

INSOLVENZVERMEIDUNG UND INSOLVENZVERFAHREN

*Prof. Dr. Christoph G. PAULUS**

Darauf vertrauend, dass der große Verfahrensrechtler Hakan Pekcanitez an den nachfolgenden Gedanken über gegenwärtige Bemühungen im Kampf gegen insolvenzbedingte volkswirtschaftliche Einbußen Interesse findet, widme ich ihm diese Zeilen in lang währender, freundschaftlicher Verbundenheit. Das Thema habe ich ausgewählt, weil es den Kern einer Entwicklung der letzten gut 15 Jahren ausmacht, die von ganz erheblicher Tragweite einmal für die dogmatische Einordnung des Insolvenzrechts ist, zum anderen aber auch für die Wirtschaft eines ganzen Landes bzw. eines Staatenverbundes wie die Europäische Union (EU). Um diesen Kern präsentieren zu können, werde ich zunächst einmal anhand der Beispiele der Schweiz und der EU vorstellen, wie weit der allgemeine Trend bereits vorangeschritten ist, die Insolvenzvermeidung mit dem Instrumentarium des gleichsam klassischen Insolvenzrechts zu verbinden¹. Im Anschluss daran soll anhand von einigen früheren Entwicklungsschritten auf diesem Weg gezeigt werden, welche gewaltigen Implikationen mit dieser Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Insolvenzrechts verbunden sind.

A. Jüngste Entwicklungen

Eine globale Bestandsaufnahme der jüngsten Entwicklungen in dem hier behandelten Themenbereich würde den Rahmen meines Beitrags bei weitem sprengen². Wie in kaum einem anderen Rechtsgebiet finden im

* Lehrstuhlinhaber für Bürgerliches Recht, Zivilprozess- und Insolvenzrecht sowie Römisches Recht an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin

¹ Für die Schweiz s. insbesondere *Bauer*, Sanierungsrecht im Umbruch, Der Schweizer Treuhänder 1-2, 2014, 53 ff.

² Andeutungsweise etwa *Paulus*, Internationales Restrukturierungsrecht, RIW 2013, 577 ff.

Bereich des Insolvenzrechts seit nunmehr knapp zwei Jahrzehnten permanente Änderungen statt, was insbesondere mit den weiter unten (sub B) noch anzusprechenden Bemühungen supranationaler Institutionen wie des Internationalen Währungsfonds, der Weltbank, von UNCITRAL und des Financial Stability Boards zu tun hat. Eingedenk dieser äußeren Umstände geht es im Folgenden eingeschränkter nur um die Perspektive des innereuropäischen Rechtsraums.

I. Schweiz

Die Schweizer Rechtsordnung ist nicht dafür berühmt, sich schnell neuen Entwicklungen und Trends anzuschließen. Eher im Gegenteil³ wird man sagen dürfen, dass es zunächst einmal ganz massiver Anstoßenergie bedarf, um die Gedanken in Richtung Änderungsbedarf zu lenken, und dass dann, wenn in der Schweiz daraufhin tatsächlich eine Rechtsänderung einmal vorgenommen wird, dies ein untrügliches Zeichen dafür ist, dass sich der hinter einer solchen Änderung stehende Trend als äußerst stabil und konstant herausgestellt hat. So gesehen, stellen die mit dem Inkrafttreten des geänderten Gesetzes über Schuldbeitreibung und Konkurs am 1. Januar 2014 verbundene Erleichterung der Sanierungen von Unternehmen einen Ausweis der Bedeutsamkeit der hier thematisierten Entwicklung dar – und als das Resultat des sogar verfilmten schweizerischen Kollektivschocks aus dem Jahre 2001, als Swissair insolvent wurde. Es bedurfte dieses Ereignisses, um die Sinnhaftigkeit einer sanierenden Alternative zur bis dahin allein in den Blick genommenen Liquidation vor Augen zu führen. Die 2008 einsetzende globale Finanzkrise im Gefolge der Lehman-Pleite hat dann das Ihrige dazu getan, um den eingeschlagenen Weg zu bestätigen.

Sich am Chapter 11-Verfahren der USA orientierend, dieses aber nur vorsichtig als Leitfaden – und nicht etwa als Kopiervorlage – nutzend⁴, ist von den Neuerungen zunächst einmal die provisorische Nachlassstundung

³ Als Beispiel dafür, wie das schweizer Modell gern dem Rest der Welt angepriesen wird, *Bull*, Recognition of Foreign Bankruptcies: Swiss Law as an Example to the World?, FS Baudenbacher, 2007, 727 ff.

⁴ S. etwa *Kostkiewicz/Rodriguez*, Internationales Insolvenzrecht, 2013, S. 54 f.; *Schellenberg / Maas*, Revision of Swiss Insolvency Law Entered Into Force 1 January 2014, *International Corporate Rescue* 2014, 152 ff.

hervorzuheben, Art. 293a SchKG. Sie beschert dem Schuldner eine Art von Moratorium und kann von ihm für einen maximalen Zeitraum von 8 Monaten (2 x 4 Monate) beantragt werden, ohne dass es dafür eines gesonderten Insolvenzgrundes bedürfte. Alles, was der Schuldner einem derartigen Antrag beifügen muss, sind ein vorläufiger Sanierungsplan, einen Liquiditätsplan, einer aktuellen Bilanz und eine Einkommensaufstellung. Sofern die Chance auf einen Restrukturierungserfolg nicht aussichtslos erscheint, vgl. Art. 293b SchKG, soll das Gericht die provisorische Nachlassstundung gewähren und dabei zugleich die für die Durchsetzung des Moratoriums individuell angepassten Maßnahmen anordnen. Zu diesen gehört, dass der Schuldner weiterhin verfügungs- und verwaltungsbefugt bleibt. Allerdings kann ihm ein vorläufiger Verwalter an die Seite gestellt werden, dessen wesentliche Aufgabe darin besteht, die Sanierungschancen zu evaluieren⁵.

Die Gewährung der provisorischen Nachlassstundung braucht nicht veröffentlicht zu werden, Art. 293c Abs. 2 SchKG. Das Moratorium bewahrt den Schuldner vor (der Fortsetzung von) Zwangsvollstreckungen und vor Prozessen, sie hemmt den Lauf von Verjährungsfristen und sie verhindert ein weiteres Anwachsen der Zinsbelastung, Art. 297 SchKG. All das ermöglicht es dem Schuldner, weitgehend ungehindert von äußeren Einflüssen die in dem Sanierungsplan enthaltenen Vorgaben umzusetzen. Das klingt natürlich theoretisch einleuchtender und einfacher, als es sich in der praktischen Umsetzung tatsächlich umsetzen lässt. Dementsprechend wird diese Phase auch dazu genutzt werden, um zu einer Einschätzung zu kommen, wie die Chancen etwa etwa für eine außergerichtliche Restrukturierung stehen⁶, für einen Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich⁷, für einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung⁸, oder ob ein reguläres Konkursverfahren durchgeführt werden muss.

⁵ Einzelheiten dazu etwa bei *Glasner/Pastore*, New restructuring law in Switzerland, Eurofenix Spring 2014, S. 30.

⁶ Dazu etwa Art. 725a OR.

⁷ Dazu, dass diese Dividende auch aus einem debt-equity-swap bestehen kann, s. *Glasner/Pastore* (wie vorige Fn.), S. 31.

⁸ Zu gerade dessen uralten Wurzeln bis hin zur augusteischen *cessio bonorum* s. *Paulus*, Ein Kaleidoskop der Geschichte des Insolvenzrechts, JZ 2009, 1148 ff.; *Paulus/Renner*, Ein weiteres Plädoyer für unscheinbare Normen, JuS 2004, 1051 ff.

Sofern die Sanierung im Verlaufe der provisorischen Nachlassstundung gelingt⁹, hebt das Gericht das Moratorium von Amts wegen auf, Art. 296a SchKG. Ist das nicht der Fall, muss das Gericht am Ende des Moratoriums darüber entscheiden, ob es ein Konkursverfahren einleitet oder die provisorische in eine definitive, bis zu maximal 24 Monate dauernde Nachlassstundung überleitet, Art. 294 SchKG. Letzteres wird es dann tun, wenn nach wie vor Sanierungschancen bestehen, und sei es auch in Gestalt eines gerichtlichen Vergleichsvertrags. Im einem derartigen Verfahren der definitiven Nachlassstundung wird dem weiterhin eigenverwaltenden Schuldner in jedem Fall ein Verwalter als eine Art von Kontrolleur an die Seite gestellt. Für die Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte bedarf der Schuldner der Autorisation durch den Gläubigerausschuss, Art. 295a SchKG, bzw. das Gericht¹⁰. Daraus resultiert der für den Sanierungserfolg unschätzbare Vorteil, dass derartige Geschäfte in einem eventuell nachfolgend eröffneten Konkursverfahren nicht angefochten werden können.

In der vorläufigen oder definitiven Moratoriumsphase kann der Schuldner mit Zustimmung des Verwalters darüber hinaus auch bestimmte Langzeitverträgeaußerordentlich kündigen, sofern die Gegenseite für ihren Verlust Kompensation erhält, Art. 297a SchKG. Von dieser Kündigungsmöglichkeit sind Arbeitsverträge freilich ausgeschlossen. Doch hat sich der Gesetzgeber an anderer Stelle der insolvenzrechtlichen Problematik von Arbeitsverträgen zugewandt, nämlich im Obligationenrecht (OR)¹¹. Dort wurde ein neuer Art. 333b OR eingefügt, der für den Fall der Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils „während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung“ anordnet, dass der Übergang von Arbeitsverträgen von den getroffenen Vereinbarungen abhängig ist.

⁹ Zu der eminent wichtigen Frage, wann eigentlich eine Sanierung als gelungen bezeichnet werden kann, s. *Bauer* (wie Fn. 1), 54 f.

¹⁰ Einzelheiten dazu etwa bei *Ledermann/Luginbühl*, *Corporate Recovery & Insolvency* 2014, 8. Aufl., S. 209 ff., 213.

¹¹ Dazu, dass der Bundesrat derzeit prüft, ob – bzw. wie – in das OR Bestimmungen eingefügt werden könnten oder sollten, die die außergerichtliche Sanierung erleichtern, s. *Bauer* (wie Fn. 1), S. 57 f.

Anders als etwa § 613a BGB ist der Übergang nicht etwa ein Automatismus, sondern Verhandlungssache.

Man erkennt bereits an dieser eher knappen Skizze der jüngsten schweizer Errungenschaften, dass das Bestreben nach einer Rettung schlingernder Unternehmen bereits im Vorfeld einer Insolvenz erheblich gestiegen ist. Anstatt allein auf (noch so entwickelte und verfeinerte) Liquidationsmechanismen zu setzen, hat auch die Schweiz den Wert insolvenzvermeidender Instrumentarien erkannt.

II. Europa

1.) Das letztgenannte Bestreben, nämlich die Insolvenzvermeidung gegenüber der Durchführung eines Insolvenzverfahrens zu stärken, ist in vielen Ländern der Europäischen Union schon seit längerem weit verbreitet. Insbesondere Frankreich hat sich bereits seit gut 20 Jahren der Suche nach immer weiteren und effektiveren Verfahrensarten verschrieben¹²; aber auch England hatte mit seinem *Company's Voluntary Arrangement* (CVA) schon seit langem, seit kurzem zusätzlich mit seinem *Scheme of Arrangement* ein beachtliches Arsenal von Insolvenzvermeidungswerkzeugen. Die tatsächlichen wie aber auch bisweilen recht marktschreierisch suggerierten Erfolge all dieser Möglichkeiten hat zwischenzeitlich auch andere Länder zu verleitet, an dieser Stelle einen Wettbewerb zu veranstalten, bei dem immer wieder neue Instrumentarien angeboten werden¹³. Zu diesen Ländern zählen neben Deutschland mit seinem Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO¹⁴

¹² Zur jüngsten diesbezüglichen Änderung *Degenhardt*, Die Reform des französischen Insolvenzrechts vom 12.3.2014, NZI 2014, 433. Wie sehr diese französische Eigenart mit der Ineffizienz des eigentlichen Insolvenzrechts zusammenhängt, ist eine ebenso spannende und naheliegende wie aber auch schwer zu beantwortende Frage.

¹³ Dazu etwa *Eidenmüller*, Wettbewerb der Insolvenzrechte?, ZGR 2006, 467; *ders./Frobenius/Prusko*, Regulierungswettbewerb im Unternehmensinsolvenzrecht: Ergebnisse einer empirischen Untersuchung, NZI 2010, 545.

¹⁴ Zur Entwicklung s. etwa *Lissner*, Die Insolvenzrechtsreform – Eine Betrachtung der Entwicklung, DZWIR 2014, 59 ff. Dazu, dass mit diesem insolvenzeingebundenen Verfahren wohl noch lange nicht das letzte Wort gesprochen ist, s. jüngst etwa *Florstedt*, Neue Wege zur Sanierung ohne Insolvenz, ZIP 2014, 1513 ff., 1518.

etwa Spanien, Italien, Griechenland¹⁵ oder Polen¹⁶. Freilich darf man bei all dieser innereuropäischen Vielfalt nicht aus den Augen verlieren, dass der Vorreiter all dieser Entwicklungen das berühmte Chapter 11 des US-amerikanischen Bankruptcy (Reform) Code ist. Dessen Einfluss ist von nicht überschätzbarer Wirkung in Europa, aber auch weit darüber hinaus.

Doch von diesen einzelstaatlichen Entwicklungen soll im Folgenden gar nicht die Rede sein. Im Blickpunkt steht vielmehr das, was ich hier der Einfachheit halber unter dem Kürzel „Europa“ zusammenfasse. Hierbei ist von einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in Luxemburg zu berichten sowie von einer Empfehlung, die die Kommission jüngst erst ausgesprochen hat.

2.) Was zunächst die Entscheidung anbelangt, so hatte der EuGH darüber zu befinden, ob die polnischen Gerichte eine in Frankreich eröffnete *procédure de sauvegarde*¹⁷ anzuerkennen hätten, wo es sich doch dabei um ein Verfahren zur Insolvenzvermeidung handele, das gerade nicht die Definitionsvoraussetzungen einer Insolvenz nach Maßgabe des Art. 1 Europäische Insolvenzverordnung (EuInsVO) erfülle¹⁸. Obwohl also dieses Verfahren gerade nicht die Insolvenz des Schuldners voraussetzt, kam der EuGH dennoch zu dem (aus dem Anhang I zur Verordnung hergeleiteten) Ergebnis, dass dieses *Sauvegarde*-Verfahren einem Insolvenzverfahren gleichzustellen sei.

Diese enorme Ausweitung des Terrains, auf dem sich bislang das traditionelle Insolvenzrecht bewegt hatte, schafft natürlich eine Fülle von neuen Fragestellungen, auf die weiter unten, sub B, zurückzukommen sein wird.

¹⁵ Vgl. dazu *Paulus* (Hg.), *Restrukturierung in Krisenzeiten – dargestellt am Beispiel Griechenlands*, 2014.

¹⁶ S. zu diesem Themenkomplex auch *Paulus*, *Internationales Restrukturierungsrecht*, RIW 2013, 577.

¹⁷ Dazu etwa */Dammann*, *Das französische Handels- und Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl. 2008, VIII 36 ff.; *Bauerreis* in: *Kindler/Nachmann* (Hgg.), *Handbuch Insolvenzrecht in Europa, Frankreich Rz.* 63 ff.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 22.11.2012 – Rs C-116/11 – *Handlowy* –, NZI 2013, 106.

3.) Unbeschadet dessen und unbeirrt davon hat die Europäische Kommission sich die Entscheidung des EuGH in der Sache „Handlowy“ zu eigen gemacht und hat in ihrem am 12. Dezember 2012 vorgelegten Vorschlag für eine Änderung der EuInsVO eben diese Ausweitung des herkömmlichen Insolvenzbegriffs aufgenommen. Es steht zum gegenwärtigen Zeitpunkt zu erwarten, dass die Insolvenzvermeidung zu weiten Teilen Regulationsgegenstand der ergänzten Insolvenzverordnung werden wird.

Doch dabei ist die Kommission nicht stehen geblieben: Mit einer Empfehlung vom 12.3.2014 hat sie den Mitgliedstaaten aufgetragen, ein Verfahren auch schon bereits im Vorfeld der Insolvenz einzuführen, das in vielerlei Hinsicht dem englischen *scheme of arrangement*¹⁹ ähnelt²⁰. Anlass zu diesem Schritt sind Lebenswege wie die von Henry Ford, dessen erster Anlauf zur Gründung eines Unternehmens nach 18 Monaten scheiterte und in eine Insolvenz mündete, bevor er dann im zweiten Anlauf die Entwicklung einleitete, die zu einem Weltunternehmen führte.

Dass derlei Geschichten, die ja keineswegs gerade neu entdeckt worden sind, sondern vielmehr schon seit langem bekannt sind, gegenwärtig solche Auswirkungen und einen derartigen Vorzeigewert haben, ist ein Beleg dafür, dass die volkswirtschaftlich zentrale Bedeutung des Insolvenzrechts endlich auch in der Politik erkannt worden ist; auch darauf wird unten, sub B, zurückzukommen sein. Jedenfalls hat Europa den Wert der „zweiten Chance“²¹ entdeckt, und dass das Insolvenzrecht in einem weit verstandenen

¹⁹ Aus der umfangreichen deutschen Literatur jüngst und zusammenfassend *Swierczok*, Das englische *Scheme of Arrangement* und seine Rezeption in Deutschland, 2013. S. außerdem *Thole*, ZGR 2013, 109 ff.; *Schillig* in: Kindler/Nachmann (Hg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, GB Rz. 287 ff.; *Petrovic*, ZInsO 2010, 265; *Gebler*, NZI 2010, 665; *Mankowski*, WM 2011, 1201 ff.; *Eidenmüller/Frobenius*, WM 2011, 1210 ff.; *Bormann*, NZI 2011, 892 ff.; *Schürmann-Kleber*, International Insolvency Law Review (IILR) 2011, 447 ff.; *Westpfahl/Knapp*, ZIP 2011, 2033 ff.; *Maier*, NZI 2011, 305 ff.; *Lüke/Scherz*, ZIP 2012, 1101 ff.

²⁰ S. bereits *Paulus*, Das ESUG als deutsche Antwort auf das *Scheme of Arrangement* – und doch nicht das letzte Wort?, Betriebs-Berater, Die Erste Seite, Heft 18/2014.

²¹ Vgl. dazu etwa die Pressemitteilung der Kommission vom 12.12.2012, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1354_de.htm; oder die Mitteilung vom

Sinn das Unternehmertum fördern kann. Die Empfehlung zielt denn auch darauf, genau diesen Zweck zu erreichen.

Die Erwägungsgründenennen als Ausgangspunkt nicht nur die Harmonisierungsvorteile auch und besonders für kleine und mittlere Unternehmen, die grenzüberschreitend agieren wollen; vielmehr gehe es bei Präventionsmaßnahmen auch um Arbeitsplatzerhaltung, um die Vorteile für die Wirtschaft insgesamt (einschließlich des Kreditwesens und der Selbstständigkeit) bis hin zu dem richtig verstandenen Interesse des Steuerfiskus²² an geretteten Unternehmen.

Um diese Vorteile realisieren zu können, solle ein Verfahren eingeführt werden, das zum Schutze des rechtschaffenen Schuldners bereits bei finanziellen Schwierigkeiten einsetze, also gerade keinen Insolvenzeröffnungsgrund voraussetzt. Das ist aus deutscher Perspektive besonders bemerkenswert, weil die hiesige Vorstellung regelmäßig davon geprägt ist, dass es eines solchen Auslösers bedarf, um die Rechte der Gläubiger von Gesetzes wegen beschränken zu können. Darüber hinaus solle das neu zu schaffende Verfahren flexibel sein und möglichst mit nur minimaler Beteiligung eines Gerichts erfolgen. So solle das Gericht gegebenenfalls ein Moratorium von vier (maximal zwölf) Monaten anordnen und/oder einen Mediator bestellen können; außerdem solle es am Ende der Verhandlungen zwischen Schuldner und seinen Gläubigern den erzielten Plan daraufhin überprüfen, ob die Gläubigerrechte gewahrt sind, und ob der Schuldner rechtschaffen bzw. sein Unternehmen sanierungsfähig ist. Darüber hinaus wird empfohlen, die Restschuldbefreiungsperiode auf drei Jahre zu begrenzen²³.

8.5.2010, abrufbar unter: http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/business_environment/110133_de.htm.

²² S. dazu Erwägungsgrund 14. Hieraus lässt sich für die innerdeutsche Diskussion ein gewichtiges Argument ziehen in der Auseinandersetzung mit dem hiesigen Fiskus um das Sanierungsprivileg nach § 3 Nr. 66 EstG, § 8c Ia KStG.

²³ Diese Frist deckt sich etwa mit der des neuen irischen Verbraucherinsolvenzrechts, nachdem bis vor kurzem noch eine Frist von zwölf Jahren gegolten hatte, vgl. dazu *Paulus*, *Insolvency Intelligence* 2012, 25(5), 75 f., als Anmerkung zu: High Court of Justice in Northern Ireland (Ch), *Entschdg. v. 10.1.2012 – 2011 No. 133303*.

Die Empfehlungen beschränken sich aber nicht nur auf derlei allgemeine Aussagen; sie werden vielmehr deutlich konkreter in Gestalt von (lediglich) zwölf Modellvorschriften: So solle etwa ein Mehrheitsbeschluss die überstimmten Gläubiger binden und sollen Sanierungskredite (d.h. nicht nur neue Darlehen, sondern auch im Plan vorgesehene Veräußerungen von Vermögensgegenständen) von einer eventuellen nachfolgenden Anfechtbarkeit ausgenommen sein; der eigenverwaltende Schuldner solle keineswegs zwangsläufig von einem Sachwalter (oder auch Mediator) beaufsichtigt sein, und er solle unter konkret benannten Bedingungen Gläubiger von Zugriffsversuchen auf sein Vermögen abhalten können. Der Plan solle an einen bestimmten Aufbau gebunden sein, und er solle auch für lediglich eine bestimmte Gruppe von Gläubigern möglich sein, sofern die anderen Gläubiger hierdurch in ihren Rechten nicht betroffen werden.

Was sich scheinbar harmlos und schlicht beratend als „Empfehlung“ ausgibt, ist tatsächlich nicht geringeres als eine Handlungsanweisung. Denn die Kommission gibt sehr präzise Daten vor (12 Monate nach Veröffentlichung), binnen derer sie umgesetzt sein soll. Bereits 18 Monate nach Veröffentlichung der Empfehlungen soll eine erste Bestandsaufnahme der Erfolge durchgeführt werden. Allein schon anhand dieser Eile lässt sich ermesen, wie wichtig der Kommission diese legislatorischen Schritte sind. Wie bereits am Beispiel der Schweiz gesehen, geht es also auch hier darum, den volkswirtschaftlichen Schaden einer rein auf Liquidation ausgerichteten Insolvenzkultur möglichst gering zu halten und statt dessen nach dem Motto „Vorbeugen ist besser als Heilen“ Insolvenzvermeidung stärker in den Vordergrund zu rücken.

B. Standortbestimmung

Diese parallelen Entwicklungen machen neugierig darauf, was denn ihr so drängender Auslöser sein mag. Die Frage wird nur umso brisanter, wenn man die – wie oben schon angekündigt – hier ausgeblendete globale Perspektive mit einbezieht und dabei feststellen würde, dass es sich hierbei keineswegs um eine europäische Einzelinitiative handelt.

Hintergrund dieser Änderung war eine Bedingung des IWF anlässlich der Vergabe von Unterstützungshilfen bei der jüngsten irischen Staatsfinanzkrise.

I. Bedeutung des Insolvenzrechts

Natürlich ist eine Antwort hierauf schwer zu finden, und so ist das, was ich dazu anzubieten habe, nicht nur eine höchst persönliche Perspektive, sondern auch noch eine, die ich schon mehrfach vorgetragen habe. Deswegen sei mir gestattet, mich selber zu zitieren²⁴:

„Um die in diesem Kontext ganz massive und zentrale Funktion gerade des modernen Insolvenzrechts erkennen zu können, empfiehlt sich ein Blick in die jüngere Vergangenheit: Als vor etwas über 15 Jahren die Ostasienkrise ihren Höhepunkt erreicht hatte und die Weltwirtschaft infolgedessen kurz vor dem Kollaps stand, wurde das Financial Stability Forum (heute: Financial Stability Board: FSB²⁵) gegründet, das derartige Krisen entschärfen, besser noch: unterbinden sollte. Es hat zu diesem Zweck u.a. ein Compendium of Standards veröffentlicht²⁶, dessen Zweck es ist, international anerkannte Standards zentraler Regulationsbereiche zu identifizieren und zu verbessern, die erfahrungsgemäß für die Finanzstabilität eines jeden Landes von vorrangiger Wichtigkeit sind und von den einzelnen Länder tunlichst beherzigt bzw. angewendet werden sollten.

In diesem Compendium sind 12 solcher Regulationsbereiche aufgelistet. Bemerkenswerterweise zählen dazu nicht etwa (das in der allgemeinen Wahrnehmung der Juristen so im Vordergrund stehende) Gesellschaftsrecht, Steuerrecht oder Arbeitsrecht, sondern stattdessen von den eher traditionellen Rechtsgebieten nur und gerade das Insolvenzrecht! Und wie schon angedeutet, zählt hierzu nach modernem Verständnis auch das Restrukturierungsrecht.

²⁴ Paulus, Über die volkswirtschaftliche Bedeutsamkeit effektiver Insolvenzsysteme, in: Paulus (Hg.), Restrukturierung in Krisenzeiten – dargestellt am Beispiel Griechenlands, 2014, S. 9, 10 f.

²⁵ Vgl. www.financialstabilityboard.org/cos/key_standards.htm. Zum Folgenden vgl. Paulus, Global Insolvency Law and the Role of Multilateral Institutions, 33 Brooklyn Journal of International Law (2007) 755 ff.; ders., Ist das Insolvenzrecht wirklich eine Schlüsselmaterie für die Wirtschafts- und Finanzstabilität eines Landes? – der Versuch einer Antwort, FS K. H. Görg, 2010, S. 361 ff.

²⁶ Einsehbar auf der in der vorigen Fn. genannten Website.

Dieses Alleinstellungsmerkmal des Insolvenzrechts an so prominenter und, global gesehen, zentraler Stelle provoziert gerade die Frage: Wie kommt es zu einer solch einzigartigen Bedeutung dieser – im wirtschaftlichen und akademischen Leben – eher am Rande des Interesses stehenden Rechtsmaterie? Man findet die zutreffende Antwort nicht, wenn man sich die üblichen Begründungen ansieht, die sich etwa in Lehrbüchern oder Berichten über das Insolvenzrecht finden; denn dort heißt es meistens nur, dass das Restrukturierungs- und Insolvenzrecht dazu bestimmt sei, Ordnung in die chaotische Situation eines Unternehmens zu bringen, das sich in einer Krise befindet. Das Recht ist danach also vornehmlich als Hüter der Ordnung anzusehen!²⁷

Auch wenn diese Zweckbestimmung sicher nicht falsch ist, verkennt sie doch die Besonderheiten des Insolvenzrechts. Denn sie vermag nicht zu erklären, warum das FSB gerade und nur dieses Rechtsgebiet in den exklusiven Zirkel der 12 Standards aufgenommen hat. Für die Herstellung von Ordnung im menschlichen Zusammenleben sorgen schließlich so gut wie alle Rechtsregeln auf die eine oder andere Weise. Man darf sich infolgedessen nicht mit dieser ordnungspolitischen Vordergründigkeit begnügen, sondern muss tiefer graben. Da es um die Finanzstabilität ganzer Länder geht, liegt eine volkswirtschaftliche Betrachtung des Restrukturierungs- und Insolvenzrechts nahe. Sie ist es in der Tat, die die zentrale Bedeutung dieses Rechtsgebiets offenbart.

Die herausragende Bedeutung ergibt sich demnach daraus, dass ein modernes und effizientes Restrukturierungs- und Insolvenzrecht so konzipiert sein muss, dass es die suboptimale Verwendung von Wirtschaftsgütern schnellstmöglich korrigiert. Mit anderen Worten: Ein effizientes Gesetz muss diejenigen Güter und Werte eines Unternehmens, die unproduktiv geworden sind bzw. zu werden drohen, so schnell wie möglich wieder zu ihrer optimalen Produktivität zurückführen²⁸. Das geschieht bei einer Restrukturierung dadurch, dass das Unternehmen selbst

²⁷ S. dazu insbesondere Balz/Landfermann (Hg.), Die neuen Insolvenzgesetze, 2. Aufl., 1999, S. 140 f.

²⁸ Zuletzt dazu *Paulus*, Competition Law vs. Insolvency Law – When Legal Doctrines Clash, Uniform Law Review 2013, 65 ff.

wieder marktauglich gemacht wird; und bei einer Liquidation dadurch, dass die Arbeitskräfte und Wirtschaftsgüter an andere Unternehmer vermittelt bzw. veräußert werden, die diese Wirtschaftsgüter besser und effizienter einsetzen können als ihr Vorgänger.

Diese volkswirtschaftliche Betrachtungsweise mag kalt oder gar zynisch klingen, weil sie das Einzelschicksal insbesondere der von einem insolventen Unternehmen betroffenen Arbeitnehmer und auch der ungesicherten Gläubiger vollkommen ausblendet²⁹. Sie sind es, die jeweils zu leiden haben, und für die sich der Gesetzgeber auch stark machen soll und muss. Das ist zweifellos richtig. Nur – das Restrukturierungs- und Insolvenzrecht ist dafür nicht der richtige Ort. Das lehrt die Erfahrung – etwa die konkursrechtliche Gesetzgebung Antwerpens zu Beginn des 16. Jahrhunderts³⁰, aber auch die jüngste chinesische. ... Als Teil des Wirtschafts- und Unternehmensrechts muss es Anreize für Investitionen bieten; der englische Enterprise Act 2002 etwa folgte dem US-amerikanischen Modell und deklarierte als Zweck des neu gestalteten Insolvenzrechts die Förderung von Unternehmertum!“

II. Neue Aufgabenbereiche

Damit ist also die Zielsetzung wenn nicht definitiv geklärt, so doch zumindest einigermaßen plausibel gemacht, dass nämlich die Ausweitung des traditionellen, d.h. auf Liquidation ausgerichteten Insolvenzrechts auf ein weit in das Vorfeld der Krise hineinreichendes Insolvenzvermeidungsinstrumentarium ein Gebot moderner Wirtschaftsstrukturen ist. Wenn man dem zu folgen bereit ist, folgen daraus allerdings neuartige Aufgabenstellungen. Wenn nämlich das moderne, d.h. erweiterte Insolvenzrecht gerade nicht mehr ein fest auf den Zeitpunkt des Eintritts der Eröffnungsgründe beschränktes Rechtsgebiet ist, sondern dass

²⁹ Das ist denn auch in der Tat einer der Gründe, warum China mehr als 10 Jahre benötigt hat, sich schließlich im Jahr 2007 ein neues und modernes Insolvenzgesetz zu geben: Es ging dabei insbesondere um die Stellung der Arbeitnehmer – gerade auch im Vergleich zu Investoren; s. Gebhard/Olbrich, Das Chinesische Konkursrecht auf dem Weg ins 21. Jahrhundert, DZWIR 2001, 186 ff.

³⁰ Dazu Paulus, Ein Kaleidoskop der Geschichte des Insolvenzrechts, JZ 2009, 1148, 1154 ff.

es partiell weit in die Zeit davor hineinreicht, muss eine Standortbestimmung im Gesamtbereich des herkömmlichen Wirtschaftsrechts gesucht und gefunden werden muss³¹. Denn nunmehr müssen Rechtsgebiete mit dem Insolvenzrecht in diesem weit verstandenen Sinne abgeglichen werden, die bis dato nicht mit ihm zu tun hatten. Eine kleine Auswahl³² soll hier genügen, um die Dimensionen abzustecken:

- Zunächst und bewusst ganz zu Beginn muss hier das Gesellschaftsrecht genannt werden. In dem Maße, in dem ein Insolvenzvermeidungsverfahren die Einbeziehung der Gesellschafter der insolvenzbedrohten Gesellschaft ermöglicht, ergeben sich ganz eklatante neue Gestaltungsmöglichkeiten für die Durchführung eines entsprechenden Verfahrens. Paradigmatisch steht dafür das derzeit in Deutschland viel beachtete Verfahren um das traditionsreiche Verlagshaus Suhrkamp. Es wurde sogar medial klargestellt, dass das Insolvenzverfahren dazu verwendet werden soll, den Streit zwischen Haupt- und Mindergesellschafter in der Weise zu lösen, dass mittels eines Insolvenzplans der Minderheitengesellschafter weitestgehend seiner Rechte enthoben werden soll. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist noch völlig offen, wie der Ausgang dieses Verfahrens sein wird³³; doch kommt es darauf im vorliegenden Kontext gar nicht an. Denn entscheidend ist hierbei nur, dass die Instrumentarien des Gesellschafts- und des Insolvenzrechts neu aufeinander abgestimmt werden müssen.

- Das Wettbewerbsrecht kommt unter den neuen insolvenzrechtlichen Gegebenheiten ebenfalls als neues Nachbargebiet in Betracht. Beide Bereiche tragen auf ihre je eigenständige Weise dafür Sorge, dass der Markt möglichst effizient funktioniert³⁴. Dass es im Grenzbereich dabei zu

³¹ S. dazu bereits *Paulus*, Konturen des modernen Insolvenzrechts – Überlappungen mit dem Gesellschaftsrecht, BB 2008, 2513 ff.

³² Die „alten“, seit jeher mit dem Insolvenzrecht verbundenen Gebiete etwa des Kreditsicherungsrechts oder des Arbeitsrechts bleiben hier ausgespart.

³³ Soeben erst hat der Minderheitengesellschafter einen leichten „Etappensieg“ vor dem BGH errungen, Beschl. v. 17.7.2014 – IX ZB 13/14, NJW 2014, 2436.

³⁴ Dazu etwa *Vallery / Hujuel*, La loi sur la continuité des entreprises à l'épreuve du droit de la concurrence in *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité*, *Etats généraux de la continuité des entreprises*, Under the direction of Alain Zenner and Marc Dal,

Verwerfungen kommen kann, zeigt sich etwa dann, wenn die Vorteile eines insolvenzrechtlichen Sanierungsverfahrens dazu genutzt werden, um sich Wettbewerbsvorteile gegenüber Konkurrenten zu verschaffen³⁵. So kann ein Insolvenzverfahren etwa dazu genutzt werden, um sich missliebiger Verträge mit den Gewerkschaften zu entledigen, um Arbeitnehmern erleichtert kündigen zu können, etc. All das verschafft nicht nur Luft für den Schuldner sondern auch (ungerechtfertigte?) Vorteile gegenüber den Wettbewerbern³⁶.

- Mit dem Kapitalmarktrecht kommt das moderne Insolvenzrecht ebenfalls in direkten Kontakt – und zwar gleich mehrfach. Das zeigt sich etwa an der Etablierung eines Sekundärmarktes für sog. Distressed Debts (oder Non-Performing Loans), dessen Wirken eine Insolvenz vermeiden, sie ebenso gut aber auch herbeiführen kann. Letzteres ist erst vor kurzem – Ende Juli 2014 – Argentinien widerfahren, das deswegen erneut in Zahlungsausfall geraten ist, weil der „NML Capital, Inc.“ argentinische Anleihen für einen Bruchteil des Nominalwerts aufgekauft, vor Gericht aber die Nominalsumme plus Zinsen eingeklagt hat – mit Erfolg³⁷. Eine weitere Verbindungslinie zwischen den Rechtsgebieten gibt es aber auch etwa im Kontext des Schuldverschreibungsrechts³⁸. Denn hier prallen spezifische

Barreaux de Bruxelles Ordre français, 651-699 (Larcier, 2012); *Paulus* (wie Fn. 28). Zu kartellrechtlichen Problemen bei Veräußerungen aus der Masse heraus vgl. *Riel*, Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der ALPINE Bau GmbH – ein Zwischenbericht, ZIK 2014, 174, 176.

³⁵ Zu den Vor- und Nachteilen einer Sanierung innerhalb bzw. außerhalb eines Insolvenzverfahrens etwa *Strümpell*, Die übertragende Sanierung, 2006.

³⁶ Vgl. dazu insbesondere das sog. „good-faith-requirement“ der §§ 1112(b) und 1129(b)(3) des US-Bankruptcy Code und dazu etwa die Fälle: *In re Integrated Telecom Express, Inc.*, 384 F.3d 108 (3rd Cir. 2004); *In re Liberate Technologies*, 314 B.R. 206 (Bankr. N.D. Cal. 2004).

³⁷ Zu dem Verfahren *Olivares-Caminal*, Intl. Corporate Rescue 2013, 353 ff.; *Paulus*, Jüngste Entwicklungen im Insolvenzrecht, WM 2013, 489; *ders.*, Insolvenzrecht im Werden – NML Capital, Ltd. et al vs. Argentinien, 2. Runde, ZIP 2013, 2190 ff.; *Paulus/van den Busch*, Von Ausharrenden und Geiern, WM 2014, 2015 ff.

³⁸ Dazu etwa *Thole*, Die Restrukturierung von Schuldverschreibungen im Insolvenzverfahren, ZIP 2014, 293 ff.; *Florstedt/von Randow*, Die Kündigung von Anleiheschuldverhältnissen aus wichtigem Grund, ZBB 2014, 345 ff.; *Paulus*, Schuldverschreibungen, Restrukturierungen, Gefährdungen, WM 2012, 1109 ff.

vertragliche Regelungsmechanismen auf die grundsätzlich gleich behandelnde Klaviatur des Insolvenzrechts.

- Das Vergaberecht kommt auf mindestens zweierlei Weise mit dem Insolvenzrecht in Berührung: einmal, wenn es um die Restrukturierung öffentlichrechtlicher Unternehmen wie Stadtwerke, Verkehrsbetriebe etc. geht; zum anderen wenn die öffentliche Hand Aufträge ausschreibt und das billigste Angebot von einem Unternehmen stammt, das sich in einem Restrukturierungsprozess befindet³⁹.

- Hinsichtlich des Versicherungsrechts sind die Dinge bislang noch ein wenig im Dunkeln. Doch wenn man bedenkt, dass die auf dem Kapitalmarkt so ungeheuer in Mode gekommenen Credit-Default-Swaps (CDS) ihrem Wesen und ihrem originären Anspruch nach eine Versicherung sind, so kann es gar nicht anders sein, als dass sich über kurz oder lang die ersten Grenzberührungen zeigen werden.

- Das Übernahmerecht ist ein weiterer Nachbarschaftsanwärter. In dem bereits anlässlich des Gesellschaftsrechts angesprochenen Maße, in dem die Gesellschafter in das Verfahren einbezogen und hier insbesondere potentiell einem debt-equity-swap ausgesetzt werden, eröffnen sich interessante Übernahmealternativen: Unter dem Slogan 'loan to own' ist bereits angedeutet, was man mittels Darlehen alles so erreichen kann – man schafft nämlich damit eine Grundlage für eine potentielle Beteiligung (sie lässt sich gegebenenfalls zu einer Komplettübernahme ausbauen), die sich in einem Insolvenzverfahren erleichtert durchführen lässt.

- Die vielleicht erst im letzten Jahrzehnt so richtig in den Mittelpunkt gesellschaftsrechtlicher Diskussion gelangte Thematik der Corporate Governance hat gleichfalls viel mit Insolvenzvermeidung zu tun. Sollen doch die verschiedenen Codices einer Unternehmensführung den Weg weisen, wie man erfolgreich das Unternehmen steuert – also gerade den worst case vermeidet⁴⁰. Es kommt hinzu, dass diese Codices zu weiten Teilen die Lösung früherer Krisen (und damit – meist spektakulärer – Insolvenzen)

³⁹ Vgl. dazu VgK Brandenburg, Beschl. v. 19.12.2013 – VK 23/13, NZI 2014, 933.

⁴⁰ Dazu insbesondere A.Rokas, Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht, 2011, passim; s. aber auch Maesch, Corporate Governance in der insolventen Aktiengesellschaft, 2005, S. 75 ff.

beinhalten und sich somit gleichsam wie ein Negativabdruck früherer Fehler erweist.

- Die auch bis hierhin nur beispielhaft zu verstehende, gewisslich um weitere Rechtsgebiete anreicherbare Aufzählung von neu benachbarten Rechtsgebieten des modernen Insolvenzrechts soll abschließend noch um ein weiteres Gebiet– das überraschendste von allen – angereichert werden, das Völkerrecht⁴¹. Wenn nämlich das moderne Insolvenzrecht nicht mehr allein auf Zerschlagung ausgerichtet ist, sondern auf die Wiederherstellung der Schuldentragfähigkeit, so folgt daraus, dass diese Mechanismen – zumindest dem Grundsatz nach – auch auf die Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit von Staaten übertragen werden können. Dementsprechend ist denn auch insbesondere seit der Argentinienkrise im Jahre 2001 eine Diskussion entbrannt, ob überhaupt, und – wenn ja – wie ein derartiges Verfahren aussehen könnte. Diese Diskussion wurde noch einmal anlässlich der Griechenlandkrise angefeuert⁴². Die Vorschläge lehnen sich weitestgehend

⁴¹ Damit bleibt das öffentliche Recht ausgespart, das in großem Umfang mit dem Insolvenzrecht in Berührung kommt, wenn man über die Einführung eines Restrukturierungsverfahrens für Gemeinden nachzudenken beginnt; dazu etwa *Frielinghaus*, Die kommunale Insolvenz als Sanierungsansatz für die öffentlichen Finanzen, 2007; *Cranshaw*, Insolvenz- und finanzrechtliche Perspektiven der Insolvenz von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere Kommunen, 2007; Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen, April 2005, S. 17 ff.; v. *Lewinski*, Öffentlichrechtliche Insolvenz, 2011; *Paulus*, Insolvenzfähigkeit von Gemeinden - Pro, NordÖR 2010, 338 ff.

⁴² Eine Zusammenfassung der unterschiedlichen Ansätze findet sich etwa bei *Panizza / Sturzenegger / Zettelmeyer*, The Economics and Law of Sovereign Debt and Default, *Journal of Economic Literature*, 2009, 47:3, 651 ff. Ebenso *Rogoff/Zettelmeyer*, Bankruptcy Procedures for Sovereigns: A History of Ideas, 1976-2001, *IMF Staff Papers* 49, nr. 3, 2002. S. zum Ganzen auch *S. Schwartz* entwickelte Verfahren, welches der Struktur nach dem Chapter 11 des US-amerikanischen Bankruptcy Code entspricht (Sovereign Debt Restructuring: a Bankruptcy Reorganization Approach, *Cornell Law Review* 85, 956 ff.); der die vorhandenen Gerichte einbeziehende und auf dem Schutz der ex-ante Insolvenzanprüche basierende Vorschlag von *Bolton/Skeel*, Inside the Black Box: How should a Sovereign Bankruptcy Framework be Structured, in *Emory Law Journal* 53, 763 ff.); *Raffer*, welcher an die Lösung des Chapter 9-Verfahrens des US Bankruptcy Code anknüpft (Applying Chapter 9 insolvency to international debts: an economically efficient solution with a human face, *World Developments* 18 (2), 301

in einer Form oder der anderen an die Vorgaben des insolvenzrechtlichen Restrukturierungsrechts an⁴³.

C. Resümee

Der Beitrag hat versucht, zum einen eine Entwicklung der jüngeren Zeit, und zum anderen die sich daraus ergebenden Konsequenzen zu beleuchten. Aus beidem sollte zumindest so viel evident geworden sein, dass das, was vorstehend immer wieder als „modernes Insolvenzrecht“ bezeichnet wurde, eine qualitative Neuerung gegenüber dem traditionellen Insolvenzrecht darstellt. Während sich letzteres auf die Zerschlagung – und damit den Verkauf – der Masse konzentrierte, versucht ersteres, dem Schuldner wieder auf die Beine zu helfen oder gar, noch weiter im Vorfeld, die Insolvenz ganz zu vermeiden. Dass diese lohnende neue Aufgabe mit neuen Herausforderungen einhergeht, ist eine (im Grunde genommen) ebenso banale wie reizvolle Tatsache.

ff.); oder der International Debt Framework von *Berensmann/Schroeder*, A proposal for a new international debt framework for the prevention and resolution of debt crisis in middle-income countries, *Discussion Paper 2/2006*, Deutsches Institut für Entwicklungs-Politik.

⁴³ Dazu etwa *Paulus*, Die Eurozone und das größere Thema eines Staateninsolvenzrechts, in: *Kodek / Reinisch* (Hgg.), *Staateninsolvenz*, Wien 2011, S. 9 ff.; *ders.*, Prolegomena für die Schaffung eines Insolvenzrechts für Staaten, in: *Kadelbach* (Hg.), *Nach der Finanzkrise*, 2012, S. 105 ff.; *ders.*, Lehren aus den vergangenen Krisen und neue Ansätze zur Staateninsolvenz, in: *Giegerich* (Hg.), *Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise*, 2011, 135 ff.; *ders.*, Rechtliche Handhaben zur Bewältigung der Überschuldung von Staaten, *RIW* 2009, 11 ff.; *ders.*, Geordnete Staateninsolvenz – eine Lösung mit Hilfe des Vertragsrechts, *ZIP* 2011, 2433 ff.; *ders.*, Gläubiger oder neutrale Instanz – wer soll das schlingende Schiff steuern?, *ZSE*, 2012, 30 ff.; *ders.*, Sovereign Defaults to be Solved by Politicians or by a Legal Proceeding?, *Law and Economics Yearly Review* Vol. 1, Part 2, 2012, S. 203 ff. S. auch *Paulus/Tirado*, *Sweet and Lowdown: A Resolvency Process and the Eurozone's Crisis Management Framework*, *Law and Economics Yearly Review* 2013, S. 504 ff.