bank-

¹ Kritisch: *Walter Gerhardt*, Vom Makel des Konkurses, in: Festschrift für Karl Michaelis, 1970, S. 100 ff.

² Vgl. *Friedrich Weber*, in: Ernst Jaeger, Konkursordnung, 2. Bd., ⁸1973, § 213 Anm. 2b. Zur heutigen Signalwirkung des Wortes exemplarisch das Heft „Staatsbankrott“ der Zeitschrift Ästhetik & Kommunikation (Heft 93, Jg. 25, Okt. 1996).

rott“.³ „Staatsbankrott“ hat von vornherein den Geruch des Gaunerstücks. Auch die Etymologie bringt nichts Gutes. Das Wort leitet sich ab vom italienischen „banca rotta“: zerstörte Bank. In italienischen Städten des Mittelalters herrschte der Brauch, einem Händler, der zahlungsunfähig wurde, den Tisch zu zerbrechen, auf dem er seine Geschäfte abwickelte. Damit wurde seine Schande offenkundig gemacht und demonstriert, daß er nicht mehr weiter auf dem Markt tätig werden durfte.⁴ Eine faszinierende Vorstellung: daß im Fall des Staatsbankrotts die Gläubiger über die Einrichtungen von Parlament, Regierung und Gerichtsbarkeit herfallen, die Verwaltungs- wie die Gerichtsgebäude zertrümmern. Sie brauchten nichts zu schonen, denn ein Insolvenzgericht und einen Insolvenzverwalter fänden sie ohnehin nicht. Damit sind wir bereits in der Sache angelangt.

II. Staatsbankrott als historisches Phänomen

Adam Smith behandelt den Staatsbankrott („bankruptcy“) im Zusammenhang mit der Staatsverschuldung: wo die öffentliche Schuld einmal eine bestimmte Höhe überstiegen habe, sei es kaum jemals gelungen, sie auf gerechte Weise und vollständig zurückzuzahlen. „Sofern es überhaupt gelang, die Staatsfinanzen wieder einigermaßen in Ordnung zu bringen, bediente man sich stets dazu des Bankrotts, den man bisweilen auch unverhohlen zugegeben hat, und selbst dort, wo häufig Rückzahlungen nominal geleistet wurden, blieb es in Wirklichkeit echter Bankrott.“⁵ Als das Mittel, den Staatsbankrott zu verschleiern, nennt er die Münzverschlechterung. Die Römische Republik, so sein Beispiel, setzte am Ende des ersten Punischen Krieges den Metallgehalt des As, der maßgeblichen Münze, von zwölf Unzen Kupfer auf zwei herab, so daß sie ihre enormen Schulden mit einem Sechstel ihres wirklichen Wertes tilgen konnte; im Verlauf des Zweiten Punischen Krieges senkte sie den Münzwert von zwei Unzen auf eine, sodann noch einmal auf eine halbe, so daß am Ende das As nur noch den 24. Teil des ursprünglichen Wertes ausmachte. Diese Form der Münzverschlechterung erfolgte öffentlich, mit Zustimmung des Volkes, von ihrerseits verschuldeten Bürgern, deren Mehrheit selber von der Schuldensenkung profitierte, indes, ein weiteres Beispiel von

³ „Erst in diesem Augenblick ging alles vor ihr auf, was in dem Worte ‚Bankerott‘ verschlossen lag. Alles, was sie schon als kleines Kind dabei an Vagem und Fürchterlichem empfunden hatte ... ‚Bankerott‘ ... das war etwas Gräßlicheres als der Tod, das war Tumult, Zusammenbruch, Ruin, Schmach, Schande, Verzweiflung und Elend ...“ So die Sicht von Tony Grünlich geb. Buddenbrook, als der Bankerott ihres Mannes eintrat (*Thomas Mann, Buddenbrooks* [1901], Ausg. 2002, S. 214).

⁴ *G. P. Massetto*, Bankrott, in: *Lexikon des Mittelalters*, Bd. I, 1980, Sp. 1409 f. Vgl. auch Stichwort „Bankrott“, in: *Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache* (bearbeitet von Elmar Seebold), ²³1995, S. 79.

⁵ *Adam Smith*, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (¹1776, ⁵1789), dt.: *Der Wohlstand der Nationen* (übersetzt von Horst Claus Reckewald), 1974, S. 803.

Smith, König Johann von Frankreich heimlich Münzen mit schlechterem Metallgehalt prägen ließ. Hier „verräterischer, hinterlistiger Betrug“, dort „Unrecht auf Grund offenkundiger Gewaltanwendung“.⁶ Das macht die Typologie aus zwischen dem *verschleierte* und dem *offenen* Staatsbankrott.⁷ Die „modernere“,⁸ dem demokratischen Äon gemäßere Form ist der verschleierte Konkurs, heute über eine inflationäre Geldpolitik, die es dem Staat ermöglicht, seine Schulden unter ihrem ursprünglichen Realwert zu zahlen, ohne daß er den Gläubigern gegenüber Befehl und Zwang einsetzt, ohne daß diese es überhaupt unmittelbar spüren müssen.⁹ Die üblichen Techniken, den offenen Bankrott zu überwinden, sind der Währungsschnitt oder die hoheitliche Selbstentlastung des Staates von seinen Schulden.¹⁰

In der Finanzwissenschaft wird unterschieden zwischen drei in der Realität sich häufig vermischenden Sorten von Gründen, aus denen der Staat seine Zahlungspflichten nicht erfüllt: finanziellen, rechtlichen und politischen. *Rechtliche* Gründe trug der Staat Mississippi 1841 vor, drei Jahre nach Ausgabe von Schuldverschreibungen durch die von ihm konzessionierte, inzwischen in Konkurs gefallene Notenbank: daß die Ausgabe der Verfassung widersprochen habe. Der juristische Winkelzug könnte künftigen deutschen Regierungen zum Vorbild werden: sich darauf zu berufen, daß die Kreditaufnahme vergangener Jahre unvereinbar mit der Verfassung und dem Europarecht gewesen sei, daß die Gläubiger sich an dem Verstoß beteiligt und somit – „in pari turpitudine“ – nichts zu fordern hätten. *Rechtliche* Motive gehen über in *politische*, wenn nach einer Revolution die neuen Herren sich weigern, die Schulden des ancien régime anzuerkennen, das sie für überwunden und diskreditiert erklären. Dessen Gläubiger werden als Helfershelfer denunziert und in den Sturz hineingezogen. Die Jakobinerregierung Frankreichs meinte 1793, ein freies Volk brauche nicht die Schulden zu bezahlen, die ein „Tyran“ (gemeint: der frühere König) gemacht habe. Auf dieser Linie argumentierte die Sowjetunion, als sie 1922 auf der Konferenz von Genua ablehnte, die Schulden des zaristischen Rußland zu bezahlen.¹¹

Das Bundesverfassungsgericht beschreibt in einer frühen Entscheidung aus dem Jahre 1953 den Staatsbankrott am Fall des Deutschen Reiches nach 1945, das (obwohl als Rechtssubjekt fortexistierend) nicht nur vorübergehend zahlungsunfähig, sondern „konkursreif“ gewesen sei. „Aus diesem Grunde war bereits die Umstel-

⁶ Smith (Fn. 5), S. 804 ff.

⁷ Hero Moeller, Staatsbankrott, in: Handbuch der Sozialwissenschaften, 9. Bd., 1956, S. 740 f.

⁸ Moeller (Fn. 7), S. 741 f. Bei ihm auch die Beispiele.

⁹ Dazu Edwin Borchard, State Insolvency and Foreign Bondholders, Vol. I, New Haven 1951, S. 136 ff.

¹⁰ Fallstudien bei William H. Wynne, State Insolvency and Foreign Bondholders, Vol. II, New Haven 1951.

¹¹ Dazu Carl Schmitt, Verfassungslehre, ¹1928, S. 94; Krystyna Marek, Identity and Continuity of States in Public International Law, Genf ²1968, S. 34 ff.

lung seiner RM-Verbindlichkeiten unterlassen worden. Schon deshalb konnte nicht einmal ein Status seiner Aktiven und Passiven aufgestellt werden. Vor allem aber flossen dem Reich aufgrund der staatlichen Neuordnung keine Einnahmen mehr zu, entfiel also seine für eine Begleichung der Schulden entscheidende Leistungsfähigkeit.“¹² In einer Entscheidung über das Erlöschen der Beamtenverhältnisse hatte das Bundesverfassungsgericht eine über den staatlichen Niedergang hinausgreifende „wirtschaftliche und finanzielle Zerrüttung ohnegleichen“ festgestellt. Die durch ständig zunehmende zwangswirtschaftliche Maßnahmen gewaltsam „zurückgestaute“ Inflation habe zu einem unvorstellbaren wirtschaftlichen Substanzverlust geführt. „Ansprüche gegen das Reich aus Verträgen aller Art und aus Kriegs- und Vertreibungsschäden konnten nicht mehr realisiert, müssen vielmehr zum großen Teil als endgültig verloren betrachtet werden.“¹³ In einer späteren Entscheidung von 1959 ergänzte das Gericht seine Beschreibung eines prototypischen Staatsbankrotts: am Ende des zweiten Weltkrieges sei ein ganz ungewöhnlicher Geldüberhang (Mißverhältnis zwischen Geld und verfügbaren Bedarfsgütern) eingetreten. Die Verschuldung des Reiches sei in bisher nicht gekannte Höhe gestiegen, geschätzt auf 440 Mrd. RM (1933: 12,3 Mrd. RM);¹⁴ nach Schätzung der Bundesregierung wenige Jahre später auf bis zu 800 Mrd. RM.¹⁵

III. Rechtliche Eigenart des Staatsbankrotts

1. Unterschiede zur privaten Insolvenz

Schon bei den Beratungen der Konkursordnung von 1877 war der Staatsbankrott Thema, wenngleich er keine gesetzliche Regelung finden sollte.¹⁶ Er wurde nicht als Konkursverfahren verstanden, sondern als ein auf Nichtkönnen oder Nichtwollen beruhender Zustand der Nichterfüllung öffentlich-rechtlicher oder bürgerlich-rechtlicher Verbindlichkeiten, der sich seinem Wesen nach nicht durch eine konkursmäßige Haftungsverwirklichung lösen lasse, sondern einer besonderen Regelung bedürfe.¹⁷ Damit gewinnt das Phänomen erste rechtsbegriffliche Konturen.¹⁸ Der Staatsbankrott ist kein Konkursverfahren; er ist überhaupt kein Verfahren, son-

¹² BVerfGE 15, 126 (135). Zur verfassungsrechtlichen Behandlung der Altschulden *Hasso Hofmann*, Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949–1990, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (= HStR), Bd. I, 32003, § 9 Rn. 11.

¹³ BVerfGE 3, 58 (87 f.) – zu Beamten nach Art. 131 GG.

¹⁴ BVerfGE 9, 305 (306) – Gesetz über die Tilgung von Ausgleichsforderungen von 1956.

¹⁵ Schätzung der Bundesregierung laut BVerfGE 15, 126 (127); 23, 153 (181).

¹⁶ Vgl. Protokolle der zur Vorberathung der Konkursordnung und des Einführungsgesetzes gewählten Kommission des Deutschen Reichstags, S. 189.

¹⁷ *Jaeger* (Fn. 2), § 213 Anm. 2b.

¹⁸ *Anna Leisner* spricht – wohl etwas verfrüht – von einem „speziellen Rechtsbegriff“ (Die Leistungsfähigkeit des Staates, 1998, S. 54 ff.).

dern der tatsächliche Zustand, in dem der Staat seine gesamten Zahlungsverpflichtungen dauerhaft nicht mehr erfüllt.

Der typische Grund des Staatsbankrotts wie für die Insolvenz des Privaten ist die (akute oder drohende) *Zahlungsunfähigkeit*. Deren Bedingungen sind freilich für den Staat als Schuldner, der sich einseitig kraft seiner Abgabenhoeheit Finanzmittel verschaffen kann, andere als die für den Unternehmer, der darauf angewiesen ist, auf dem Markt zu reüssieren. Doch eben die Hoheitsgewalt verschafft dem Staat einen weiteren Insolvenzgrund, den es für Private nicht gibt: die Leistungsunwilligkeit, Nichtkönnen und Nichtwollen brauchen nicht unterschieden zu werden.¹⁹ Der Staat hat es nicht nötig, seine Ressourcen zu verbrauchen, ehe er die Schuldentilgung einstellen darf. Er vermag, einseitig über seine Verbindlichkeiten zu verfügen. Ob er auch das Recht dazu hat, hängt von der jeweiligen Verfassung wie von den Vorgaben des internationalen Rechts ab. Auf der anderen Seite scheidet für den Staat der Insolvenzgrund der Überschuldung aus, weil es im Staatsbankrott nicht darum geht, das Staatsvermögen zur Befriedigung der Gläubiger zu verwerten.²⁰ Eine Kapitalgesellschaft wird aufgelöst, wenn das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen eröffnet wird.²¹ Der Staat aber wird nicht liquidiert. Vielmehr will er sich sanieren.²² Das wird deutlich in der Behandlung der Altschulden des Deutschen Reiches. Die Übergangsbestimmung des Grundgesetzes (Art. 134 Abs. 4) bezweckte nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts die Bereinigung der Konkurslage des Reiches, doch nicht „um ihrer selbst willen“, sondern wegen ihrer grundlegenden Bedeutung für eine geordnete künftige Finanzwirtschaft in Bund und Ländern, die sonst größten Unsicherheiten und Risiken ausgesetzt gewesen wären. Es ging weniger um die Abwicklung der Vergangenheit, als um die Neuordnung der Staatsfinanzen für die Zukunft, den Rückgewinn der Handlungsfähigkeit, im Jargon von heute um die „zweite Chance“.²³ Darin berührt sich der Staatsbankrott mit einem Ziel des modernen Insolvenzverfahrens.²⁴

Die Voraussetzungen des Staatsbankrotts lassen sich nicht begriffsscharf bestimmen. Die Beschreibung als „ernste und hoffnungslose Lage der Staatsfinanzen“²⁵ wäre juristisch nicht operationabel. Da der Staatsbankrott vorab nicht verfahrensrechtlich organisiert ist, läßt sich sein Eintritt in der Praxis nicht klar bestimmen.

¹⁹ Borchard (Fn. 9), S. 115, 122.

²⁰ Tonio Stoll, Insolvenz und hoheitliche Aufgabenerfüllung, in: KTS 1992, S. 521 (528); Jens Lehmann, Die Konkursunfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts, 1999, S. 89 f.

²¹ Vgl. § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG, § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG.

²² Borchard (Fn. 9), S. 121.

²³ BVerfGE 15, 126 (136, 141).

²⁴ Zum Sanierungsziel Ludwig Häsemeyer, Insolvenzrecht, ²1998, S. 16, 22, 52, 71 f., 589, passim. – Rechtsvergleichender Hinweis zu den Zwecken des Insolvenzrechts Christoph G. Paulus, Überlegungen zu einem Insolvenzverfahren für Staaten, in: WM 2002, S. 725 (729).

²⁵ Horst Kratzmann, Der Staatsbankrott, in: JZ 1982, S. 319 (323).

Oftmals ist nicht auszumachen, ob staatliche Maßnahmen seiner Abwendung dienen, seiner Abwicklung oder seiner Verschleppung.

2. Das rechtliche Dogma von der Konkursunfähigkeit des Staates

Der Staatsbankrott in seiner Faktizität tastet das rechtliche Dogma von der Konkursunfähigkeit des Staates nicht an. Dieses leugnet nicht die reale Möglichkeit des Staatskonkurses. Es stellt noch nicht einmal in Frage, daß dieser in einzelnen Hinsichten rechtlich geregelt werden kann. Es bedarf solcher Regelungen heute sogar aus verfassungsrechtlichen Gründen. Der Vorbehalt des Gesetzes tritt auf den Plan, wenn der Staat in den Bestand seiner Verbindlichkeiten eingreifen will. Doch die Gesetze, um die es hier geht, treffen Regelungen ad hoc, beziehen sich auf die konkrete Situation der Finanzknappheit. Es handelt sich also um Maßnahmegesetze, Gesetze vielleicht abnormer, keineswegs aber verfassungswidriger Art.²⁶ Es gibt aber keine vorab bestehenden, auf Dauer angelegten, generellen Normen für die Insolvenz des Staates, wie es solche für die Insolvenz des Privaten gibt. Gleichwohl kann sich das Bedürfnis ergeben, daß die Staatsschulden in einem bestimmten Verfahren abgewehrt werden. Im Staatsbankrott nach 1945 stand die sich neu formierende Bundesrepublik vor der Aufgabe, „spezielle gesetzliche Maßnahmen“ zu treffen. „Zumindest war bei der Organlosigkeit des Reiches ein geordnetes Verfahren notwendig, wenn es nicht zu einem unerträglichen Wettlauf der Reichsgläubiger um die Befriedigung ihrer Forderungen kommen sollte; nur dadurch konnte insbesondere das der Auseinandersetzungsregelung des Art. 134 Abs. 1 bis 3 selbst zugrunde liegende Prinzip gesichert werden, daß die Aktiven des Reiches den neuen Berechtigten und ihren öffentlichen Interessen nutzbar sein sollen.“²⁷

Die Insolvenzunfähigkeit des Staates ist in der 1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung ausdrücklich verankert. Gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Bundes oder eines Landes unzulässig. Doch dessen hätte es nicht bedurft. Die Konkursunfähigkeit des Staates war längst anerkannt als ungeschriebene Ausnahme von der einschlußweise geschriebenen gesetzlichen Regel, daß juristische Personen an sich konkursfähig sind, juristische Personen im allgemeinen (§ 213 KO) wie solche des öffentlichen Rechts im besonderen (§ 89 Abs. 2 BGB).²⁸ Die Geltung des Rechtssatzes stand außer Streit. Unklar war jedoch die Begründung. Sie ist es geblieben. Der Begründung bedarf es weiterhin. Auch die nunmehr gesetzliche Ausnahme von der gesetzlichen Regel hat der Prüfung vor dem Gleichheitssatz in seiner objektiven Dimension als Gebot der Systemgerechtigkeit und Konsequenz standzuhalten, um dem Verdikt des Fiskal-

²⁶ BVerfGE 4, 7 (18). Weit. Nachw. *Lehmann* (Fn. 20), S. 79 Fn. 125.

²⁷ BVerfGE 15, 126 (135 f.).

²⁸ Vgl. *Ernst Forsthoff/Tula Simons*, Die Zwangsvollstreckung gegen Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts, 1931, S. 40 ff. *Weber* (Fn. 2), § 213, Anm. 2b.

privileges zu entgehen. Die Frage ist, ob der Konnex zwischen Rechtsfähigkeit und Insolvenzfähigkeit, der für Private gilt, nicht auch den Staat erfassen muß, zumindest für die Verbindlichkeiten, die er durch Teilnahme am Privatrechtsverkehr eingegangen ist. Der Rechtfertigungszwang verschärft sich, wenn man, dem heute als modern geltenden betriebswirtschaftlichen Denken gemäß, den Staat als bloßes Dienstleistungsunternehmen betrachtet, das sich von privaten nicht der Art, sondern nur der Größe nach unterscheidet. Warum sollen die Gläubiger des Staates im Falle seiner Zahlungsunfähigkeit anders behandelt werden als im privaten Konkurs?

3. Argumente für den Ausschluß des Insolvenzverfahrens

Drei Argumente kehren ständig wieder, vornehmlich in der insolvenzrechtlichen Literatur:²⁹

- es ermangele eines geeigneten Insolvenzverfahrens,
- es fehle eine dem Staat übergeordnete Zwangsgewalt,
- die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben dürfe durch das Verfahren nicht gestört werden.

Doch leuchten sie nicht ohne weiteres ein.

a) Wenn es allein am *Fehlen eines Verfahrens* läge, so könnte der Gesetzgeber abhelfen. Doch seiner Regelungskompetenz unterliegen allein die inländischen Gläubiger. Er könnte nicht ausländische Gläubiger zwingen, sich einem Verfahren nach seiner Fassung zu unterwerfen, sich etwa dem Mehrheitsprinzip und dem Obstruktionsverbot bei der Annahme eines Insolvenzplans zu fügen. Das gilt insbesondere für ausländische Staaten, die gegen ihn Forderungen geltend machen. Die internationalen Aspekte seien aber vorerst vernachlässigt.³⁰ Die Betrachtung konzentriert sich auf die inländische Lage.

Die Regelungen des geltenden Insolvenzrechts lassen sich nicht auf den Staatsbankrott übertragen. Es gilt weiterhin die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, daß das allgemeine Konkursrecht für einen Staatsbankrott „weder gedacht noch geeignet“ ist.³¹ Zugeschnitten ist es auf das finanzielle Versagen von Marktteilnehmern, nicht aber auf das des Staates als des Marktgaranten. Es bezieht sich auf den Ernstfall des Unternehmens, nicht aber auf den Ernstfall der Volkswirt-

²⁹ Vgl. *Forsthoff/Simons* (Fn. 28), S. 40 ff.; *Weber* (Fn. 2), § 213 Anm. 2b; *Claus Ott*, in: Hans-Peter Kirchhof/Hans-Jürgen Lwowski/Rolf Stürner (Hg.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, 2001, § 12 Rn. 3 (Nachw.); *Herbert Roth*, *Verfassungsrecht und Insolvenzrecht*, in: Reinhard Mußnug (Hg.), *Rechtsentwicklung unter dem Bonner Grundgesetz*, 1990, S. 201 f. – Kritik an den Argumenten: *A. Leisner* (Fn. 18), S. 49 ff.; *Stoll* (Fn. 20), S. 522 ff.

³⁰ Dazu unten VII.

³¹ BVerfGE 15, 126 (135). Widerspruch: *A. Leisner* (Fn. 18), S. 50, 55.

schaft. Horst Albach bringt die Bedeutung des Unternehmenskonkurses für die Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung auf die Formel: „Der Ernstfall des Unternehmens ist für das Gesamtsystem nur ein Schadensereignis. Derartige Schadensfälle sind die billigste Form, den Ernstfall des Systems zu vermeiden. Der Ernstfall des Unternehmens ist der Normalfall des Systems.“³² Zu ergänzen ist: der Staatsbankrott aber ist der Ernstfall des Systems. Von ihm geht keine Katharsis für andere aus. Er bildet eine Katastrophe für alle, die zum System gehören. „Anders als beim Konkurs eines privaten Schuldners ist bei der Bereinigung eines Staatsbankrotts die gesamte künftige Finanzwirtschaft und dadurch mittelbar die ganze künftige Staatspolitik mit im Spiel; im Vordergrund steht nicht die Abrechnung über die Vergangenheit, sondern die Schaffung einer Grundlage für die Zukunft. Dieses Prinzip der Sanierung ... findet sich allenthalben in der Geschichte der Staatsbankrotte und ist unvermeidlich, weil gesunde staatliche Finanzen die erste Voraussetzung für eine geordnete Entwicklung des ganzen sozialen und politischen Lebens sind. Hierin liegt der Grund für die ‚Konkursunfähigkeit‘ des Staates.“³³

b) Daß der Staat nicht konkursfähig sei, weil es *über ihm keine Zwangsgewalt* geben könne,³⁴ entspricht den rechtsstaatlichen Vorstellungen Otto Mayers, der sogar eine Zwangsvollstreckung gegen den Staat für unangemessen hielt: „Nun es ernsthaft an den Zwang geht, ergibt sich der Widersinn, daß der Hort des Rechts im Namen des Rechts dazu gebracht werden soll, sein Recht zu achten und ihm genug zu tun. Hier muß die Gleichstellung (sc. des Staates mit den Privaten) aufhören: gegen den Staat greifen die gewöhnlichen Zwangsmittel nicht Platz.“³⁵ Bei Otto Mayer schwingen Gedanken von „Recht auf Achtung und Ehre“ des Staates mit,³⁶ die heute außerhalb des Völkerrechts wenig Resonanz finden. Heute stehen sie einer Zwangsvollstreckung gegen den Staat nicht mehr im Wege, die das Gesetz, freilich unter Kautelen und Einschränkungen, zuläßt (§ 882a ZPO). Die praktische Durchführung stieße nicht auf grundsätzliche Schwierigkeiten, weil Rollenkonflikte innerhalb der Staatsorganisation, wie sie zwischen dem Staat als Schuldner und dem Staat als Träger des Insolvenzverfahrens stattfänden, auf verschiedene Organe verteilt und im gewaltenteiligen System verarbeitet werden könnten.³⁷

c) In den Vordergrund rückt heute der Gedanke der *Funktionsfähigkeit* des Staates.³⁸ Sie wird als legitimes öffentliches Interesse von der Verfassung gewähr-

³² Deutung des Konkurses als Ernstfall: Horst Albach, Kampf ums Überleben: Der Ernstfall als Normalfall für Unternehmen in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung, in: Anton Peisl / Armin Mohler (Hg.), Der Ernstfall, 1979, S. 124 (125).

³³ BVerfGE 15, 126 (141).

³⁴ Vgl. Weber (Fn. 2), § 213 Anm. 2b; Harald Hess, Kommentar zur Konkursordnung, 51995, § 213 Rn. 5.

³⁵ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., ³1923, S. 381.

³⁶ Mayer (Fn. 35), S. 382 Anm. 23.

³⁷ Im Ergebnis auch A. Leisner (Fn. 18), S. 50; Stoll (Fn. 20), S. 524.

³⁸ Vgl. Roth (Fn. 29), S. 201 f.; Ott (Fn. 29), § 12 Rn. 10.

leistet.³⁹ Die Zivilprozeßordnung trägt ihr Rechnung, indem sie die Zwangsvollstreckung in Sachen verbietet, die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben des Bundes oder eines Landes unentbehrlich sind oder deren Veräußerung ein öffentliches Interesse entgegensteht (§ 882a Abs. 2 S. 1 ZPO). Eben damit wird die Zwangsvollstreckung gegen den Staat nicht schlechthin für unzulässig erklärt; sie wird nur funktionsschonend eingeschränkt. Die Analogie läge nahe, daß die Insolvenz an sich möglich wäre, daß aber die Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterlägen, nicht zur Konkursmasse gehörten (vgl. § 36 Abs. 1 InsO), mit der Folge, daß Sachen im Gemeingebrauch und im Verwaltungsvermögen ausschieden, solche im Finanzvermögen dagegen erfaßt würden. Die praktischen Abgrenzungsprobleme, die sich dabei einstellen, wären lösbar. Sie reichten nicht aus, um die schlechthinnige Insolvenzunfähigkeit zu rechtfertigen.⁴⁰ Gleichwohl stünde die Analogie auf tönernen Füßen. Von der Zulässigkeit der Einzelzwangsvollstreckung läßt sich nicht ohne weiteres auf die der Gesamtvollstreckung schließen. Es ist ein wesentlicher Unterschied, ob ein einzelner Vermögensgegenstand oder ob das ganze Vermögen dem Zugriff der Gläubiger freigegeben wird.

d) Die Unterwerfung des staatlichen Schuldners unter ein Insolvenzverfahren de lege ferenda scheiterte an der Verfassung. Ein solches Verfahren und seine Organe – Insolvenzverwalter, Insolvenzgericht, Gläubigerversammlung – könnten die verfassungsrechtlichen Verfahren und Kompetenzen überlagern, modifizieren und verdrängen.⁴¹ Insofern sperrte der *Vorrang der Verfassung*. Darüber hinaus träte der *Vorbehalt der Verfassung* auf den Plan: Stellung und Kompetenzen der obersten Bundesorgane sind abschließend im Grundgesetz festgelegt, soweit dieses nicht eigens den Gesetzgeber ermächtigt, weitere Regelungen zu treffen. Der Insolvenzverwalter könnte nicht die Regierung substituieren, die Gläubigerversammlung nicht die Volksvertretung. Vollends geriete die Unabhängigkeit, die der Insolvenzverwalter gegenüber Schuldner wie Gläubiger beanspruchen muß, damit er seinem Auftrag genügen kann,⁴² in Konflikt mit dem Erfordernis demokratischer Legitimation. Allgemein gilt: ein präterkonstitutionelles Insolvenzregime, das mit den Kompetenzen der obersten Bundesorgane kollidiert, hat nicht teil an der demokratischen Legitimation, wie sie das Grundgesetz vorsieht und vermittelt.

Die Gründe reichen aus, um die Konkursunfähigkeit des Staates als sachgerecht vor dem Gleichheitssatz zu rechtfertigen. Was im Kontext der Insolvenzordnung als Ausnahme von der Regel der Insolvenzfähigkeit jeder natürlichen wie juristi-

³⁹ Dazu *Josef Isensee*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: HStR Bd. III, 21996, § 57 Rn. 118.

⁴⁰ Vgl. *A. Leisner* (Fn. 18), S. 50 f.; *Stoll* (Fn. 20), S. 530.

⁴¹ Vgl. *Fritz Baur/Rolf Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht,¹² 1985, Bd. I, Rn. 6.39; *Ulf Gundlach*, Die Insolvenzfähigkeit juristischer Personen und Vermögen des öffentlichen Rechts, in: DÖV 1999, S. 815 (817); *Ott* (Fn. 29), § 12 Rn. 10.

⁴² Dazu *Ekkehard Schumann*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters – Sicherung der Integrität des Insolvenzverfahrens, in: Festschrift für Reinhold Geimer, 2002, S. 1043 ff.

schen Person erscheint, stellt sich im Licht der Verfassung als eine Grundlage dafür dar, daß diese Regel überhaupt gelten kann.

IV. Staatsbankrott und Grundgesetz

1. Präventive Vorkehrungen der Verfassung gegen den Staatsbankrott

Ist die Diskussion der Konkursunfähigkeit des Staates unter der Geltung des Grundgesetzes eigentlich nicht müßig? Das Grundgesetz berührt das Thema Staatsbankrott lediglich in seinen Übergangs- und Schlußbestimmungen. Die Finanzkatastrophen des Reiches und der DDR, auf die sie sich beziehen, hatten sich außerhalb seines Geltungshorizonts ereignet. Den Staat des Grundgesetzes trifft keine normative Verantwortung für die Ereignisse selbst, sondern lediglich für deren Folgen. Insofern brauchte die Verfassung nur so etwas wie einen Nachlaßkonkurs vorzusehen. Unter ihrer Geltung, so läßt sich der Text lesen, werde sich das Unheil nicht wiederholen.

Auf dieser Erwartung gründet der Kredit der öffentlichen Hand. Die Leistungen, zu denen sich der soziale Rechtsstaat verpflichtet, setzen voraus, daß die entsprechende Leistungsfähigkeit erhalten bleibt. Darauf bauen auch die Verfassungsinterpreten, die das soziale Staatsziel als Verbot deuten, soziale Besitzstände abzubauen, und die alle staatlichen Vergünstigungen als verfassungsgarantiert auszuweisen versuchen. Diese Strebungen können jedoch die Finanzkrise nicht verhindern. Vielmehr erreichen sie lediglich, daß sich die Finanzkrise zur Verfassungskrise auswächst.⁴³ Das Grundgesetz sucht diese Gefahr gerade zu meiden. Es hält sich zurück, den Staat auf bestimmte Aufgaben festzulegen und Zahlungspflichten zu statuieren. Die wenigen Vorgaben, die es trifft, sind elastisch genug, um sich einer Finanzkrise anzupassen. So hindert die Garantie der amtsangemessenen Alimentierung der Beamten nach hergebrachten Grundsätzen (Art. 33 Abs. 5 GG) nicht die situationsbedingte Kürzung der Bezüge für die Zukunft.⁴⁴ Die Finanzverfassung trifft Vorkehrungen, die Gefahr des Staatsbankrotts zu bannen. Zu diesen gehört die Verpflichtung des Haushaltsgesetzgebers, den Etat in Einnahme und Ausgabe auszugleichen (Art. 110 Abs. 1 S. 2 GG). Die Finanzverfassung setzt voraus, daß der Staat flexibel auf den Wechsel der Lagen reagieren und auch den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung tragen kann, ohne den Haushaltsausgleich zu verfehlen. Den Risiken des Marktes braucht er sich nicht auszusetzen wie der private Unternehmer. Für die erwerbswirtschaftliche Betätigung unter den Bedingungen des Wettbewerbs ist er nicht geschaffen.

⁴³ Dazu mit Nachw. *Josef Isensee*, Der Sozialstaat in der Wirtschaftskrise, in: Festschrift für Johannes Broermann, 1982, S. 365 ff.

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 8, 332 (342); 15, 167 (198); 44, 249 (263).

Die Verfassung verwehrt sie ihm prinzipiell.⁴⁵ Als Steuerstaat ist er darauf auch nicht angewiesen. Er nimmt nach Bedarf kraft seiner Steuerhoheit einen Teil des Sozialprodukts für sich in Anspruch und partizipiert am wirtschaftlichen Erfolg der Bürger. Schon deshalb ist es verfehlt, ihn als Dienstleistungsunternehmen zu qualifizieren und den fundamentalen Unterschied zum privaten Wirtschaftsunternehmen zu überspielen. Besonders enge und strenge Grenzen steckt das Grundgesetz der gefährlichsten Form der Staatseinnahme: der Kreditfinanzierung. Zukunftsbelastende Einnahmen dürfen grundsätzlich nur in Höhe der zukunftsbeginnstigenden Ausgaben, der veranschlagten Investitionen, getätigt werden, es sei denn, daß höhere Verschuldung eine Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts abwehren kann und soll (Art. 115 Abs. 1 S. 2 GG).⁴⁶

Die Verfassungsdirektiven zu haushälterischer Vorsicht werden ergänzt und verstärkt durch die europarechtlichen zur Vermeidung übermäßiger Defizite und zur Sicherung der Haushaltsdisziplin (Art. 104 EG). Hier bringt sich die Europäische Währungsunion als Stabilitätsgemeinschaft zur Geltung.⁴⁷ Die Praxis wird zeigen, ob es mit dieser Ernst wird oder ob sie eine Wunschprojektion der Deutschen bleibt, die sich über den Verlust der nationalen Währungshoheit und der transnationalen Leitwährung der Deutschen Mark trösten wollen. Die Haushaltsdisziplin der Mitgliedstaaten ist weiterhin im wesentlichen Selbstdisziplin. Die vorgesehenen monetären Sanktionen, die der Rat verhängen kann – Hinterlegung einer unverzinslichen Einlage und Geldbuße in angemessener Höhe (Art. 104 Abs. 1 EG) – dürften im Anwendungsfall kontraproduktiv sein, weil sie eine vorhandene finanzielle Bedrängnis und die Suche nach Schlupflöchern nur steigern dürften.⁴⁸

Die deutsche Finanzverfassung erweist sich bei näherem Hinsehen nicht als so streng, wie der Wortlaut zunächst suggeriert. Das Gebot des Haushaltsausgleichs wird nur als rechnerische Operation verstanden, die als Einnahmen auch die Kreditzuflüsse und als Ausgaben die Kredittilgungsbeträge ausweist, so daß die eigentlich zu erwartende Ordnungs- und Disziplinierungswirkung der Vorschrift in der Realität ausbleibt.⁴⁹ Die Verschuldungsbarriere ist leicht zu unterlaufen. Bund und Länder haben Techniken entwickelt, den Haushalt zu manipulieren, etwa

⁴⁵ Näher *Peter Selmer*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und Unternehmergrundrechte, in: Rolf Stober/Hanspeter Vogel (Hg.), *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, 2000, S. 75 ff.; *Wolfgang Löwer*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, in: *VVDStRL* 60 (2001), S. 416 ff. (Nachw.).

⁴⁶ Dazu *BVerfGE* 79, 311 ff.; *Josef Isensee*, Schuldenbarriere für Legislative und Exekutive, in: *Festschrift für Karl Heinrich Friauf*, 1996, S. 705 ff. (Nachw.).

⁴⁷ Vgl. *Rüdiger Bandilla*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Stand 2000, Art. 104 Rn. 1 ff.; *Matthias Herdegen*, *Europarecht*, ⁵2003, Rn. 380 ff., 384 f.

⁴⁸ Dazu *Christian Konow*, *Der Stabilitäts- und Wachstumspakt*, 2002, S. 165 ff.

⁴⁹ *Markus Heintzen*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 3, ⁵2003, Art. 110 Rn. 27. Vgl. auch *Gunter Kisker*, Staatshaushalt, in: *HStR* Bd. IV, ²1999, § 89 Rn. 75.

durch hohe Veranschlagungen von investiven Ausgaben im Haushaltsplan, die sie in dieser Höhe nicht tätigen, um einen Freibrief für Kredite zu gewinnen, die sie sodann auch tatsächlich aufnehmen.⁵⁰ Die parlamentarische Opposition fällt als Wächterin der Haushaltsdisziplin weitgehend aus, weil sie sich für den Fall, daß sie ihrerseits an die Macht kommt, die Option auf Laxheit nicht nehmen lassen möchte, um nicht im demokratischen Gefälligkeitswettbewerb um Wählergunst zurückzubleiben. Im Politikerhorizont des schmalen Zwischenraums zwischen Wahlen erweist sich die Kreditfinanzierung als vorteilhaft, weil sie die Empfindlichkeiten der Wähler schont, den Konsumenten staatlicher Leistungen sofortigen Genuß ermöglicht und die Kosten auf später verlagert, auf eine Generation, die sich derzeit noch nicht rühren und wehren kann. Obwohl das Bundesverfassungsgericht an die normative Rigidität der Finanzverfassung erinnert,⁵¹ erweist sie sich in der Praxis eher als *soft law*. Jedenfalls hat sie nicht das Anwachsen der Staatsschulden zu gigantischer Höhe verhindert. Sie wachsen weiter. Tilgung und Zinsen zehren die Neuverschuldung auf. Sie drohen, die finanzwirtschafts- und sozialpolitische Handlungsfähigkeit des Staates zu erdrücken. An dem Faktum der Schulden endet die Macht des Rechts. Das erfuhr Kaiser Franz-Joseph, als er die an sich löbliche Ordre erteilte: „Ich finde das Defizit abzuschaffen.“⁵² Das erfährt heute der Bundesminister der Finanzen. Das Damoklesschwert des Staatsbankrotts hängt auch über dem Verfassungsstaat. Das Faktum der Schuldenlast rührt sich nicht, auch wenn man es für verfassungswidrig erklärt. Es läßt sich nicht hinwegjudizieren. Doch müssen sich die Maßnahmen zu seiner Beseitigung an der Verfassung messen lassen.

2. Widerstand der Verfassung gegen Sanierungsmaßnahmen

a) Wegfall hergebrachter Sanierungsmöglichkeiten

Das historische Repertoire der Sanierungsmaßnahmen hat sich heute erheblich verkleinert. Das alte Mittel der Münzverschlechterung hat sich schon seit der Einführung des Papiergeldes erledigt. Der deutsche Staat ist heute auch vor der Versuchung gefeit, sich seiner Verbindlichkeiten durch Verschlechterung der Währung bzw. Vergrößerung der Geldmenge zu entledigen, seit die Währungshoheit auf die Europäische Gemeinschaft übergegangen ist. Nunmehr obliegt der Europäischen Zentralbank, die Geldmenge zu steuern (Art. 106 EG); das den Mitgliedstaaten verbliebene Münzregal ist *quantité négligeable*. Die in Euro bestehenden Forderungen richten sich weiterhin gegen den einzelnen Mitgliedstaat, für den sie

⁵⁰ Dazu Isensee (Fn. 46), S. 721 ff.

⁵¹ BVerfGE 67, 256 (288 f.); 72, 330 (388, 390). Vgl. Klaus Vogel, Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: HStR Bd. IV, ²1999, § 87 Rn. 121 ff.

⁵² Dazu Heinrich von Treitschke, Bundesstaat und Einheitsstaat (1864), in: ders., Historische und Politische Aufsätze, 2. Bd., ⁶1903, S. 75 (110).

gleichsam eine Fremdwährung verkörpern. Der *Währungsschnitt* ist ihm nunmehr versagt. Aber auch die Europäische Gemeinschaft wäre dazu nicht befugt, wenn man den Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung ernst nimmt. Im Ernstfall allerdings dürfte es ihr wohl nicht an beflissenen Vertragsinterpreten fehlen, die eine einschlägige implied power aus der hohlen Hand zögen oder eine Vertragsabrundungskompetenz nach effet utile aufdeckten.

Trotz Währungsunion verbleiben den Mitgliedstaaten zumindest faktische Möglichkeiten, durch ihre nationale Finanz- und Wirtschaftspolitik die Inflation zu fördern, die indirekt und unsichtbar bewirkt, daß sich ihre Schuldenlast wie die der privaten Schuldner mindert. Die Destabilisierung der Gemeinschaftswährung ist ein Thema des Europarechts. Die nationale Verfassung hat ihren Einfluß weitgehend verloren. Zwar sind die deutschen Mitglieder des Ministerrates an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden, doch diese Bindung wird überlagert von der Bindung an das Gemeinschaftsrecht.⁵³ Im übrigen war es schon vor Eintritt Deutschlands in die Währungsunion umstritten, ob und wie die Grundrechte des Grundgesetzes, zumal die Eigentumsgarantie, den Wert des Geldes gegen inflationäre Maßnahmen schützen.⁵⁴

b) Sanierung auf Kosten der Gläubiger: Selbsterlaß der Schulden

Von den hergebrachten Sanierungsinstrumenten verbleibt dem Schuldnerstaat wenigstens noch das eine, sich seiner Verbindlichkeiten durch hoheitliche Streichung zu entledigen, um seine Zahlungsfähigkeit wiederzuerlangen. Er stößt auf möglichen Widerstand in den Grundrechten, zumal der *Eigentumsgarantie*. Eigentum im grundrechtlichen Sinne umfaßt auch die vertraglichen Forderungen des Privaten gegen den Staat. Freilich schützt das Grundrecht den privaten Gläubiger nicht vor der wirtschaftlichen Entwertung seiner Forderung, wenn der Schuldner zahlungsunfähig wird. Doch hier geht es nicht lediglich um das Versagen des staatlichen Schuldners, sondern auch und wesentlich um einen Akt des staatlichen Gesetzgebers, der den rechtlichen Bestand der Forderung auf Kosten der Gläubiger verändert, durch Streichung, Abwertung, Stundung, Ersetzung. Die Gläubiger müßten Maßnahmen solcher Art hinnehmen, wenn die Verbindlichkeiten des Staates von vornherein unter einem ungeschriebenen Vorbehalt der Leistungsfähigkeit stünden. Doch ein solcher ist nicht aufweisbar.⁵⁵ Gäbe es ihn, so wären die staat-

⁵³ Dazu *Matthias Herdegen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und die Bindung deutscher Verfassungsorgane an das Grundgesetz, in: EuGRZ 1989, S. 309 (313); *ders.* (Fn. 47), Rn. 126 ff.

⁵⁴ Ablehnend BVerfG in: HFR 1969, S. 347; *Otto Depenheuer*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Das Bonner Grundgesetz, ⁴1999, Art. 14 Rn. 162. Anders *Hans-Jürgen Papier*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, Stand 2002, Art. 14 Rn. 187 f.

⁵⁵ Eingehende Widerlegung des angeblichen Vorbehalts *A. Leisner* (Fn. 18), S. 31 ff.

lichen Verbindlichkeiten bloß verkappte Naturalobligationen, den Spiel- und Wertschulden vergleichbar. Der Staat wäre als Schuldner konstitutionell unzuverlässig. Ein Vorbehalt der Leistungsfähigkeit kann auch nicht rückwirkend durch Gesetz bestehenden Schuldverhältnissen implantiert werden. Ein solcher Versuch könnte nicht als Bestimmung des Eigentumsinhalts qualifiziert werden, die das Grundgesetz an sich dem Gesetzgeber anheimgibt (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG). Denn der Inhalt des Schuldverhältnisses steht von Anfang an fest. Hier bleibt nichts mehr nachträglich zu regeln. – Im Ernstfall dürften die Apologeten der staatlichen Maßnahme das Argument der Solidarität einführen: die Gläubiger hätten im Staatsbankrott für ihren Schuldner einzustehen und Verzicht auf ihre Forderung zu leisten. Doch Solidarität besteht unter den durch das personale Band der Staatsangehörigkeit zum Volk geeinten Bürgern, nicht aber zwischen Gläubiger und Schuldner. Hier macht es keinen Unterschied, ob der Schuldner ein Privater ist oder der Fiskus. Der Gläubiger braucht nicht Staatsangehöriger zu sein; und wenn er es ist, so sind die Rollen des Gläubigers und des Bürgers zu unterscheiden. Das grundrechtliche Eigentum steht also nicht schon von seinem Inhalt her dem Sanierungseingriff offen.

Der Eingriff verträgt sich mit der Eigentumsgarantie nur unter der Bedingung, daß er unterhalb der Schwelle der Enteignung bleibt. Anderenfalls löst er die Pflicht zu angemessener Entschädigung aus, die den Sanierungserfolg von vornherein zunichte macht. Aus gleichem Grunde scheidet die Möglichkeit einer ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums aus.⁵⁶ Wenn es überhaupt einen grundrechtslegalen Weg gibt, so den über eine ausgleichsfreie Regelung der Eigentumsschranken durch Gesetz (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG). Doch die Sanierung bildet keine Schranke. Sie will nicht der Ausübung des Privateigentums Grenzen ziehen, um die Sozialbindung des Eigentums zu verwirklichen,⁵⁷ sondern um die grundrechtlichen Positionen des Eigentümers zu vernichten, damit der staatliche Schuldner, mittelbar die Allgemeinheit, ihre finanzielle Handlungsfähigkeit zurückgewinnt. Grundrechtsschranken dienen zum Ausgleich des Eigentums mit kollidierenden privaten und öffentlichen Interessen. Die Sanierung zielt nicht auf Ausgleich, sondern schonungslose Durchsetzung vitaler Allgemeininteressen. „Denn es ist besser, daß ein Mensch umkomme, als daß das ganze Volk verderbe“, das ist die brutal offene Erklärung, die im Jahre 1830 Zachariä mit einem Zitat aus der Passionsgeschichte gibt.⁵⁸ In der Tat ist hier nichts zu verharmlosen und zu bemängeln. Das liegt auch im Interesse des Grundrechts. Wer die Sanierung noch in das grundrechtliche Legalitätssystem einbauen möchte, müßte

⁵⁶ Dazu *Walter Leisner*, Eigentum, in: HStR Bd. VI, ²2001, § 149 Rn. 148 ff.; *Depenheuer* (Fn. 54), Art. 14 Rn. 241 ff., 258 ff.

⁵⁷ Zu deren Sinn *Walter Leisner*, Sozialbindung des Eigentums, 1972, S. 147 ff., 199 ff., 226 ff.

⁵⁸ *Karl Salomo Zachariä von Lingenthal*, Über das Schuldenwesen der Staaten im heutigen Europa, in: Karl Heinrich von Pöhlitz (Hg.), *Jahrbücher der Geschichte und Staatskunst*, Bd. 3 (1830), S. 193 (213).

es so weit verbiegen und überdehnen, daß es seine Konsistenz für immer verlöre und auch unter normalen Bedingungen keine Schutzwirkung mehr zeitigte.⁵⁹

Die ehrliche Antwort kann nur lauten, daß der Befreiungsschlag des Staatsbankrotts nicht mit der Eigentumsgarantie vereinbar ist. Wahrte das Eigentumsgrundrecht seine normative Stringenz, so wäre die Sanierung zur Lösung aus dem Staatsbankrott nicht möglich, dieser geriete also zum Dauerzustand. Soll sie aber möglich werden, so muß das Grundrecht mehr oder weniger weichen. Es handelt sich um eine Konfiskation, wie sie unter regulären Voraussetzungen nicht zulässig wäre.⁶⁰

V. Präterkonstitutionelles Notrecht des Staates

1. Staatsnotwendigkeit versus Rechtsgebundenheit

Der Widerspruch zwischen Staatsnotwendigkeit und Rechtsgebundenheit ist älter als das geltende Verfassungsrecht. Er wurde schon im 19. Jahrhundert ausgetragen, klarer und schroffer als er sich mit den Mitteln der Grundrechtsdogmatik darstellen ließe.⁶¹

Das eine Lager stellte ab auf die Souveränität des Staates, kraft deren er, wenn es die Notwendigkeit erheischt, sich über das Recht hinwegsetzen könne: Der Staat sei zu Staatsbankrotten jeder Art berechtigt, weil es entweder überhaupt kein Recht gebe, das darüber zu befinden habe, ob ein Rechtsbruch vorliege oder nicht, oder aber, weil bei Vorhandensein eines solchen Rechtes ihm die entscheidende Rechtsgrundlage – die schützende Macht – fehle. Im 1819 erschienenen „Lehrbuch des Naturrechts“ von Gustav Hugo heißt es, ein Nationalbankrott sei durchaus nicht widerrechtlich, und ob er unsittlich und unklug sei, das hänge gar sehr von den Umständen ab. „Man kann doch dem gegenwärtigen Geschlechte nicht zumuten, daß es allein für die Torheiten und Verschwendungen der vorhergehenden büßen soll, sonst würde am Ende das Land vor lauter öffentlichen Schulden gar nicht mehr bewohnt werden können.“⁶² Das Recht der Lebenden rebelliert gegen das Recht der Toten. Rechtsbruch gegenüber den Gläubigern rechtfertigt sich als das geringere Übel gemessen an der Schuldknechtschaft, die sonst auf dem ganzen Volke lasten würde. Dem Staat liege seine Selbsterhaltung näher als die Erhaltung

⁵⁹ Zum Ausfall des Grundrechtsschutzes für Regelungen zur Bewältigung außerordentlicher Lagen BVerfGE 53, 164 (175 ff.) – Nichtauszahlung von Renten.

⁶⁰ Zutreffend *Häsemeyer* (Fn. 24, S. 16 mit Fn. 44), der eine Ausnahme konzidiert für den Staatsbankrott. – Zum Tatbestand der Konfiskation *Werner Weber*, Eigentum und Enteignung, in: Franz L. Neumann / Hans Carl Nipperdey / Ulrich Scheuner (Hg.), Die Grundrechte, 2. Bd., 1954, S. 331 (365 ff.). Ein anderer Begriff bei *Papier* (Fn. 54), Art. 14 Rn. 660 f.

⁶¹ Darstellung der Staatshoheits- und der Vertragstheorie und Nachweise: *Lehmann* (Fn. 20), S. 67 ff.

⁶² *Gustav Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts, 1819, S. 551 f.

der Gläubigerrechte.⁶³ Zachariä brachte mit seinem blasphemischen Zitat die Doktrin auf den Punkt: „Denn es ist besser, daß ein Mensch umkomme . . .“⁶⁴

Die Gegenseite berief sich auf die Unverbrüchlichkeit des Rechts. Wenn der Staat privatrechtliche Verträge schließe, gelte auch für ihn das Gebot „pacta sunt servanda.“ Der Staat stehe als Schuldner dem Privaten gleich. Auch wenn man ihm ewige Existenz attestiere, so liege darin kein Grund, daß er sich einseitig aus seinen Verbindlichkeiten lösen könne, vielmehr ein Grund, erst recht daran festzuhalten, möge er sie auch erst zu einem späteren Zeitpunkt als vereinbart erfüllen.⁶⁵ In der Tat, so läßt sich ergänzen, wenn die schneidige Prämisse des bürgerlichen Schuldrechts „Geld muß man haben“ auf einen Schuldner zutrifft, dann auf den Staat. Paul Laband tadelte das Gaukelspiel, daß derselbe Staat als Gesetzgeber Recht schafft, das er als Fiskus bricht, und daß er als Fiskus Verbindlichkeiten eingeht, von denen er sich als Gesetzgeber souverän befreit.⁶⁶

Seine freiwillig übernommenen zivilrechtlichen Pflichten zu erfüllen, das lehrt ihn schon sein wohlverstandener Eigennutz. Denn falls er seine Verbindlichkeiten nicht einhält, so schadet er sich selbst und büßt seinen Kredit ein, den moralischen wie den ökonomischen, auf den auch er, gerade er, angewiesen ist.⁶⁷ Doch mit dem Kredit, so ein Einwand, sei es ohnehin nicht weit her. Das Risiko des Staatsbankrotts sei den Kreditgebern bekannt, den inländischen wie den ausländischen. Wer dem Staat Geld leihe, lasse sich auf eine Art Spekulationsgeschäft ein.⁶⁸ Im Streit der Theorien bleibt die Frage unentscheidbar, ob der Staat seinem Wesen nach ein schlechter oder ein guter Schuldner ist.

Die besseren juristischen Argumente sprechen für den Bestand der Forderungen. Doch die besten Argumente scheitern an dem rechtsblinden Faktum der Insolvenz des Staates. „Gesetz ist mächtig, mächtiger ist die Not“, heißt es im „Faust“. Zweimal gingen im 20. Jahrhundert die Gläubiger des Deutschen Reiches gegen die auf ihre Kosten vollzogene Sanierung an, nach der Währungsreform von 1923 und nach dem Zusammenbruch von 1945. Zweimal vergeblich. Das Reichsgericht wie das Bundesverfassungsgericht entschieden, daß die Rechte der Gläubiger der Sanierung der Staatsfinanzen nicht im Wege ständen.⁶⁹

⁶³ Leon Zeitlin, *Der Staat als Schuldner*, 1906, S. 87.

⁶⁴ Zachariä (Fn. 58), S. 213.

⁶⁵ Johann Baptist Hisgen, *Kurze Beleuchtung der Zachariä'schen Schrift über das Schuldenwesen der Staaten im heutigen Europa*, 1832, S. 19, 25 (zitiert nach Lehmann [Fn. 20]).

⁶⁶ Paul Laband, Rezension, in: AöR 23 (1908), S. 198 (201).

⁶⁷ Vgl. Hisgen (Fn. 65), S. 19.

⁶⁸ So Zeitlin (Fn. 63), S. 10; ders., *Theorie des Staatsbankrotts*, in: Plutus 1908, S. 997 (1998). Weit. Nachw. bei Alfred Manes, *Staatsbankrott*, 31922, S. 154 ff.

⁶⁹ Vgl. RGZ 118, 325 ff.; BVerfGE 9, 305 (306 ff.); 15, 126 (135 ff.); 19, 150 (159 ff.); 41, 126 (150 ff.); 53, 164 (172 ff.).

2. Der Staat hinter der Verfassung

Im Staatsbankrott reißt das Gewebe der Rechtsordnung auf, und der Staat in seiner Wirklichkeit und mit seinen vitalen Bedürfnissen tritt in Erscheinung. Die herrschende Staatslehre verdrängt ihn und blendet ihn aus. Sie hält sich allein an die Verfassung und deutet sie als selbsttragendes, geschlossenes System, in dem der Staat nicht mehr vorkommt: ein Staatsrecht ohne Staat. Die Entstaatlichung der Verfassung gilt ihr nicht nur als dogmatischer, sondern auch als moralischer Fortschritt, weil der Staat im Geruch steht, historisch belastet und historisch überholt zu sein.

Im Staatsbankrott aber zeigt sich, daß er in der Verfassung nicht aufgeht und daß er auch nicht durch diese ersetzt wird, daß er vielmehr deren Gegenstand wie deren Voraussetzung bildet. Mit seiner Zahlungsfähigkeit fällt eine *conditio sine qua non* der Verwirklichung des Rechts aus, weil die Leistungen, die der Staat zu diesem Zwecke zu erbringen hat, ihrerseits auf Finanzierung angewiesen sind.

Im Ernstfall des Staatsbankrotts tritt das fundamentale Staatsziel der Selbstbehauptung auf den Plan: „die Sorge dafür, daß der Staat da ist, daß sein Sein gesichert und daß er allen Lagen gewachsen ist.“⁷⁰ Um seine Existenz zu wahren, muß er die Lähmung seiner Finanzkraft überwinden und seine Handlungsfähigkeit zurückgewinnen. Vor dieser vorrechtlichen Notwendigkeit weichen die Rechte seiner Gläubiger. Ein juristischer Sieg über einen insolventen Staat würde diesen auch nichts nützen. Denn seine Solvenz ist die Bedingung der Möglichkeit, ihre Rechte zu verwirklichen. Wo nichts ist, hat auch der Bürger sein Recht verloren. Die Rechte, die innerhalb des staatlichen Systems begründet sind, hängen davon ab, daß das System als Ganzes bestehen und funktionsfähig bleibt. Sie können nicht gegen die Überlebensinteressen des Systems in Stellung gebracht werden. Die Metapher vom staatlichen Boot, in dem alle sitzen, drängt sich auf.

Der „Staat“ tritt hier nicht lediglich als juristische Person in Erscheinung, auch nicht allein als Herrschafts- und Leistungsapparat, sondern auch und wesentlich als die Einheit einer Menschengruppe, die sich um des Überlebens und des guten Lebens willen zu einer Gefahren- und Schicksalsgemeinschaft auf Dauer zusammengeschlossen hat. Dieses weite Verständnis des Staates schließt das „Volk“ ein und deckt auch die „Gesellschaft“ in ihren unterschiedlichen Bedeutungen mit ab.

Der Staat bildet eine unverrückbare Notwendigkeit, an der sich im Grenzfall die Rechte seiner Gläubiger brechen. Daher verbietet sich von vornherein die Insolvenzfolge der Liquidation.

⁷⁰ *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, ²1966, S. 711.

3. Die „Bankrottverfassung“ des Grundgesetzes

Der Staatsbankrott ist irregulär. Irregulär ist auch das typische Mittel zu seiner Überwindung, die einseitige Minderung der Verbindlichkeiten des Staates. Die Verfassung setzt seine Leistungsfähigkeit als selbstverständlich voraus. Sie sorgt nicht für den Fall der Insolvenz vor. Dem Verfassungsstaat, dem das Wasser bis zum Halse steht, bleibt nichts anderes übrig, als sich auf ein ungeschriebenes, präterkonstitutionelles Notrecht zu berufen, wenn er zum äußersten Rettungsmittel greift und seine Schulden abschüttelt.⁷¹

Daß es kein konstitutionelles Notrecht gibt, mag erstaunen. Denn die Deutschen sind traumatisiert durch die Erfahrung des zweifachen Staatsbankrotts im 20. Jahrhundert (den dritten, den der DDR, nicht mitgezählt) und empfindlicher als ihre europäischen Nachbarn auf Geldwertstabilität bedacht; nur schweren Herzens haben sie die Unabhängigkeit ihrer Notenbank, die gefeit ist gegen demokratische Versuchungen und Zumutungen, eingewechselt gegen die europäische Notenbank, die nicht auf entsprechendem Erfahrungsfundament gebaut ist. Das Fehlen einer „Bankrottverfassung“⁷² im Grundgesetz ist auch deshalb erstaunlich, weil geringfügige Abweichungen von der Normalität der Finanzverfassung, der Nothaushalt und die Haushaltsüberschreitung, geregelt worden sind (Art. 111 und 112 GG), nicht aber der worst case. Die perfektionistische Notstandsverfassung des Grundgesetzes ist darauf angelegt, den Ausnahmezustand aller Spielarten normativ zu erfassen und auch das Chaos noch rechtlich zu organisieren. Die Regelungen erstrecken sich vom Gesetzgebungsnotstand über die Tatbestände der Naturkatastrophe und des bewaffneten Aufstandes, des Spannungs- und Verteidigungsfalles bis zum Widerstandsfall. Der Staatsbankrott kann nicht minder verheerend ausfallen als die normierten Notstandsfälle. Die Möglichkeit seines Eintritts und die Notwendigkeit seiner Bewältigung werden ignoriert. Doch das verdient keinen Vorwurf. Eine einschlägige Regelung könnte von den Regierenden als Rückversicherung für leichtsinnige Haushaltspolitik oder als Einladung zu glimpflicher Entschuldung verstanden werden. Im übrigen läßt sich nur schwer vorab normieren, was im worst case, so er einträte, geboten sein könnte. Der Staatsbankrott läßt sich kaum nach Tatbestand und Rechtsfolge fassen. Problematisch ist bereits, zu definieren und zu erkennen, wann der Staatsbankrott eingetreten ist. Der Zeitpunkt läßt sich für das komplexe Gemeinwesen nicht mit jener relativen Klarheit bestimmen

⁷¹ Für *Peter Selmer* handelt es sich bei der „extremen“ Haushaltsnotlage eines Landes um „eine spezifische Ausprägung des inneren Staatsnotstandes“ (Grundsätze der Finanzverfassung des vereinten Deutschlands, in: VVDStRL 52 (1993), S. 10 (29 ff., 57 f.). Dazu näher u. VI. 1.). Das Notstandsargument erscheint im Zusammenhang mit dem Staatsbankrott bei *Manes* (Fn. 68), S. 174; *Kratzmann* (Fn. 25), S. 322. Allgemein zu ungeschriebenen Notrechten des Staates *Josef Isensee*, Normalfall oder Grenzfall als Ausgangspunkt rechtsphilosophischer Konstruktion?, in: Winfried Brugger/Görg Haverkate (Hg.), Grenzen als Thema der Rechts- und Staatsphilosophie, 2002, S. 51 (70 ff.).

⁷² Ausdruck von *Kratzmann* (Fn. 25), S. 323 – mit einem Formulierungsvorschlag für eine solche S. 324 f.

wie für das insolvente Unternehmen. Es handelt sich um eine politische Entscheidung. Frei nach Carl Schmitt: souverän ist, wer über den Staatsbankrott entscheidet.

Welche Vorgaben enthält das Grundgesetz für den Ernstfall? Es gilt die generelle Notmaxime: wenn der Staat in seiner Handlungsfähigkeit beschränkt und daher nicht in der Lage ist, den Forderungen der Verfassung zu genügen, hat er Lösungen zu wählen, die sich so nahe wie möglich an der Verfassung halten („näher zum Grundgesetz“). Ein Leitbild könnte die Übergangsvorschrift nach dem Beitritt der DDR abgeben, daß Recht von den Bestimmungen des Grundgesetzes abweichen kann, „soweit und solange infolge der unterschiedlichen Verhältnisse die völlige Anpassung an die grundgesetzliche Ordnung noch nicht erreicht werden kann“ (Art. 143 Abs. 1 S. 1 GG).⁷³

In den Überleitungsbestimmungen des Grundgesetzes, die auf die Erblast des Deutschen Reiches und auf die der DDR bezogen sind (Art. 134, 135a GG), findet sich so etwas wie das Modell einer „Bankrottverfassung“. Diese wahrt die reguläre Kompetenz- und Verfahrensordnung, lockert aber die inhaltlichen Vorgaben.

- Die Regelung erfolgt durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates (Art. 134 Abs. 4 GG). Der Umstand, daß der Gesetzgeber in eigener Sache entschiede, wäre unbedenklich, weil ohnehin keine andere Entscheidungsinstanz bereitstünde.⁷⁴
- Vorgegebenes Ziel des staatlichen Handelns ist, die Normalität der Handlungs- und Leistungsfähigkeit wieder herzustellen.
- Der Gesetzgeber entscheidet über die Maßnahmen, die zur Sanierung geeignet und notwendig sind. Zu diesem Zweck kann er bestimmen, daß Verbindlichkeiten nicht oder nicht in voller Höhe zu erfüllen sind (Art. 135a Abs. 1 GG). Das gilt auch für die Verbindlichkeiten des öffentlichen Dienstes, nicht nur die der Beamten, sondern auch die des Tarifpersonals.
- Bei allen Entscheidungen über Quoten und Rangfolgen, bei der Berücksichtigung sozialer Belange ist der Gleichheitssatz zu beachten.⁷⁵

VI. Insolvenz staatlicher Subsysteme

1. Bund und Länder

Der „Staat“, von dem bisher die Rede war, wurde betrachtet als Ganzheit, ohne Rücksicht auf seine bundesstaatliche Ausdifferenzierung. Die Gründe, die für die Insolvenzunfähigkeit sprechen, treffen in vollem Umfang nur auf den Bund zu. Er

⁷³ Dazu *Josef Isensee*, Rechtsstaat – Vorgabe und Aufgabe der Einung Deutschlands, in: HStR Bd. IX, 1997, § 202 Rn. 183 ff.

⁷⁴ BVerfGE 15, 126 (145); 19, 150 (163).

⁷⁵ Richtungsweisend BVerfGE 53, 164 (177 f.).

ist der Garant der gesamtstaatlichen Einheit, der Inhaber der wesentlichen wirtschaftlichen Zuständigkeiten, die dem EU-integrierten Deutschland noch verblieben sind, vor allem auch Inhaber der Kompetenzkompetenz. Der Bund trägt das volle Risiko des Staatsbankrotts. Davon entlastet ihn nicht die Europäische Gemeinschaft, auch nicht die Europäische Zentralbank. Freilich liegt es in der Konsequenz der Entwicklung, die durch die Europäische Währungsunion eingeleitet worden ist, daß sich die Europäische Gemeinschaft zu einer Solidargemeinschaft entwickelt, in der die Gesamtheit für den einzelnen Mitgliedstaat, dieser für die Gesamtheit einsteht.

Die Insolvenzordnung behandelt Bund und Länder gleich. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird für alle ausgeschlossen (§ 12 Abs. 1 InsO).⁷⁶ Hier wie dort handelt es sich um Staaten, wenn auch die Länder nicht im Sinne des Völkerrechts Staaten sind, sondern lediglich im Sinne der Verfassung. Die Gründe der Insolvenzunfähigkeit sind hier wie da nicht konkursrechtlicher, sondern staatsrechtlicher Natur.⁷⁷ Die staatsrechtliche Stellung der Länder aber unterscheidet sich von der des Bundes. Dieser ist insolvenzunfähig, weil er das volle Risiko der staatlichen Existenz trägt, die Länder aber sind es, weil der Bund ihnen das Risiko abnimmt. Die Möglichkeit der separaten Insolvenz eines Landes entfällt. Wenn Insolvenz eintritt, dann nur für den Gesamtstaat in allen seinen Gliedern. Die Länder sind Staaten ohne Ernstfall.

Wenn ein Land zahlungsunfähig werden sollte, eine Gefahr, die seit langem für Bremen, das Saarland, Berlin in greifbare Nähe gerückt ist, tritt die gesamtstaatliche Solidargemeinschaft, der Bund mit den übrigen Ländern, ein über den Finanzausgleich.⁷⁸ Sie bleibt nicht untätig, weil der Ausfall eines Gliedes auf den ganzen föderalen Organismus zurückwirkt und die kompetenzteilige, gleichwohl gemeinsame Verantwortung für das Gemeinwohl, nicht zuletzt unter dem Aspekt des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, beeinträchtigt. Sie kann den Bankrott eines Landes noch nicht einmal in dem Falle hinnehmen, daß er die Folge von Leichtsinn und Verschwendung ist. Die Bundesverfassung gewährleistet jedem Land das Existenzrecht, es sei denn, daß eine Neugliederung unter den anspruchsvollen (und kaum praktikablen) Bedingungen des Art. 29 GG erfolgte. Wenn sie dem einzelnen Gliedstaat die weitgehende Gewähr der Dauer bietet, muß sie auch die finanziellen Bedingungen der Lebensfähigkeit und der aufgabengerechten Handlungsfähigkeit über den Finanzausgleich garantieren.⁷⁹ Eine Neugliederungspflicht, die das Grundgesetz anfänglich statuiert hatte, ist aufgehoben, so daß sich

⁷⁶ Schon unter der Konkursordnung von 1873 galten die Länder als konkursunfähig. Vgl. *Georg Kuhn/Wilhelm Uhlenbruck*, Konkursordnung, ¹⁰1986, § 213 Rn. 2.

⁷⁷ Dazu *Josef Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: *HStR* Bd. IV, ²1999, § 98 Rn. 150.

⁷⁸ Vgl. *BVerfGE* 86, 148 (264); *Isensee* (Fn. 77), § 98 Rn. 146 ff., 150; *Selmer* (Fn. 71), S. 29 ff., 57 f.

⁷⁹ Vgl. *BVerfGE* 72, 330 (386 f., 397 f.).

die These des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1952 erledigt hat, daß der Finanzausgleich mit Rücksicht auf Art. 29 GG nicht zu dem Ergebnis führen dürfe, lebensunfähige Länder künstlich am Leben zu halten.⁸⁰ Das bündische Prinzip, so Peter Selmer, verlangt unter Umständen vom Bund und von den Bundesgenossen die Daueralimentation. Das gelte zunächst auch de constitutione ferenda: „Wie es nicht primäres Ziel der Neugliederung sein kann, den Finanzausgleich zu entlasten, so soll nicht seinerseits der Finanzausgleich eine Neugliederung erzwingen wollen.“⁸¹

Das Bundesverfassungsgericht hat den insolvenz-nahen Tatbestand der „extremen“ Haushaltsnotlage eines Landes herausgearbeitet, die seine Fähigkeit zur Erfüllung der ihm von der Verfassung zugewiesenen Aufgaben in Frage stellt und aus der es sich aus eigener Kraft nicht befreien kann. In dieser Lage sind alle anderen Glieder der bundesstaatlichen Gemeinschaft aufgrund des bundesstaatlichen Prinzips, einig in dem Verfassungsziel des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, verpflichtet, „dem betroffenen Glied mit dem Ziel der haushaltswirtschaftlichen Stabilisierung auf der Grundlage konzeptionell aufeinander abgestimmter Maßnahmen Hilfe zu leisten, damit es wieder zur Wahrnehmung seiner politischen Autonomie und zur Beachtung seiner verfassungsrechtlichen Verpflichtungen befähigt wird“.⁸² Der Pflicht zur Hilfeleistung korrespondieren keine Regelungs- und Eingriffsbefugnisse der Helfer. Von der Aufgabe kann nicht auf Befugnisse geschlossen werden.⁸³ Für diese gilt der Vorbehalt der Verfassung. Doch kann die Solidarpflicht je nach den Umständen, unter denen sie sich aktualisiert, die Ausübung der bestehenden Befugnisse (wie die Haushaltsgrundsatzgesetzgebung, Gemeinschaftsaufgaben, Investitionshilfen) nach Grund und Umfang steuern.⁸⁴ Insbesondere können in der „extremen“ Haushaltsnotlage Bundesergänzungszuweisungen nach Art. 107 Abs. 2 S. 3 GG auch in einem über das normale Maß hinausgehenden Umfang für notstandsbedingten Sonderbedarf geleistet werden, wenn sie im Rahmen eines Programms zur Haushaltssanierung geeignet sind, zur Behebung der Haushaltsnotlage beizutragen.⁸⁵ Bescheidener politischer Spielraum bleibt in der Dosierung der Ausgleichsmaßnahmen. Wirkliche Ingerenzrechte aber sind den Geberländern versagt. Der Staatscharakter des betroffenen Landes steht Erziehungs-, Besserungs- und Strafmaßnahmen im Wege. Die Gefahr bleibt, daß mit der Beseitigung des finanziellen Risikos auch der Anreiz zur Haushaltsdisziplin endet und sich alle Länder auf dem niedrigsten Niveau schuldenmacherischer Grenzmoral treffen. Hier zeigen sich Gründe für eine Änderung der Finanzverfassung. Sie sollte die „extreme Haushaltsnotlage“ tatbestandlich fassen, die Solidar-

⁸⁰ BVerfGE 1, 117 (134). Dazu aus heutiger Sicht *Selmer* (Fn. 71), S. 60 f.

⁸¹ *Selmer* (Fn. 71), S. 61.

⁸² BVerfGE 86, 148 (264 f.).

⁸³ BVerfGE 86, 148 (265).

⁸⁴ BVerfGE 86, 148 (267 f.).

⁸⁵ BVerfGE 86, 148 (268 ff.); *Selmer* (Fn. 71), S. 57.

verpflichtungen des Bundes und der Geberländer sowie die Obliegenheiten des betroffenen Landes festlegen, nicht zuletzt ein subsidiäres Eingriffsrecht des Bundes als „Sparkommissar“ in die Haushaltsautonomie dieses Landes vorsehen.⁸⁶

Die Insolvenzunfähigkeit der Gliedstaaten ist kein Naturgesetz. In den Vereinigten Staaten wurde ein Insolvenzverfahren entwickelt, das auf Gliedstaaten anwendbar ist und ihre Handlungsfähigkeit weitgehend schont.⁸⁷

2. Verwaltungstrabanten

a) Rechtliche Freistellung vom Insolvenzverfahren und ihre Rechtfertigung

Die Freistellung vom Insolvenzverfahren beschränkt sich nicht auf die Träger unmittelbarer Staatsgewalt. Sie erstreckt sich auch auf einzelne ihrer Verwaltungstrabanten. Der Bundesgesetzgeber hat als Ausnahme der von ihm aufgestellten Regel, daß juristische Personen insolvenzfähig sind, ausdrücklich einzelne juristische Personen des öffentlichen Rechts durch *leges speciales* für insolvenzunfähig erklärt: so die Handwerksinnungen und Kreishandwerkerschaften, die Deutsche Genossenschaftsbank, die Deutsche Girozentrale und andere Banken.⁸⁸ Einschlußweise gilt das auch für solche Rechtsträger, die nur durch Gesetz (also nicht durch Liquidation aufgrund Gesetzes) aufgelöst werden können, wie die Deutsche Bundesbank, die Landeszentralbanken, die Kreditanstalt für Wiederaufbau.⁸⁹ Für die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht eines Landes unterstehen, kann das Landesrecht das Insolvenzverfahren über das Vermögen ausschließen, so die ausdrückliche Ermächtigung in § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Dieser Ausschluß ist für Gemeinden und Gemeindeverbände erfolgt.⁹⁰ Entsprechende Regelungen finden sich auch für andere Einrichtungen, zumal für Träger funktionaler Selbstverwaltung wie Ärzte- und Handwerkskammern, Industrie- und Handelskammern, ferner für Landesbanken und Sparkassen.⁹¹

Es gibt ein finanzielles Motiv für Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts, sich die Insolvenzunfähigkeit attestieren zu lassen: den Umlagen für das

⁸⁶ Selmer (Fn. 71), S. 57 f.

⁸⁷ Zum Chapter 9“-Verfahren Paulus (Fn. 24), S. 727. Vgl. auch die Fälle bei Kratzmann (Fn. 25), S. 321 f.

⁸⁸ Aufzählung bei Ott (Fn. 29), § 12 Rn. 12. – Zu dem speziellen Problem, ob gemäß § 12 Abs. 1 InsO auch nicht rechtsfähige, abgesonderte Vermögensmassen erfaßt werden: Gundlach (Fn. 41), S. 815 ff.

⁸⁹ Ott (Fn. 29), § 12 Rn. 13.

⁹⁰ Für Nordrhein-Westfalen in § 125 Abs. 2 GO, § 57 Abs. 3 KrO, § 29 Abs. 2 Landschaftsverbandsordnung, § 28 Abs. 3 Reichsgebietsgesetz, § 29 Abs. 3 Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit. Allgemein Lehmann (Fn. 20), S. 91 ff. (Nachw.).

⁹¹ Beispiele Ott (Fn. 29), § 12 Rn. 17. Dazu näher Lehmann (Fn. 20), S. 119 ff., 145 ff., 160 ff.

Konkursausfallgeld zu entgehen.⁹² An dieser Abgabe entzündeten sich Rechtsstreitigkeiten, die auf das grundsätzliche Problem übergreifen, ob und unter welchen Bedingungen eine juristische Person des öffentlichen Rechts dem Insolvenzverfahren entzogen sei.⁹³ Die Insolvenzunfähigkeit läßt sich für rechtlich verselbständigte Verwaltungsträger rechtfertigen, deren Muttergemeinwesen verpflichtet ist, die Funktionsfähigkeit seines Verwaltungstrabanten dauerhaft sicherzustellen und im Falle der Gefahr finanzielle Zuwendungen zu leisten (Anstaltslast) und den Benutzern gegenüber eine Ausfallbürgschaft zu tragen (Gewährträgerhaftung).⁹⁴ Diese Garantenstellung ist Voraussetzung, nicht Folge der Insolvenzunfähigkeit. Das wird bestätigt durch die Vorschrift des § 12 Abs. 2 InsO, die den Arbeitnehmern der insolvenzunfähigen Einrichtungen einen Anspruch gegen das Land auf jene Leistungen gibt, die sie in einem Konkursverfahren vom Arbeitsamt oder vom Pensions-Sicherungsverein erhalten hätten.⁹⁵ Wenn der Staat aber einem Träger mittelbarer Verwaltung das Insolvenzrisiko abgenommen hat, ist die Insolvenzunfähigkeit faktisch hergestellt, gleich, ob sie eigens im Gesetz vorgesehen ist oder nicht. So besteht nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts kein Bedürfnis für ein Insolvenzverfahren über öffentlichrechtliche Rundfunkanstalten, weil die Länder – a conto der von ihnen zu prästierenden Grundversorgung – die Gewährleistungs- und Einstandspflicht treffe.⁹⁶ Entsprechend ließe sich für die öffentlichrechtlichen Kreditinstitute argumentieren, vor allem für die Landesbanken und Sparkassen: Anstaltslast und Gewährträgerschaft ziehen die Konkursunfähigkeit effektiv nach sich.

Nun stellt sich aber die Frage, weshalb Bund oder Land einzelnen seiner Verwaltungstrabanten und deren Benutzern das Risiko der Zahlungsunfähigkeit abnimmt und diesen so einen Vorteil gegenüber ihren Konkurrenten verschafft, die das normale Insolvenzrisiko tragen. Die privaten Konkurrenten können sich auf ihre Grundrechte berufen, zumal auf die Freiheit der Berufsausübung, die das Subsidiaritätsprinzip konkretisiert und die Teilhabe der öffentlichen Hand unter

⁹² Sie wurden in den siebziger Jahren eingeführt für die Sicherung der Lohnansprüche bei Insolvenz des Arbeitgebers (§§ 141a–n, 186b–d AFG – nunmehr §§ 358 ff. SGB III) und zur Sicherung der Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung nach dem Betriebsrentengesetz. Dazu eingehend *Lehmann* (Fn. 20), S. 29 ff.

⁹³ Vgl. etwa die Ausgangsverfahren in BVerfGE 60, 135 ff. – Landesverband der Betriebskrankenkassen ./.. Pensionssicherungsverein als Träger der Insolvenzversicherung; BVerfGE 65, 359 ff. – Hessische Landesärztekammer ./.. Berufsgenossenschaft für Wohlfahrtspflege und Gesundheitsdienst; BVerfGE 66, 1 ff. – Bistum Rottenburg-Stuttgart ./.. Verwaltungsberufsgenossenschaft; BVerfGE 89, 144 ff. – Süddeutscher Rundfunk ./.. Verwaltungsberufsgenossenschaft.

⁹⁴ Zu den Prämissen mit Nachw. *Winfried Kluth*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung öffentlicher Kreditinstitute angesichts des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbots, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2002/I, 2003, S. 111 (116 ff.).

⁹⁵ Zutreffend *Christian Koenig*, Insolvenzunfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts – ein Beihilfetatbestand nach Art. 87 Abs. 1 EG?, in: BB 58 (2003), Heft 10, S. 1.

⁹⁶ BVerfGE 89, 144 (154).

Rechtfertigungszwang setzt.⁹⁷ Der Rechtfertigungszwang verschärft sich, wenn die öffentliche Einrichtung als Zugabe zu ihrer an sich bereits grundrechtlich prekären Aktivität noch das Konkursprivileg erhält. Schon der nominelle Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts kann einen Wettbewerbsvorteil bringen, weil er den Nimbus staatlicher Förderung und Gewährträgerschaft erzeugt.⁹⁸

Die Rechtfertigung, so es sie gibt, folgt aus der jeweils wahrgenommenen öffentlichen Aufgabe, die der Art, dem Umfang und dem Niveau nach von den Privaten nicht erfüllt und die von der Verwaltung ohne die Wettbewerbsvorteile nicht sichergestellt werden könnte. Doch das Argument leidet daran, daß die Aufgaben durchwegs auch von privatrechtlich organisierten Verwaltungstrabanten wahrgenommen werden können, diese aber der Insolvenzordnung unterliegen. Gleichwohl müßte im Falle der Insolvenz die Wahrnehmung der Aufgabe weiterhin gewährleistet bleiben.⁹⁹

Das Bundesverfassungsgericht versucht eine Rechtfertigung mit Hilfe seiner Doktrin, daß den öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten – auch in der dualen Rundfunkordnung – die unerläßliche Grundversorgung der Bevölkerung mit einem binnenpluralistischen Programm obliege.¹⁰⁰ Im Ergebnis folgt aus der Grundversorgungsdoktrin eine Bestandsgarantie der bestehenden Anstalten – eine Konsequenz, die das Bundesverwaltungsgericht zu Recht ablehnt.¹⁰¹ In der Tat ist die Prämisse verfassungsrechtlich unhaltbar: eine Lebenslüge der Rundfunkmonopolisten. – Mit analogen Rechtfertigungstheoremen versuchen die öffentlichrechtlichen Kreditinstitute ihre Privilegien gegenüber den privaten Konkurrenten zu verteidigen.¹⁰² Die politische Klasse glaubt ihnen allzu gerne, sind Landesbanken und Sparkassen doch die fleißigen Rohstofflieferanten für den Filz auf allen staatlichen Ebenen; sie bilden das Pfründen-Eldorado für abgehalfterte Parteipolitiker.

⁹⁷ Näher *Isensee* (Fn. 39), § 57 Rn. 165 ff. (169); *ders.*, Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen, in: Peter Blickle / Thomas O. Hüglin / Dieter Wyduckel (Hg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft, 2002, S. 129 (162 ff.).

⁹⁸ Dieser Nimbus erschloß dem Deutschen Orden, der, zunächst nur eingetragener Verein, im Jahre 1998 aufgrund einer Entscheidung des bayerischen Kultusministeriums den (mehr dekorativ als funktionell gemeinten) Status der Körperschaft des öffentlichen Rechts erhielt, erhöhte Kreditwürdigkeit bei den Banken, welche die leichtsinnigen und unbedarften Ordensmanager zu abenteuerlichen Unternehmungen verführte und den Orden in die Insolvenz mit nachhaltigem Schaden für seine Reputation stürzte. Bericht: *Albert Schäffer*, Atemberaubend abgestürzt, in: FAZ v. 25. 6. 2003, Nr. 144, S. 4.

⁹⁹ Vgl. *Markus Heintzen*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62 (2003), S. 220 (250 Anm. 151).

¹⁰⁰ BVerfGE 89, 144 (153). – Vgl. auch *Fritz Ossenhühl*, Rundfunkfreiheit und Finanzautonomie des Deutschlandfunks, 1969, S. 14 ff.; *Herbert Bethge*, Die Zulässigkeit der zeitlichen Beschränkung der Hörfunkwerbung im WDR, 1992, S. 20 f., 61 ff.

¹⁰¹ BVerwGE 75, 318 ff.

¹⁰² Dazu mit Nachw. *Lehmann* (Fn. 20), S. 119 ff.

b) Das Beihilfeverbot nach Art. 87 ff. EG

Die verfassungsrechtlichen Garantien der Wettbewerbsgleichheit und Subsidiarität haben bisher nicht gegriffen. Dafür aber das europarechtliche Beihilfeverbot. Die EG-Kommission hat eine Wende eingeleitet: Staatliche Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften verzerrten den Wettbewerb. Sie fielen generell in den Anwendungsbereich des Beihilferechts, wenn keine marktgerechte Prämie gezahlt und der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werde.¹⁰³ „Als Beihilfe in Form einer Garantie betrachtet die Kommission auch die günstigeren Finanzierungsbedingungen für Unternehmen, deren Rechtsform einen Konkurs oder andere Zahlungsunfähigkeitsverfahren ausschließt oder dem Unternehmen eine ausdrückliche staatliche Garantie oder Verlustübernahme durch den Staat verschafft.“¹⁰⁴ In der „Brüsseler Verständigung“ vom 17. 7. 2001 haben sich Vertreter der Europäischen Kommission auf der einen Seite und Vertreter des Bundes und der Länder auf der anderen darauf geeinigt, daß die Gewährträgerschaft abgeschafft und die Anstaltslast durch ein marktkonformes Modell ersetzt wird, daß die öffentlichen Kreditinstitute „den gleichen Regeln für den Insolvenzfall wie private Kreditinstitute unterworfen“ und ihre Gläubiger denen privater Kreditinstitute gleichgestellt werden.¹⁰⁵ Nach einer Übergangsfrist dürfte sich daher das verfassungs- und europarechtliche Skandalon bei Landesbanken und Sparkassen erledigen.

c) Öffentlichrechtliche Rundfunkmonopole

Bislang hat diese Entwicklung das Insolvenzprivileg der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten noch nicht berührt. Zu deren Rechtfertigung führt das Bundesverfassungsgericht an, daß ihre Leistungen unvertretbar seien. Im Falle des Konkurses könne der Konkursverwalter kraft seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis Einfluß nehmen auf die Programmgestaltung; die binnenpluralistische Struktur der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten könne empfindlich gestört werden.¹⁰⁶ Das Gericht greift hier einen Gedanken auf, mit dem es in einer früheren Entscheidung die Konkursunfähigkeit der Kirchen begründet hatte: der Konkursverwalter würde in innerkirchliche Beziehungen eingreifen. Angesichts seines

¹⁰³ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, in: Amtsblatt der EG vom 11. 3. 2000, C 71/14 (15), 2.1.1, 2.1.2. Darstellung des langjährigen Streits und kritische Analyse: *Kluth* (Fn. 94), S. 111 ff. (118 ff.), mit weiteren Materialien als Anhang S. 143 ff.

¹⁰⁴ KOM (Fn. 102), 2.1.3, C 71/15. Für *Koenig* ist die Insolvenzunfähigkeit als solche noch keine Beihilfe (Fn. 95), S. 1.

¹⁰⁵ Text: Anhang 5 zu *Kluth* (Fn. 94), S. 153. Analyse der Verständigung: *Michael Brenner*, Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und ihren öffentlichen Unternehmen, in: *Bitburger Gespräche*, Jahrbuch 2002/I, 2003, S. 91 (101 ff.).

¹⁰⁶ BVerfGE 89, 144 (153 f.).

Rechts zur Einflußnahme und Öffnung der Posteingänge würde eine vertrauliche Kommunikation zwischen den Amtsträgern der Kirche und ihren Mitgliedern, die wesentlicher Teil der Religionsausübung sei, nahezu unmöglich. Die Tätigkeit des Konkursverwalters aber auf die rein vermögensrechtliche Seite zu beschränken, wäre konkursrechtlich bedenklich, praktisch auch kaum durchführbar. Einer Kirche müßten, damit sie ihrem verfassungsrechtlich geschützten Auftrag nachkommen könne, im Konkurs von vornherein weite Teile ihres Vermögens belassen werden, und zwar nicht nur die eigentlichen Kultgegenstände (*res sacrae*), sondern auch alle Mittel, die für ihre Tätigkeit insgesamt unentbehrlich seien (*res circa sacra*). So stünde bei vielen Körperschaften nur ein kleiner Teil des Vermögens für die Verwertung im Interesse der Gläubiger zur Verfügung.¹⁰⁷ Die Argumente zum Status der Kirchen dürfen dahinstehen.¹⁰⁸ Sie sind institutionell vom Staat getrennt. Dieser gewährleistet nicht ihre Zahlungsfähigkeit. Ihm ist der Bereich des Religiösen schlechthin versperrt. Das aber gilt nicht für die Aufgaben der Medien in ihren politischen, kulturellen und wirtschaftlichen Dimensionen, für Information, öffentliche Meinung, Unterhaltung. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind, obwohl staatsfrei, ihrer Programmgestaltung, ihrer Organisation nach Geschöpfe und Trabanten des Staates, als solche freilich eigentlich nur Notlösungen für die Ausübung grundrechtlicher Freiheit, deren eigentlicher Lebensraum der gesellschaftliche Wettbewerb ist. Die ursprüngliche Rechtfertigung der staatlichen Monopole als Treuhänder grundrechtlicher Freiheit¹⁰⁹ wird fadenscheiniger mit jedem Jahr, in dem die technischen Möglichkeiten der Medien sich ausdehnen und der (Außen-)Pluralismus der Träger wächst. Wenn den Monopolisten der finanzielle Atem ausgeht, stehen zahlreiche Wettbewerber bereit, sie unter Marktbedingungen zu ersetzen. Die öffentlich-rechtlichen Anbieter sind schon deshalb nicht unersetzlich, weil sie sich – ihrer Präention zum Trotz, daß sie soziales höheres Programmqualität garantierten – den privaten Konkurrenten weithin angepaßt haben, die ihrerseits durch gesetzliche Auflagen zur Rücksichtnahme auf öffentliche Belange gehalten sind. Immer kräftiger meldet sich nun die grundrechtliche Regel zu Wort, daß unter den Bedingungen grundrechtlicher Freiheit die Medien nicht dem Wettbewerb entzogen werden dürfen und daß dem Wettbewerb das für das Gesamtsystem heilsame Risiko der Insolvenz und die Anwendbarkeit des gesetzlichen Insolvenzverfahrens korrespondieren.

¹⁰⁷ BVerfGE 66, 1 (23).

¹⁰⁸ Kritisch *Claus Dieter Classen*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung, 2003, S. 173 ff.

¹⁰⁹ Plausibel BVerfGE 12, 205 (259 ff.). Dazu *Fritz Ossenbühl*, Rundfunk zwischen Staat und Gesellschaft, 1975, S. 7 ff., 30 ff.; *Herbert Bethge*, Der verfassungsrechtliche Standort des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 1987, S. 24 ff.

d) Kommunale Gebietskörperschaften

Außerhalb des Marktwettbewerbs stehen die kommunalen Gebietskörperschaften. Sie sind unersetzliche Bestandteile des Staatsgefüges. Ihr Daseins- und Wirkungsrecht schließt die Möglichkeit einer Liquidation aus. Ihr Insolvenzrisiko wird von der Solidargemeinschaft des Bundeslandes aufgefangen, dem sie angehören. – Jedoch ist der Bankrott von Gemeinden nicht lediglich theoretische Möglichkeit, sondern historische Erfahrung. Beispiele bilden der Konkurs der preußischen Stadt Halle im Jahre 1717, der Konkurs der (ost-)preußischen Stadt Arys 1929 und im selben Jahr der Konkurs der sächsischen Stadt Glashütte.¹¹⁰ Nach heutigem Recht wird der Fall des Kommunalbankrotts nicht von der Insolvenzordnung erfaßt, sondern vom Kommunalrecht des jeweiligen Landes. Dem staatlichen Träger der Kommunalaufsicht kommen weitreichende Ingerenzbefugnisse zu. Die Bundes- wie die Landesverfassung stehen diesen nicht schlechthin entgegen, weil den Gemeinden und Gemeindeverbänden der Staatscharakter abgeht. Allerdings müssen die Befugnisse dem Vorbehalt des Gesetzes und der institutionellen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung gemäß den Verfassungen beider Staatsebenen Genüge tun. Daraus folgt, daß sie am Übermaßverbot zu messen sind.¹¹¹ Daß sich die Insolvenzunfähigkeit von Trägern der funktionellen (sozialen oder beruflichen) Selbstverwaltung mit analogen Gründen rechtfertigen läßt, ist denkbar.¹¹²

In der Staatspraxis gerät die Insolvenz einer jeden öffentlichen Einrichtung, wie immer ihr rechtlicher Status ist, zum Politikum, übrigens auch die Insolvenz eines jeden Privatunternehmens von Bedeutung. Immer entsteht politischer Druck auf den Staat, seine schützende Hand über den Insolvenzschuldner zu halten, um die Arbeitsplätze zu sichern, den örtlichen Lebensstandard zu stützen, die regionale oder nationale Wirtschaftsstruktur zu halten. Das aber ist ein politisches Thema, das auf anderer Ebene liegt als das rechtliche der Insolvenzunfähigkeit des Staates.

VII. Auslandsschulden

Bei privaten Insolvenzen im Inland oder im Ausland verschafft sich zunehmend das Universalitätsprinzip Geltung, nach dem das Insolvenzverfahren auch Tatbestände im Ausland erfaßt und sich auf das Auslandsvermögen des Schuldners erstreckt, während ein ausländisches Insolvenzverfahren auch Wirkungen im Inland zeitigt.¹¹³ Der Staatsbankrott aber bleibt ausgenommen. Das ist eine Folge seiner Insolvenzunfähigkeit.

¹¹⁰ Dazu *Ernst Winckler*, Der Konkurs der Stadt Glashütte in Sachsen im Lichte des Urteils des sächsischen Obergerichts, in: Bank-Archiv XXIX (1929/30), S. 402 ff. Historische Beispiele und Nachweise bei *Lehmann* (Fn. 20), S. 92 ff.

¹¹¹ Näher *Stoll* (Fn. 20), S. 538 ff.; *Lehmann* (Fn. 20), S. 101 ff.

¹¹² Zum Landesverband für die Betriebskrankenkassen BVerfGE 60, 135 (158).

¹¹³ Dazu *Häsemeyer* (Fn. 24), S. 125, 761 ff.

1. Private Gläubiger im Ausland

Wenn ein Staat Zins- und Tilgungsleistungen einstellt, sind seine privaten Gläubiger grundsätzlich nicht gehindert, ihre Forderungen nach Maßgabe des internationalen Privatrechts im Ausland gerichtlich geltend zu machen.¹¹⁴ Da eine Gesamtvollstreckung ausscheidet, verbleibt nur die Möglichkeit der Einzelvollstreckung im Ausland. Diese wird nicht von vornherein durch das Völkerrecht ausgeschlossen. Aus deutscher Sicht existiert kein allgemeiner Grundsatz des Völkerrechts, der gemäß Art. 25 S. 1 GG Bestandteil des Bundesrechts wäre, daß die (Einzel-)Zwangsvollstreckung in Vermögen ausländischer Staaten, das sich in Deutschland befindet, schlechthin unstatthaft sei.¹¹⁵ Hier muß freilich differenziert werden. Die Staatenimmunität verbietet den Gerichten, über hoheitliche Akte eines fremden Staates (*acta iure imperii*) zu judizieren.¹¹⁶ Von vornherein ausgeschlossen ist die Zwangsvollstreckung in Vermögen, das der Erfüllung hoheitlicher Zwecke gewidmet ist, auch dann, wenn der Vollstreckungstitel sich auf nicht-hoheitliches Handeln (*acta iure gestionis*) bezieht. Nach diesen Maßgaben hielt das Bundesverfassungsgericht die Pfändung eines Bankkontos der philippinischen Botschaft, von dem die Ausgaben und Kosten der Botschaft bestritten werden, für unzulässig.¹¹⁷ Für zulässig erachtete es hingegen die Vollstreckung in ein Konto der staatlichen iranischen Ölgesellschaft, dessen Saldo zur Überweisung an die iranische Staatsbank zur Haushaltskonsolidierung bestimmt war.¹¹⁸

Staatsanleihen werden durchwegs *iure gestionis* ausgegeben. Daher stehen den Gläubigern die regulären gerichtlichen Möglichkeiten des Erkenntnis- und des Vollstreckungsverfahrens zur Verfügung.¹¹⁹ Ein Staat, der in Zahlungsschwierigkeiten gerät, kann nicht durch einseitige Erklärung eines Staatsnotstandes ausländische Gerichte hindern, über Forderungen gegen ihn zu entscheiden. Das Landgericht Frankfurt sieht die Judizialität von Ansprüchen aus argentinischen Staatsanleihen auch dann noch für gegeben an, seit das Land den Auslandsschuldendienst eingestellt hat, um Verhandlungen über eine Umschuldung zu erreichen, und den nationalen Notstand auf sozialem, wirtschaftlichem, administrativem, finanziellem und währungspolitischem Gebiet kraft Gesetzes ausgerufen hat. Nach Auffassung des Gerichts könnte der staatliche Schuldner den völkerrechtlichen Not-

¹¹⁴ Zur außergerichtlichen Durchsetzung durch Aufrechnung *Eckart Petzold*, Die internationalen Gläubiger-Schuldner-Beziehungen im Recht der Staateninsolvenz, 1986, S. 52 ff.

¹¹⁵ BVerfGE 46, 342 (364 ff.); 64, 1 (16 ff.) jeweils mit ausführlichem Befund der internationalen (gerichtlichen) Praxis.

¹¹⁶ Dazu *Karl Doebling*, Völkerrecht, 1999, Rn. 658 ff.; *Knut Ipsen*, Völkerrecht, ⁴1999, § 26 Rn. 17 ff. Zu einem aktuellen Exempel *Rudolf Dolzer*, Der Areopag im Abseits, in: NJW 2001, S. 3525.

¹¹⁷ BVerfGE 46, 342 (364 ff.).

¹¹⁸ BVerfGE 64, 1 (23 ff., 40 ff.).

¹¹⁹ Vgl. *Adolf F. Schnitzler*, Staatsanleihe, in: Hans Jürgen Schlochauer u. a. (Hg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 3, 1962, S. 329.

stand unter bestimmten Voraussetzungen gegen einzelne Vollstreckungsmaßnahmen ins Feld führen, nicht aber gegen das Erkenntnisverfahren. Im übrigen sei der völkerrechtliche Grundsatz „pacta sunt servanda“ zu berücksichtigen.¹²⁰

Diese Regeln haben sich angesichts eines Staatsbankrotts von bisher nicht gekanntem Ausmaß zu bewähren. Argentinien erklärte im Jahre 2001 den Zahlungsausfall und weigert sich seither unter Berufung auf den „Staatsnotstand“, sich ausländischen Gerichten zu unterwerfen, die von seinen privaten Gläubigern angerufen werden. Im September 2003 präsentierte es Grundlinien eines „Umschuldungsangebots“, in dem es an die privaten Anleihegläubiger appellierte, auf 75 Prozent ihrer Forderungen von insgesamt 87 Mrd. Dollar sowie zur Gänze auf die rückständigen Zinsen in Höhe von 13 Mrd. Dollar zu verzichten. Rund 17 % der unbezahlten Anleihen sind nach deutschem Recht begeben worden, mehr als 5 % der Anleiheschulden befinden sich in deutscher Hand. Argentinien's Staatspräsident Nestor Kirchner sagte seinen Staatsbesuch in Deutschland, der für den 9. und 10. Oktober geplant war, kurzfristig ab, aus Sorge, daß sein Dienstflugzeug „Tango 01“ (immerhin ein Objekt *iure gestionis*) auf deutschem Boden gepfändet werden könnte. Die Bundesregierung hatte die erbetene „hundertprozentige Garantie“ gegenüber dem Vollstreckungsrisiko angesichts der Unabhängigkeit der deutschen Gerichte nicht bieten können.¹²¹

Bei Staatsanleihen können die Anleger gesichert werden über sogenannte Collective Action Clauses in den Begebungsbedingungen. Diese ermöglichen der Gläubigermehrheit bindende Entscheidungen über Veränderungen der Anleihebedingungen. Solche Klauseln sind jedoch nicht für alle Staatsanleihen vorgesehen. Ausländische Staatsanleihen leiden unter dem Fehlen eines Gesamtvollstreckungsverfahrens. Um so mehr ist der ausländische Staat, der sich um Kredite im Ausland bemüht, darauf angewiesen, sich als kreditwürdig darzustellen und zu erweisen.¹²²

Hier macht sich die Eigenart des modernen Staates geltend. Als der Staat noch im Lichte der Patrimonialtheorie als Obereigentum des Landesherrn am Gebiet betrachtet wurde, ließen sich Verbindlichkeiten zwischen Staaten privatrechtlich absichern und durchsetzen. Der Schuldnerstaat konnte Teile seines Territoriums und einzelne Regalien verpfänden oder abtreten, der Gläubigerstaat Gebiete des Schuldners oder deren Steueraufkommen requirieren. Heute ist die Prämisse der Privatautonomie über Staatselemente hinfällig geworden. Sie sind nicht mehr disponibel.

¹²⁰ Urteil im Urkundensverfahren vom 14. 3. 2003, Az. 2–21 O 294/02, in: [http://www.landgericht.frankfurt-main.de/ZS_Urteil_lang\(Argentinien_I\).htm](http://www.landgericht.frankfurt-main.de/ZS_Urteil_lang(Argentinien_I).htm); ebenso im Arrestverfahren, Az. 2–21 O 509/02, in: [http://www.landgericht.frankfurt-main.de/ZS_Urteil_lang\(Argentinien_Arrest\).htm](http://www.landgericht.frankfurt-main.de/ZS_Urteil_lang(Argentinien_Arrest).htm). Das Bundesverfassungsgericht verwarf den Antrag auf einstweilige Anordnung (Beschluß vom 13. 2. 2003, in: DVBl. 2003, S. 661 f.).

¹²¹ Bericht: Argentinien's Präsident fürchtet Pfändung des Dienstflugzeugs, in: FAZ vom 2. 10. 2003, Nr. 229, S. 23.

¹²² Hinweise auf die Bonität geben Ratings der Staatsanleihen durch Agenturen wie Standard & Poors.

2. Ausländische Staaten als Gläubiger

Heute beruhen Schulden zwischen Staaten ausschließlich auf völkerrechtlicher Grundlage, und zwar völkerrechtlichem Vertrag oder völkerrechtlichem Delikt. Herkömmliche Anlässe für die Begründung von völkerrechtlichen Auslandsschulden waren die Finanzierung eines Krieges zwischen Verbündeten oder die Kompensation von Kriegsfolgen, Reparationen des Verlierers an den Sieger. Dazu kommen nunmehr Kredite im Rahmen internationaler Kooperation oder die Aufbau- und Entwicklungshilfe. Die Bestimmung von Grund und Höhe der Schuld, von Zins und Tilgung, der maßgebenden Währung und der Modalitäten der Abwicklung erfolgt durch Verträge. Die völkerrechtliche Vertragsfreiheit ermöglicht, die den beiderseitigen Interessen entsprechende Lösung zu finden.¹²³

Auf der Grundlage der Vertragsfreiheit können die Staaten für die Sicherheit der Forderungen und für die Erfüllung der Zahlungspflichten sorgen und Vorkehrungen für den Fall der Insolvenz treffen. Kompensatorische Maßnahmen sind etwa Vereinbarungen, daß Kredite über die Internationale Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (Weltbank) abgewickelt werden; daß die Rechtsbeziehungen als zivilrechtliche behandelt und dem Recht des Staates New York unterstellt werden; daß der Schuldnerstaat Tilgung und Zins über den freien Kapitalmarkt finanziert.¹²⁴

Wenn der staatliche Schuldner seine Verbindlichkeiten nicht erfüllen will oder kann, steht der staatliche Gläubiger schlechter da als der Private, weil es kein übergeordnetes Gericht gibt, an das er sich wenden könnte. Auch die gewaltsame Selbsthilfe ist ihm verwehrt, wie Frankreich und die anderen Siegermächte des ersten Weltkrieges übten, als sie das Ruhrgebiet besetzten und die Zolllinie entsprechend verschoben, um ihre Reparationsforderungen gegen das insolvente Deutsche Reich abzusichern.¹²⁵ Derartige Maßnahmen werden heute durch das völkerrechtliche Gewaltverbot verhindert (Art. 2 Nr. 3, 4 UN-Charta). Dem Gläubigerstaat bleiben nur die Möglichkeiten diplomatischer Einflußnahme, politischen Drucks, wirtschaftlicher Sanktionen.

¹²³ Vgl. *Hans Ballreich*, Auslandsschulden. Öffentliche (politische) Schulden, in: Hans-Jürgen Schlochauer u. a. (Hg.), Wörterbuch des Völkerrechts, 1. Bd. 1960, S. 110 (111); *Eckart Petzold*, Die internationalen Gläubiger-Schuldner-Beziehungen im Recht der Staatsinsolvenz, 1986.

¹²⁴ Dazu *Ballreich* (Fn. 123), S. 112.

¹²⁵ Zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurden in der völkerrechtlichen Literatur als Maßnahmen u. a. vorgeschlagen: Flottendemonstrationen, Blockade der Häfen, Beschlagnahme staatlicher Wertobjekte (Kunstschätze etc.), Wegnahme einzelner Kolonien, Oberaufsicht über die Staatsfinanzen (so *Günther S. Freund*, Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Anleihen, 1907, S. 272).

3. Strebungen zu einem internationalen Insolvenzverfahren für Staaten

In der Völkerrechtslehre erhob sich bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts der Ruf nach der Einrichtung eines Internationalen Gerichtshofs zur Durchsetzung von Forderungen.¹²⁶ Heute regen sich Tendenzen, ein völkerrechtliches Insolvenzverfahren für Staaten zu entwickeln, dem das Insolvenzverfahren für Private als Vorbild dient, zu dem Zweck, Schuldner- wie Gläubigerstaaten zu disziplinieren und ein faires Schuldenbereinigungsverfahren einzuführen, das die Gläubiger zu einer Zwangsgemeinschaft unter einer unparteiischen Leitung zusammenführt, in der das Mehrheitsprinzip Entscheidungen auch gegen widerstrebende Gläubiger ermöglicht.¹²⁷ Dem Schuldnerstaat sollen die politische Handlungsfähigkeit und das wirtschaftliche Existenzminimum gesichert, die Wiederherstellung der Finanzkraft gefördert und die Rückkehr in die Staatengemeinschaft erleichtert werden.¹²⁸ In diese Richtung zielen Vorschläge des Internationalen Währungsfonds, die er im Januar 2003 den G7-Finanzministern vorgelegt hat: durch Mehrheitsentscheidungen sollen Umschuldungen auch für Minderheitsgläubiger rechtlich verbindlich gemacht werden. Die Mehrheitsentscheidungen werden ermöglicht durch ein geplantes internationales Insolvenzverfahren, das die rechtzeitige, vereinfachte Umschuldung für staatliche Schuldner leistet. Die Erwartungen an ein solches Verfahren greifen hoch. Es soll zur Wiederherstellung der für eine nachhaltige wirtschaftliche und soziale Entwicklung notwendigen finanziellen Grundlage beitragen, durch schnellere Umschuldungen den ökonomischen Verfall in Krisenzeiten eingrenzen und die konsequente Einbeziehung des Privatsektors erleichtern.¹²⁹ Zwischen dem Vorschlag und seiner möglichen Realisierung türmen sich hohe Hindernisse auf; nicht das geringste von ihnen ist die Abneigung der Weltmacht USA, sich internationalen Organisationen zu unterwerfen und in ihnen majorisieren zu lassen. Gleichwohl stehen heute die Zeichen günstig, denn je, daß eine völkerrechtliche Insolvenzordnung für Staaten entstehen wird.

¹²⁶ *Franz von Liszt*, Das Völkerrecht, ¹¹1921, S. 97 (Nachw.), 135.

¹²⁷ Verallgemeinerungsfähig sind die Anforderungen an ein faires Insolvenzverfahren nach deutschem Recht. Zu diesen *Schumann* (Fn. 42), S. 1051 ff.

¹²⁸ Rechtspolitische Überlegungen *Paulus* (Fn. 24), S. 725 ff.

¹²⁹ Proposals for a Sovereign Debt Restructuring Mechanism (SDRM), in: <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/sdrm.htm>. – Deutsche Vorgaben und Erwartungen: Bundesministerium der Finanzen, Verbesserung der Krisenbewältigung durch ein Internationales Insolvenzverfahren für Staaten, in: Monatsbericht 02.2003, S. 87 (88).

Stichwortverzeichnis

- Abgabenhoheit 231
- Absonderungsrecht 179, 191
- Adjusted Present Value (APV) 133
- Akteneinsichtsrecht 183 f.
- Aktiengesellschaft 123 ff.
 - Aufsichtsrat 125
 - Hauptversammlung 126 f.
 - Kompetenzverteilung 124 ff.
 - Vorstand 124
- Aktionismus 224
- Alimentation 236
- Allokation
 - effiziente 215 f., 218 f., 222
 - ineffiziente 220 f.
- Allokationsentscheidung 213 f.
- Allokationsproblem 210, 212, 215
- α -Fehler 39 f.
- Alteigentümer 137, 139 ff., 146 f.
- Ambiguität 14
- Amtsermittlungsgrundsatz 116, 176
 - Antrag 113 f., 121 f.
 - Chancen und Risiken 118
 - Darlegungs- und Feststellungslast 116
 - Gesellschaftsrecht 123 ff.
 - praktische Fragen 120 ff.
 - Prognose 115 ff.
 - Rechtsschutz 120 ff.
 - Voraussetzungen 113 ff.
 - Zustimmung 114 f.
- Analyse, erfolgswirtschaftliche 37, 67
- Anarchie, organisierte 20
- Anpassungsprobleme, strukturelle 24
- Anpassungsschwierigkeiten 24
- Anstaltslast 249
- Anwartschaftsrecht 203
- APV-Ansatz 133
- Arbeitnehmer 217, 222
- Arbeitsbedingungen 222
- Arbeitsmarkt 219, 220
- Arbeitsplätze 213, 220, 222 ff.
- Auffanggesellschaft 211, 214
- Auskunftspflichten 181
- Auslandsinsolvenz 192
- Auslandsschulden 253 ff.
 - bei Privaten 254 f.
 - bei Staaten 256
- Auslösung eines Insolvenzverfahrens 214
- Aussonderungsrecht 174, 191
- Babcock Borsig AG** 110, 123, 128, 184 f.
- Backpropagation Netz BP 14, 47
- Banken, staatseigene 210, 219
- Bankenmacht 178 f.
- Bankrott *siehe auch* Staatsbankrott 227 ff., 246
- Bankrottverfassung 244 f.
- bankruptcy code 110, 138
- Bedrohung 14 f., 27, 30 f., 33
- Beihilfeverbot 251
- Belegenheitsstaat 201
- Berichtstermin 157
- Berufsgenossenschaft 188
- best interest test 138 ff., 146 f.
- Bestellungsbeschluss 155
- β -Fehler 39 f.
- Betriebserfolg, ordentlicher 61 ff.
- Betriebsfortführung 160, 161, 182
- Betriebsgrundstück 175
- Betriebsmittel 111
- Betriebsrat 222
- Betriebsstilllegung 157
- Beweislast 160
- Bewertungserfolg 61 ff.
- Bilanzanalyse, Schritte der 51
- Bundesanzeiger, elektronischer 152
- Bundesergänzungszuweisungen 247
- Bundesverfassungsgericht 229–231, 233, 238, 242, 247, 249, 250, 254

- Cashflow, ertragswirtschaftlicher 55 f., 66
 Cashflow 2-Return on Investment 41 ff., 64, 66 f.
 Chapter 11 US Bankruptcy Code 109, 118
 cram-down-Regelung 138 ff.
- Darlegungs- und Feststellungslast** 116
 Debtor-in-possession 131, 138
 Deliktsforderungen 181 f.
 Deutsches Reich 229, 231, 242, 256
 Dienstleistungsunternehmen 233, 237
 Differenzierungsmodell 199 ff.
 Dingliche Rechte 191 ff., 196 f., 202
 DIP-Kredit 131, 134
 Diskontierungssatz 137, 144
 Diskriminanzanalyse, multivariate 38 ff., 44
 Diskriminanzfunktion 38 ff., 43 f., 46
 Diskriminanzwert 39
 Drohende Zahlungsunfähigkeit 171 ff.
 – Begriff 171 ff.
 – Feststellung 174
 – Risiken 175 f.
 – Vorteile 174 f.
- Eigenkapital, wirtschaftliches** 53, 54
 Eigenkapitalquote 48 f., 52 ff.
 Eigentumsgarantie 239 ff.
 Eigentumsvorbehalt 191, 196 – 198, 202 f.
 Eigenverwaltung 109 ff., 159, 175, 184 ff.
 Einzelveräußerungspreise 211
 Enkelgesellschaften 112, 119
 Enteignung 240
 Entstaatlichung der Verfassung 243
 Entwicklungshilfe 256
 Erfolg, außerordentlicher 60 ff.
 Erfolgsquellenanalyse 60 ff., 65, 68
 Erfüllungswahl 156
 Eröffnung 113
 Eröffnungsbeschluss 118, 121, 123
 – Vordatierung 180
 Eröffnungsverfahren 116, 151, 153, 154 ff., 184
 Europäische Insolvenzrechtsverordnung 194
 Europäische Währungsunion 237, 239, 246
 Europäische Zentralbank 238, 246
 Europäisches Übereinkommen über Insolvenzverfahren 194
 Exekutive, diskretionäre Eingriffe der 209 f.
 Exekutive als Moderator 217 ff.
 Existenzbedrohung 14, 89 f.
- Fälligkeitszeitpunkt** 173
 Feedforward 31
 Feststellungsklage 164, 182
 Finanz- und Verbunderfolg 61 ff.
 Finanzausgleich 246
 Finanzierungsleasing-Vertrag 128, 135
 Finanzierungsprogramme 219
 Finanzintermediation 223
 Finanzkraft 48 f., 55 f., 243, 257
 Finanzplan 172, 173
 Finanzverfassung 236, 238, 247
 Fiskalprivileg 232
 Fortführungswert 214 f., 218, 222
 Fortführungswürdigkeit 212, 219
 Frühwarnsysteme 31
 Funktion, aktiv gestaltende 218 f.
- Ganzheitlichkeitsprinzip** 38, 44, 50
 Gebietskörperschaften, kommunale *siehe* Kommunen
 Geldwertstabilität 244
 Gemeinschuldner 191, 192, 227
 Gesamtkapitalrentabilität 64 ff.
 Gesamturteilsbildung 67
 Gesamtvollstreckung 149, 235
 Gesamtwert des Unternehmens 136, 137, 211
 Gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht 236, 237
 Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung 234
 Gesellschaftsrecht 123 ff.
 Gewährträgerschaft 249, 250
 Gewerkschaft 222
 Glaubhaftmachung 115
 Gläubiger, gesicherte 146, 193, 215
 Gläubiger, Vermögensinteressen der 218
 Gläubigerantrag 113, 114
 Gläubigerausschuss 115, 120, 127, 165
 Gläubigerautonomie 115, 178 f.
 Gläubigerbenachteiligung 114
 Gläubigerbeteiligung 157
 Gläubigergefährdung 120
 Gläubigerrechte 158, 242
 Gläubigerstaat 256, 257
 Gläubigerversammlung 112, 118, 120, 235

- Gleichheitssatz 232, 235, 245
 Going Concern 124
 Grenzanbieter 221
 Grundgesetz 236 ff.
 – präterkonstitutionelles Notrecht 241 ff.
 – Prävention gegen Staatsbankrott 236 ff.
 – Sanierungsmaßnahmen 238 ff.
- Haftung** 159 f.
 Haftungsgefahr 155, 160, 163, 182
 Handlungsfähigkeit des Staates 240, 243, 245, 246, 248, 257
 Hauptinsolvenzverfahren 204
 Haushaltsautonomie 248
 Haushaltsdisziplin 237, 238, 247
 Haushaltsnotlage 247
 Haushaltsplan 238
 Haushaltssanierung 247, 254
 Hierarchie 19, 28 f.
 Holzmann AG 68, 117, 184 f., 222 f.
 Holzmüller 127
 Hypothek 196
- IG Metall** 219
 Informationelle Selbstbestimmung 184
 Informationsbewertung 27, 33
 Informationsgewinnung 27, 31 f.
 Informationspathologie 19, 30
 Inhalts- und Schrankenbestimmung 240
 Insolvenz, grenzüberschreitende 191 ff.
 Insolvenzzakten 183
 Insolvenzanfechtung 149, 170
 Insolvenzantrag 113, 114, 117, 118, 122
 – Nachschieben 113
 – Verspätung 113
 Insolvenzauslöser 166 ff.
 Insolvenzgericht 113, 115–117, 120, 121, 123, 128, 149, 153, 156, 157, 159, 161–163, 180–182, 188, 235
 Insolvenzgläubiger 112, 184, 196
 Insolvenzgründe 120, 122, 166 ff., 231
 Insolvenzkollisionsrecht 195, 203
 Insolvenzkostenhilfe 163
 Insolvenzmasse 109, 164, 196, 205
 Insolvenzordnung 21, 109, 115, 118, 147, 149 ff., 186, 211, 216 f., 232, 246, 250, 253, 257
 – Gesetzgebungsverfahren 151 f.
- Insolvenzplan 110 ff., 119, 175 f., 211, 214 f., 233
 Insolvenzrecht 193 ff., 206
 – deutsches 193 ff., 195, 206
 – europäisches 193 ff.
 Insolvenzrechtsreform 111, 125
 Insolvenzschnuldner 110, 111, 117, 120, 125, 183, 184
 Insolvenztabelle 181 f.
 Insolvenzunfähigkeit 227 ff.
 Insolvenzverfahren 109, 113, 115, 121, 122, 124, 149, 150, 153, 178 ff., 191–193, 231, 233, 234, 246, 249, 252, 257
 – Auskunftspflichten 181
 – Auswahl des Verwalters 179 f.
 – Bankenmacht 178 f.
 – eröffnetes 178 ff.
 – Gläubigerautonomie 178 f.
 – Hauptinsolvenzverfahren 204
 – Sekundärsolvenzverfahren 204 ff.
 Insolvenzverwalter 80, 91, 95, 100, 106, 114, 118, 124, 128, 151 ff., 179 ff., 182, 199, 205, 235, 295, 213 ff., 235
 – Auswahl 179 f.
 – vorläufiger 155 ff.
 Insolvenzverwaltung
 – Anordnungspraxis 155 ff.
 – Beschwerde 158 f.
 – Eigenverwaltung 159
 – Haftung des Verwalters 159 f.
 – Vergütung des Verwalters 160 f.
 – vorläufige 155 ff.
 Internationaler Gerichtshof 257
 Internationales Privatrecht 191, 199–202
 Interventionsrecht der Exekutive 217 ff.
- Kapitalstrukturanalyse** 52
 KirchMedia 110, 119, 128, 184
 Kollisionsnormen 200
 Kollisionsrecht 194, 197, 201, 203
 Kommunalaufsicht 253
 Kommunen 253
 Kommunikationskanäle 28
 Kommunikationsstruktur 33
 Kompetenz 246
 Konkurs 29, 120, 149, 194, 216, 227, 229, 234
 Konkursausfallgeld 249

- Konkursmasse 235
 Konkursordnung 149, 166, 230
 Konkursrecht 29, 210 f., 233
 Konkursunfähigkeit 232 f.
 Konkursverfahren 192, 196, 230
 Konkursverwalter 193, 252
 Konkursvorrechte 150
 Konzeption, unternehmerische 214
 Kosten, volkswirtschaftliche 219 ff.
 Kreditanstalt für Wiederaufbau 219, 248
 Kreditbeschränkungen 219
 Kreditfinanzierung 237, 238
 Kreditinstitute 248 ff.
 Kreditsicherung 216
 Kreditwürdigkeitsprüfung 219
 Kriegs- und Vertreibungsschäden 230
 Krise, akute 28 f.
 Krisenbewältigung 28
 Krisenfrüherkennungssystem 27
 Krisenkommunikation 21
 Krisenmanagement 13, 18, 24, 27 ff.
 Krisenprävention 31 ff.
 Krisensituation 14, 21, 26, 39 f., 125
 Krisenstab 32
 Krisentheorie 22, 24
 Krisenursache 21 ff., 29
 Krisenwahrnehmung 15, 18 f., 30
 Kündigung 172
 Künstliche neuronale Netzanalyse 38, 44 ff.
- Landesbanken** 219, 248 ff.
 Lebensfähigkeit 246
 Lebenszyklusmodelle 25
 Legitimation, demokratische 235
 Legitimität 20 f.
 Leistungsfähigkeit 230, 236, 240, 244, 245
 Leistungsunwilligkeit 231
 Lex fori concursus 197 f., 199, 201
 Lex rei sitae 201, 203
 Liquidation 112
 Liquidationsregeln 111
 Liquiditätsanalyse 57
 Liquiditätsgrade 57 ff.
 Liquiditätslücke 169
 Lohnersatzleistungen 220
- Machtprozess** 20
 Management, strategisches 29
- Massegläubiger 123, 197
 Massekostendeckung 164
 Massekostenvorschuss 163 ff.
 Masselosigkeit 175
 Masseunzulänglichkeit 153, 163, 164, 182 f.
 Masseverbindlichkeiten 155, 160, 164
 Meilenstein 32
 Minderheitenschutz 138, 147
 Ministereingriffsrecht 217
 Missbrauch 172
 Mitnahmeeffekt 222
 Mittel, flüssige 54
 Mittelstand 219
 Moderatorfunktion 218 f.
 Münzregal 238
 Münzverschlechterung 228, 238
 Muttergemeinwesen 249
- Nachtragsverteilung** 165
 Neuronen 46
 Neutralisierungsprinzip 50
 new value exception 140
 Notrecht 241 ff.
 Notstandsverfassung 244
 Null-Masse-Verfahren 151, 153, 154
 N-Wert 48 ff.
- Obstruktionsverbot** 129, 138 f., 233
 Öffnungsklausel 202 f.
 Ordnungspolitik 209
 Ordnungswidrigkeitsverfahren 181
 Overtraining 47
- Partikularverfahren** 194, 196
 Pfandrecht 191, 197, 207
 Pfändungsfreigrenzen 154
 Plananlagen 112
 Politiker als Moderator 218
 Präterkonstitutionelles Notrecht 241 ff.
 Primat der Politik 219
 Privatautonomie 209, 255
 Privatisierung 219
 Privatkonkurs 149
 Prozesskostenhilfe 187
- Reallokation von Ressourcen** 220
 Rechte, dingliche *siehe* Dingliche Rechte
 Rechtsgebundenheit 241 f.

- Rechtsmittel 158
- Rechtsschutz 120 ff., 151
 - Beschwer 121 f.
 - sofortige Beschwerde 121, 158
- Regelinsolvenzverfahren 111, 119, 126, 128, 151, 152, 154, 163, 175
- Relationship-Intermediation 223, 225
- Rentabilitätskennzahlen 64
- Reorganisationsplan 129, 131 ff.
- Reorganisationsverfahren 129 ff.
- Reparationsforderungen 256
- Reputation 223, 228
- Responsivität 26
- Restschuldbefreiung 149, 152, 154, 182, 186, 189
- Risikokalkül 19
- Rückschlagssperre 174, 196
- Rundfunkanstalten 249, 250, 251 f.
- Rundfunkmonopole 251 f.

- Sachverhaltsgestaltungen, bilanzpolitisch motivierte 50, 52 f.
- Sachwalter 118, 120, 123
- Sale and lease back 53 f.
- Sanierung, übertragende 110 f., 157
- Sanierungsinstrumente 112
- Sanierungskriterien 219
- Sanierungsplan 125
- Sanierungsprüfung 112
- Schaden 15 ff., 28 ff., 104
- Schadensersatzansprüche 184
- Schuldenbereinigungsplan 187–189
- Schuldenbereinigungsverfahren 153, 187
- Schuldnerantrag 114, 116
- Schuldnerberatungsstellen 153
- Schuldnerstaat 255, 256, 257
- Sekundärinsolvenzverfahren 204 ff.
- Selbstverwaltungsträger 248
- Sicherungsabtretung 191
- Sicherungsgeber 197
- Sicherungsgüter 83, 156, 215 f.
- Sicherungsnehmer 205, 206
- Sicherungsrechte 156, 196 f., 198, 201, 203, 205, 206
- Sicherungsrechtsstatut 198 f., 200
- Sicherungsübereignung 191
- Signal, schwaches 31, 33
- Solidargemeinschaft 246, 253

- Sozialstaatsgebot 186
- Sozialversicherungsträger 188
- Spannungsfall 244
- Sparkassen 219, 248 ff.
- Staatenimmunität 254
- Staatsanleihen 255
- Staatsbankrott 227 ff.
 - als historisches Phänomen 228 ff.
 - Konkursunfähigkeit 227 ff., 232 f.
 - rechtliche Eigenart 230 ff.
 - und Grundgesetz 236 ff.
- Staatsfinanzen 231, 242
- Staatsnotstand 254, 255
- Staatsnotwendigkeit 241 f.
- Staatspolitik 234
- Staatsverschuldung 228
- Steuerhoheit 237
- Steuerstaat 237
- Strafverfahren 181
- Strukturerhaltungspolitik 221
- Strukturkrise 221
- Stundungsmodell 155, 163, 186, 187
- Subsidiarität 249
- Subsysteme, staatliche 245 ff.
 - Bund und Länder 245 ff.
 - Verwaltungstrabanten 248 ff.
- Suchprozess 150, 213 ff.
- Systemgerechtigkeit 232

- Territorialitätsprinzip 192 f.
- threat-rigidity effect 30
- Tochtergesellschaften 112, 119
- Trennung
 - bivariate 44
 - univariate 42
 - zweifache univariate 43
- Trennwert, kritischer 39 ff.
- Treuhandanstalt 219
- Treuhänder 154, 155, 159
- Trustee 131
- Turnaround-Strategie 31

- Überraschung 14 f.
- Überschuldung 176 ff., 231
 - Begriff 176 f.
 - ökonomische 211 f., 214
 - Prognosezeitraum 177
 - Überschuldungsstatus 178

- Überschuldungsbilanz 178
- Umsturzphase 25 f.
- Unberührtheitserklärung 201
- Ungesicherte Gläubiger 131 f., 137, 140, 146
- Universalitätsprinzip 192 f., 194, 199, 200, 253
- Unternehmensbewertung 133
- Unternehmensgesamtwert 136 f., 211
- Unternehmenskultur 19, 21, 33
- Unternehmensträger 110
- Unternehmenswachstum 24

- Veräußerungsverbot 156
- Verbraucherinsolvenz 149, 151–153, 163, 186 ff.
- Verbraucherinsolvenzverfahren 186 ff.
- Verfahrensbeendigung 183 f.
- Verfahrenskosten 114
- Verfahrenskostenunterdeckung 165
- Verfahrensverzögerung 114
- Verfassungsstaat 238, 244
- Verfestigungseffekt 30
- Verfügungsverbot 155, 156
- Vergleichsordnung 149, 166
- Vergleichsverfahren 184
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 180
- Verlustvortrag 132 f., 142
- Verschuldungsgrad, dynamischer 56
- Verteidigungsfall 244
- Vertrag, relationaler 223
- Vertrag von Amsterdam 194
- Vertrauen 19, 28, 102, 117, 218
- Vertretungsregelung 113
- Verwalterlisten 180
- Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis 120, 123, 124, 153, 154, 157
- Verwaltungsstrabanten 248 ff.
- Verwertungspauschale 118
- Völkerrecht 227, 246, 254 ff.
- Volksvertretung 235
- Volkswirtschaft 234
- Vorbehalt der Verfassung 235
- Vorbehaltsware 157
- Vorinsolvenzrechte 136 ff., 147
- Vorrang der Verfassung 235

- Wahrnehmungsverzerrung 18
- Währungshoheit 237
- Währungsschnitt 239
- Währungsunion *siehe* Europäische Währungsunion
- Weltbank 256
- Wert des eigenfinanzierten Unternehmens 133 ff., 143
- Wert steuerlicher Vorteile 134 ff., 143 ff.
- Wesentlichkeit 168 f.
- Widerstandsfall 244
- Wohlverhaltensperiode 186, 189

- Zahlungseinstellung 170 f.
- Zahlungsstockung 167 f.
- Zahlungsunfähigkeit 122, 166 ff., 231, 249
 - Begriff 166 ff.
 - drohende *siehe* Drohende Zahlungsunfähigkeit
 - Feststellung 171
 - Geldilliquidität 169 f.
 - Wesentlichkeit 168 f.
 - Zahlungseinstellung 170 f.
- Zeitdruck 14, 15, 17
- Zeitraumilliquidität 167
- Zentralisierung 32
- Ziele
 - beschäftigungspolitische 219
 - regionalpolitische 219
- Zustellungen 162
- Zustimmungsersetzung 187
- Zustimmungsvorbehalt 123, 126, 127
- Zwangsgewalt 233, 234
- Zwangsmittel 234
- Zwangsversteigerung 175
- Zwangsverwaltung 109
- Zwangsvollstreckung 158, 174, 234, 235, 254

Autoren- und Herausgeberverzeichnis

Baetge, Jörg; Professor (emeritus) Dr. rer. pol., Dr. h. c., Universität Münster, Institut für Revisionswesen, Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster

Drukarczyk, Jochen; Professor Dr. rer. pol., Dr. h. c., Universität Regensburg, Institut für Betriebswirtschaftslehre, 93040 Regensburg

Grothe, Helmut; Professor Dr. iur., Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft, Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin

Haas, Ulrich; Prof. Dr. iur., Universität Mainz, Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaft, Jakob-Welder-Weg 9, 55099 Mainz

Hax, Herbert; Professor (emeritus) Dr. rer. pol., Dr. h. c., Universität zu Köln, Seminar für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre und Finanzierungslehre, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln

Heintzen, Markus; Professor Dr. iur., Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft, Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin

Hoffmann-Theinert, Roland; Dr. iur., RAuN, Görg Rechtsanwälte, Klingelhöferstr. 5, 10785 Berlin

Isensee, Josef; Professor (emeritus) Dr. iur., Dr. h. c., Universität Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn

Kruschwitz, Lutz; Professor Dr. rer. pol., Freie Universität Berlin, Institut für Bank- und Finanzwirtschaft, Boltzmannstr. 20, 14195 Berlin

Schreyögg, Georg; Professor Dr. rer. pol., Freie Universität Berlin, Institut für Management, Garystr. 21, 14195 Berlin

Sickmann, Eric; Dipl.-Kfm., Universität Münster, Institut für Revisionswesen, Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster

Uhlenbruck, Wilhelm; Hon.-Prof. Dr. iur., RiAG i. R., Friedrich-Schmidt-Str. 39, 50931 Köln