



Jana Julia Hübler

Die Eigenverwaltung des Schuldners als Instrument zur Unternehmenssanierung im Insolvenzverfahren

Beitrag des ESUG zur Erhöhung
der Bedeutung der Eigenverwaltung

Die Eigenverwaltung
des Schuldners als Instrument
zur Unternehmenssanierung
im Insolvenzverfahren

Europäische Hochschulschriften

European University Studies

Publications Universitaires Européennes

Reihe II Rechtswissenschaft

Series II Law

Série II Droit

Band/Volume **5478**

Jana Julia Hübler

Die Eigenverwaltung des Schuldners als Instrument zur Unternehmenssanierung im Insolvenzverfahren

Beitrag des ESUG zur Erhöhung
der Bedeutung der Eigenverwaltung

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2012

Gedruckt auf alterungsbeständigem,
säurefreiem Papier.

ISBN 978-3-653-02989-5 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-02989-5

D 38

ISSN 0531-7312

ISBN 978-3-631-64249-8

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2013

Alle Rechte vorbehalten.

PL Academic Research ist ein Imprint der Peter Lang GmbH.

Peter Lang – Frankfurt am Main · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Warszawa · Wien

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar.

Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Meinem Großvater

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2012/2013 von der Juristischen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Oktober 2012 berücksichtigt.

Mein erster und besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, *Professor Dr. Hanns Prütting*, der die Arbeit nicht nur angeregt, sondern ihr Entstehen mit großem Wohlwollen gefördert hat und mir auch in persönlicher Hinsicht stets zur Seite stand. *Professor Dr. Ulrich Ehricke, LL.M., M.A.* danke ich für die schnelle Anfertigung des Zweitgutachtens. Die Zeit an dem von ihm geschäftsführend geleiteten Institut für Internationales und Europäisches Insolvenzrecht der Universität zu Köln, war für mich sowohl in wissenschaftlicher als auch in persönlicher Hinsicht eine große Bereicherung. Besonders herzlicher Dank gilt an dieser Stelle auch *Professor Dr. Heinz Vallender*, der mir fortwährend in verschiedener Hinsicht mit richtungsweisenden Ratschlägen zur Seite stand.

Einen besonderen Dank richte ich an *Dr. Andreas Ringstmeier*, der mich sowohl in fachlicher als auch in persönlicher Hinsicht stets unterstützt hat.

Zudem bin ich der *FAZIT-Stiftung* zu großem Dank verpflichtet. Sie hat mich und mein Dissertationsvorhaben durch die Gewährung eines Promotionsstipendiums in überaus großzügiger Weise gefördert und die Erstellung dieser Arbeit erst ermöglicht.

Die Freundschaft meiner Kollegin *Sonja Reitzug* war für mich während der Zeit der Erstellung dieser Arbeit unverzichtbar. Besonders herzlicher Dank gilt auch meiner Kollegin *Monika Richardt-Westig*, die in mühevoller Arbeit das Manuskript Korrektur gelesen hat.

Von ganzem Herzen danke ich *Dr. Thiemo Schäfer, LL.M.*, der mich mit Liebe und unglaublicher Geduld bei der Erstellung dieser Arbeit begleitet hat.

Mein besonders inniger Dank gebührt meiner Mutter *Rita Maria Hübler*, die mir mein Leben lang in jeder Hinsicht bedingungslos beigestanden und mir so viel ermöglicht hat. Ohne ihren starken Rückhalt und den mir überlassenen Freiraum wäre diese Arbeit nicht zustande gekommen.

Köln, im März 2013

Jana Julia Hübler

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	1
Erster Teil: Unternehmenssanierung in der Insolvenz.....	8
A. Insolvenzgeschehen in Deutschland	9
I. Entwicklung der Insolvenzzahlen in den letzten Jahren.....	9
II. Ursachen dieser Entwicklung	12
1. Managementfehler.....	13
2. Erschwerte wirtschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen	13
a. Globalisierung	13
b. Unzureichende Eigenkapitalausstattung	15
c. Erschwerte Fremdfinanzierung	16
d. Riskante Mischfinanzierungen.....	18
e. Folgeinsolvenzen.....	20
3. „Stigma der Insolvenz“	20
III. Volkswirtschaftliche Bedeutung von Insolvenzen.....	22
IV. Zwischenergebnis	25
B. Die InsO als rechtlicher Rahmen zur Unternehmenssanierung	27
I. Entwicklung eines insolvenzrechtlichen Sanierungsgedankens	27
1. Vorgeschichte zur InsO	29
2. Insolvenzrechtsreform 1999	34
II. Ziel und Funktion des deutschen Insolvenzrechts.....	36
1. Insolvenzrecht als Verfahren zur Haftungsverwirklichung	36
2. Konzept der Marktkonformität.....	38
3. Sanierungsaufgabe	41
III. Sanierungsmaßnahmen und ihre Durchführung im Insolvenzverfahren	42
1. Grundlagen und Begriffe.....	42
a. Unternehmenskrise	43
b. Restrukturierung, Turnaround und Sanierung.....	47
aa. Restrukturierung	47
bb. Turnaround.....	47
cc. Sanierung	48
2. Sanierungsprüfung	50
a. Sanierungswürdigkeit.....	51
b. Sanierungsfähigkeit.....	52
c. Sanierungskonzept.....	54
3. Sanierungswege.....	55
a. Außergerichtliche Sanierung	56
b. Übertragende Sanierung	59
c. Insolvenzplanverfahren	61
d. Eigenverwaltung.....	64

IV. Zwischenergebnis	65
C. Praktische Relevanz von Unternehmenssanierungen in der Insolvenz.....	65
I. Relevanz übertragender Sanierungen und Insolvenzplanverfahren.....	66
II. Relevanz von Sanierungen in Eigenverwaltung.....	68
III. Bedeutung der Eigenverwaltung bei Großverfahren.....	72
IV. Zwischenergebnis	73
D. Ergebnis des Ersten Teils.....	74
Zweiter Teil: Die Eigenverwaltung des Schuldners als Sanierungsinstrument..	76
A. Entstehungsgeschichte	76
I. Eigenverwaltung im Gesetzgebungsverfahren	77
II. Vorbilder	79
1. Vergleichsordnung	80
2. U.S.-amerikanisches Chapter 11-Verfahren.....	82
3. (Eigen-)Zwangsverwaltung landwirtschaftlicher Grundstücke	84
III. Zwischenergebnis.....	84
B. Grundzüge der Eigenverwaltung.....	84
I. Eröffnungsverfahren	86
1. Insolvenzantrag	86
2. Sicherungsmaßnahmen.....	86
II. Eröffnetes Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung.....	87
1. Anordnung der Eigenverwaltung	87
2. Wahrnehmung der Verwalteraufgaben durch den Schuldner	87
III. Insolvenzplanverfahren in Eigenverwaltung.....	88
IV. Zwischenergebnis	88
C. Vorteile der Eigenverwaltung	89
I. Förderung der Sanierung und Fortführung von Unternehmen	89
II. Nutzbarmachung von Kenntnissen und Erfahrungen des Schuldners.....	90
III. Kostensenkung.....	94
IV. Anreiz zur frühzeitigen Antragstellung	95
V. Zwischenergebnis.....	96
D. Kritik an der Eigenverwaltung	97
I. Ungerechtfertigte Stärkung des Schuldners („Der Bock als Gärtner“)	98
II. Gefährdung des Verfahrenszwecks durch die Person des Schuldners	99
III. Ungehemmter Einsatz als Sanierungsinstrument.....	103
IV. Wegfall der abschreckenden Wirkung.....	106
V. Gefahr der Kleingläubigerbenachteiligung.....	106
VI. Unzulässige politische Einflussnahme.....	108
III. Zwischenergebnis.....	111
E. Modelle der Eigenverwaltung in anderen Rechtsordnungen.....	111
I. USA	111
1. debtor in possession	112

2. secured party in possession	113
II. England.....	114
1. company voluntary arrangement.....	115
2. scheme of arrangement.....	116
3. wrongful trading.....	117
III. Frankreich	117
1. procédure de conciliation	118
2. procédure de sauvegarde	119
IV. Österreich.....	120
1. Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung	121
2. Erste praktische Erfahrungen	122
V. Zwischenergebnis.....	124
F. Ergebnis des Zweiten Teils.....	124
Dritter Teil: Reform der Eigenverwaltung durch das ESUG.....	128
A. Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen	129
I. Reformbedarf im deutschen Insolvenzrecht	130
1. Reformbedarf des Insolvenzrechts im Allgemeinen	130
2. Reformbedarf bei der Eigenverwaltung	132
II. Das ESUG im Gesetzgebungsverfahren.....	134
III. Zwischenergebnis.....	137
B. Darstellung und Bewertung der Neuregelungen der §§ 270 ff. InsO.....	137
I. Änderungen im Bereich des Eröffnungsverfahrens.....	137
1. Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung	138
a. Zustimmung des antragstellenden Gläubigers.....	138
aa. Zustimmungserfordernis, § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO a.F.	139
bb. Fortfall des Zustimmungserfordernisses in § 270 Abs. 2 InsO n.F....	139
cc. Zwischenergebnis und Stellungnahme	140
b. Fehlende Gläubigerbenachteiligung als materielle Voraussetzung	143
aa. Nachteilsregelung, § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO a.F.....	144
(1) Abwägungs- und Beurteilungsspielraum.....	145
(a) Amtsermittlungspflicht, §§ 270 Abs. 1 S. 2, 5 Abs. 1 InsO a.F.	145
(b) Darlegungs- bzw. Feststellungslast des Schuldners	147
(2) Verzögerungs- und Nachteilsprognose.....	149
(a) Verzögerungsprognose	149
(b) Nachteilsprognose	150
bb. Gelockerte Nachteilsregelung, § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO n.F.....	154
(1) Eingeschränkte Amtsermittlungsbefugnis.....	155
(2) Kriterien der Nachteilsprognose	157
cc. Zwischenergebnis und Stellungnahme	159
c. Begründung der ablehnenden Entscheidung	161
aa. Ungeschriebene Begründungspflicht	161

bb. Begründungszwang, § 270 Abs. 4 InsO n.F.....	163
cc. Zwischenergebnis und Stellungnahme	163
d. Ergebnis.....	164
2. Beteiligung der Gläubiger im Eröffnungsverfahren.....	165
a. Gläubigerbeteiligung nach bisheriger Rechtslage	167
aa. Gläubigerausschuss, § 276 InsO.....	167
bb. (Vor-)Vorläufiger Gläubigerausschuss, §§ 270 Abs. 1, 67 InsO a.F.	168
b. Vorverlegung der Gläubigerbeteiligung, § 270 Abs. 3 InsO n.F.	171
c. Zwischenergebnis und Stellungnahme	173
aa. Hohe Schwellenwertgrenzen, § 22a Abs. 1 Nr. 1 bis 3 InsO n.F.	174
bb. Verfahrensverzögerung	175
(1) durch Ermittlung der Gläubiger.....	176
(2) durch widerstreitende Interessen	178
cc. Unterlaufen der bindenden Anhörungspflicht	180
d. Ergebnis.....	181
3. Bestellung eines vorläufigen Verwalters im Eröffnungsverfahren	181
a. Der vorläufige Insolvenzverwalter nach bisheriger Rechtslage	183
aa. Formen vorläufiger Insolvenzverwaltung.....	183
(1) starker vorläufiger Insolvenzverwalter	183
(2) schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter	185
(3) halbstarker vorläufiger Insolvenzverwalter	186
bb. Vorläufiger Insolvenzverwalter vor Eigenverwaltung	187
(1) Problematik einer vorläufigen Verwaltung vor Eigenverwaltung.....	188
(a) starker vorläufiger Insolvenzverwalter	188
(b) schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter	190
(2) Vorläufige Eigenverwaltung und vorläufiger Sachwalter	192
b. Vorläufige Verwaltung mit Zustimmungsvorbehalt	192
c. Ergebnis und Stellungnahme.....	194
4. Möglichkeit zur Rücknahme des Insolvenzantrags.....	195
a. Richterliche Hinweispflicht, §§ 4 InsO iVm 139 ZPO	195
b. Rücknahmemöglichkeit, § 270a Abs. 2 InsO n.F.	196
c. Ergebnis und Stellungnahme.....	197
5. Vorbereitendes Sanierungsverfahren („Schutzschirmverfahren“)	199
a. Bisherige Praxis.....	200
aa. Unternehmenssanierung außerhalb eines Insolvenzverfahrens	200
bb. Unternehmenssanierung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens.....	202
cc. Unzulänglichkeit der bisherigen Sanierungsmöglichkeiten	203
b. Schutzschirmverfahren, § 270b InsO n.F.	204
aa. Sinn und Zweck der Vorbereitung einer Sanierung	204
bb. Voraussetzungen des § 270b InsO n.F.	205
(1) Formelle Voraussetzungen	205
(2) Materielle Voraussetzungen	207

cc. Ablauf des Schutzschirmverfahrens	207
(1) Ausarbeitung des Insolvenzplans, § 270 b Abs. 1 InsO n.F.....	207
(2) Bestellung des vorläufigen Sachwalters, § 270 Abs. 2 S. 1 InsO n.F. 208	
(3) Sicherungsmaßnahmen, § 270b Abs. 2 S. 3 InsO n.F.	209
dd. Begründung von Masseverbindlichkeiten, § 270b Abs. 3 InsO n.F. .	210
ee. Beendigung des Schutzschirmverfahrens, § 270b Abs. 4 InsO n.F....	211
(1) Ablauf der Frist, § 270b Abs. 4 S. 3 Alt. 2 InsO n.F.....	211
(2) Aufhebung vor Ablauf der Frist, § 270b Abs. 4 InsO n.F.	212
(a) Voraussetzungen der Aufhebung.....	212
(aa) Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, § 270b Abs. 3 Nr. 1 RegE-ESUG	212
(bb) Aussichtslosigkeit der Sanierung, § 270b Abs. 4 Nr. 1 InsO n.F.	214
(cc) Antrag vorl. Gläubigerausschuss, § 270b Abs. 4 Nr. 2 InsO n.F.	214
(dd) Beantragung durch Gläubiger, § 270b Abs. 4 Nr. 3 InsO n.F.	214
(b) Rechtsfolgen der Aufhebung	215
c. Zwischenergebnis und Stellungnahme	215
aa. Publizität des Verfahrens.....	215
bb. Zeitpunkt des Eingreifens des Schutzschirms	216
cc. Aufwendiges Antragsverfahren	217
dd. Bescheinigung der Sanierungsaussichten.....	217
ee. Eingeschränkte Sanierungsmaßnahmen	219
ff. Länge der Frist.....	220
gg. Auswahl des vorläufigen Sachwalters.....	221
d. Ergebnis.....	223
II. Änderungen im Bereich des eröffneten Verfahrens	223
1. Nachträgliche Anordnung der Eigenverwaltung	224
a. Anordnung nur bei gescheitertem Antrag, § 271 InsO a.F.....	224
b. Einvernehmliche nachträgliche Anordnung, § 271 InsO n.F.....	226
c. Ergebnis und Stellungnahme	227
2. Aufhebung der Anordnung, § 272 InsO	227
a. Aufhebung nach bisheriger Rechtslage, § 272 InsO a.F.	228
b. Anforderungen Antrag einzelner Gläubiger, § 272 InsO n.F.....	228
c. Ergebnis und Stellungnahme	229
3. Gesellschaftsrechtliche Bindungen	230
a. Bisher fehlende gesetzliche Regelung der InsO	232
aa. Kollision von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht.....	233
bb. Nebeneinander von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht.....	234
cc. Miteinander von Gesellschafts- und Insolvenzrecht.....	235
dd. Überlagerung des Insolvenzszwecks über den Gesellschaftszwecks ..	235
b. Rechte von Überwachungsorganen, § 276a InsO n.F.	236
aa. Verdrängung des Einflusses von Aufsicht-/Gesellschafterorganen ...	236
bb. Abberufung/Neubestellung von Mitgliedern der Geschäftsleitung ...	237
c. Zwischenergebnis und Stellungnahme	237

aa. Einflusses von Aufsichts- und Gesellschafterorganen	238
bb. Abberufung/Neubestellung von Mitgliedern der Geschäftsleitung ...	240
d. Ergebnis.....	240
III. Rechtsmittel gegen die Ablehnung der Eigenverwaltung	241
1. Bisherige Unzulässigkeit von Rechtsmitteln.....	241
2. Keine Neuregelung durch das ESUG.....	241
3. Ergebnis und Stellungnahme.....	242
C. Erste Erfahrungen seit Inkrafttreten des ESUG am 01.03.2012	242
I. Anstieg der Anträge auf Verfahrensabwicklung in Eigenverwaltung.....	243
II. Zentrales Problem: Begründung von Masseverbindlichkeiten	244
1. Fehlen einer gesetzlichen Regelung.....	245
2. Bisheriger Streitstand	245
a. AG Fulda	246
b. AG Köln.....	246
c. AG Hamburg	247
d. AG München.....	247
3. Dogmatischer Ansatz	247
a. Kein abschließender Regelungsgehalt des § 270b Abs. 3 InsO n.F.	248
b. Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften.....	249
aa. Einzelermächtigung gemäß §§ 21, 22 InsO.....	249
bb. §§ 21, 22 InsO im Eröffnungsverfahren nach § 270a InsO n.F.	250
cc. Lösungsmodelle	251
(1) Lösungsmodell 1: Ermächtigung des vorläufigen Sachwalters.....	251
(2) Lösungsmodell 2: Ermächtigung des Schuldners.....	253
(a) Rechtsgedanke des § 270b Abs. 3 InsO n.F.	255
(b) Einzelermächtigung gemäß § 22 Abs. 2 InsO analog	256
(3) Lösungsmodell 3: Vorbehalt der Sachwalterzustimmung.....	258
III. Ergebnis und Stellungnahme	259
D. Ergebnis des Dritten Teils.....	260
Vierter Teil: Gesamtergebnis und Ausblick	263
Anhang: Synopse der wesentliche Änderungen der InsO durch das ESUG.....	265
Literaturverzeichnis	270

Einleitung

In den Jahren 2008 und 2009 übertrug sich die weltweite Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise¹ auch in Deutschland auf die Realwirtschaft und führte zu einem schlagartigen Anstieg von Unternehmenszusammenbrüchen.² Selbst Traditionsunternehmen, die bislang zu den Marktführern ihrer Branche gehörten, blieben von existenzbedrohenden Krisen nicht verschont und gelangten mitunter in einen Insolvenzstrudel, an dessen Ende der Gesamtverkauf des Unternehmens oder die Zerschlagung und der Verkauf von überlebensfähigen Unternehmensanteilen stand.³ Nachdem im Jahr 2009 insbesondere Großunternehmen Insolvenz anmelden mussten, waren im Jahr 2010 vor allem kleinere und mittelständische Betriebe betroffen.⁴ Angesichts dieser Auswirkungen stehen Insolvenzen aktuell wieder im Vordergrund des öffentlichen Interesses und des politischen Geschehens.

Insbesondere Großinsolvenzen wie die Verfahren *SinnLeffers*, *PIN Group*, *AgfaPhoto*, *KirchMedia*, *Babcock Borsig*, *Holzmann*, *FlowTex* und zuletzt *Arcandor* haben einen hohen publizistischen Aufmerksamkeitswert und sind mittlerweile aus der täglichen Berichterstattung der Medien kaum noch wegzuden-

1 Die weltweite Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise hatte ihren Beginn im Frühjahr 2007 mit der U.S.-Immobilienkrise, die unter anderem Folge eines spekulativ aufgeblähten Wirtschaftswachstums in den USA und einer weltweiten kreditfinanzierten Massenspekulation war. Die Krise äußerte sich zunächst in Verlusten und Insolvenzen bei Unternehmen im Finanzsektor. Den Höhepunkt der Krise stellte der Zusammenbruch der U.S.-amerikanischen Großbank Lehman Brothers im September 2008 dar, was mehrere Staaten dazu veranlasste große Finanzdienstleister, wie die American International Group, UBS oder die Commerzbank durch staatliche Fremd- und Eigenkapitalspritzen erhalten zu können. Auch die Staatsverschuldung einiger Länder der Eurozone, allen voran Griechenland, stieg krisenbedingt an und die Zahlungsfähigkeit wird nur mit internationalen Hilfskrediten aufrechterhalten; vgl. zur Finanzkrise und Reformbedarf, *Hellwig*, NJW-Beil. 2010, 94ff.; ebenso *Jaffé*, ZHR 2011, 38, 38.f.

2 *Bitter/Röder*, ZInsO 2009, 1283, 1284.

3 Dazu gehören insbesondere: der oberfränkische Porzellanhersteller *Rosenthal*, der traditionsreiche Modellbauer *Märklin*, der Wäschehersteller *Schiesser*, die Warenhauskette *Hertie*, die Billigkaufhauskette *Woolworth*, der Herrenausstatter *Pohland*, der Handels- und Touristikonzerns *Arcandor*, der Klavierbauer *Schimmel*, der Luxusmode-Hersteller *Escada* sowie der Einzelhändler *Sinn-Leffers*.

4 *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen - Gesamtjahr 2010, abrufbar unter http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen/index.jsp

ken. Mit Headlines wie „Das Jahr der Mega-Pleiten“⁵, „340.000 Insolvenzen seit dem Jahr 2000“⁶, „Zahl der Insolvenzen steigt trotz Konjunkturbelebung“⁷, „Eine Pleite, viele Pleiten“⁸ oder „Eine Dynastie in Turbulenzen“⁹ wird die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens regelmäßig als unternehmerisches Scheitern und als unvermeidliches Aus für das schuldnerische Unternehmen propagiert. Selbst Spitzenpolitiker stehen dem in nichts nach. So äußerte sich beispielsweise der damalige SPD-Fraktionsvorsitzende *Peter Struck*, selbst Jurist, in einem Deutschlandfunkinterview „Jeder weiß, was Insolvenz in Deutschland bedeutet. Dann ist ein Unternehmen pleite und dann geht es bergab.“¹⁰ Die Öffentlichkeit nimmt den Schuldner damit regelmäßig als Rechtsbrecher wahr, der nicht zur rechten Zeit oder in der geschuldeten Art und Weise erfüllen kann.¹¹

Kein Wunder also, dass das deutsche Insolvenzverfahren sein Stigma¹² nicht los wird und für Unternehmer weiterhin als rotes Tuch gilt. Lieber wird der Sitz des Unternehmens ins Ausland, vor allem nach England verlegt, damit nicht deutsches, sondern ausländisches Insolvenzrecht gilt und ein „problemloseres Insolvenzverfahren“ durchgeführt werden kann. Dabei stellt die Liquidation des Unternehmens nur einen Weg dar, den die Insolvenzordnung zur bestmöglichen Gläubigerbefriedigung vorsieht. Neben der übertragenden Sanierung ist vor allem auch eine Sanierung des Unternehmensträgers selbst möglich. Dass die Insolvenz auf diese Weise gerade die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Bewältigung der Krise schaffen kann, ohne dass das Unternehmen verkauft oder zerschlagen wird, wird damit oftmals übersehen.

Dieses verbreitete fehlerhafte Verständnis des Insolvenzrechts trägt dazu bei, dass der Insolvenzantrag in der Regel nicht nur rechtlich, sondern auch wirt-

5 Handelsblatt v. 18.12.2009, abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/das-jahr-der-mega-pleiten/3330414.html#image>.

6 Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 28.12.2009, abrufbar unter <http://m.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/bilanz-340-000-insolvenzen-seit-dem-jahr-2000-1900013.html>

7 Die Zeit v. 09.06.2010, abrufbar unter <http://www.zeit.de/wirtschaft/2010-06/insolvenzen-zahl-steigt>.

8 Süddeutsche Zeitung v. 18.08.2008, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/insolvenzen-eine-pleite-viele-pleiten-1.593182>.

9 Handelsblatt v. 14.12.2010, abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-dienstleister/eine-dynastie-in-turbulenzen/3675948.html>.

10 *Peter Struck* über die Entwicklung im Fall *Opel*, Gespräch mit *Dirk Müller* v. 25.05.2009, abrufbar unter http://www.dradio.de/dlf/sendungen/interview_dlf/970359/. Ähnlich: *Braun*, NZI 2003, 588, 588.

11 Es gilt insofern die althergebrachten Vorstellung, ein Insolvenzschnuldner sei eigentlich zu bestrafen.

schaftlich zu spät gestellt wird. Empirische Untersuchungen haben gezeigt, dass die Antragstellung im Durchschnitt erst ca. 10 Monate nach Eintritt der materiellen Insolvenz und damit deutlich nach dem *point of no return* erfolgt.¹³

Die Gründe dafür sind insbesondere psychologischer Art: Eine Krise wird meist verkannt bzw. die Augen werden erst dann geöffnet, wenn die Liquidität knapp wird oder die Gläubiger, in der Regel die Banken, den Druck massiv erhöhen.¹⁴ Die Geschäftsleitung ringt sich häufig erst dann zu einem Insolvenzantrag durch, wenn eine Sanierung tatsächlich nicht mehr in Betracht kommt, etwa weil – abgesehen von der fehlenden Liquidität – auch die zur Betriebsfortführung erforderlichen *assets*, beispielsweise infolge von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, nicht mehr zur Verfügung stehen oder das Mietverhältnis über die Geschäftsräume ebenso wie Teile der Arbeitsverhältnisse wegen Zahlungsrückständen gekündigt wurden und der Geschäftsbetrieb damit praktisch zum Erliegen gekommen ist.¹⁵ Diese Mentalität hat fatale Konsequenzen: Wurde der Karren erst einmal an die Wand gefahren, ist also die letzte Masse verbraucht, nützt auch das beste Sanierungskonzept nichts mehr und dem bestellten Insolvenzverwalter bleibt tatsächlich kaum eine andere Wahl, als das noch vorhanden Vermögen einzeln zu verwerten¹⁶.

Kern des Problems der verspäteten Antragstellung ist neben einer derzeit fast unvermeidbar eintretenden Rufschädigung infolge der Insolvenzeröffnung vor allem der mit der Eröffnung einhergehende Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, also die Entmachtung der Geschäftsleitung. Die Frage, wer diese Rechte ausübt, ist eine Grundsatzfrage des Insolvenzverfahrens und deshalb so elementar, weil der Inhaber der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis als Herr des Verfahrens die Art und Weise der Abwicklung und damit in ganz erheblichem Maße das Ergebnis des Insolvenzverfahrens mitbestimmt.¹⁷

Grundsätzlich geht gemäß § 80 Abs. 1 InsO bei Verfahrenseröffnung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis für die Insolvenzmasse vom Schuldner auf einen vom Gericht bestellten Insolvenzverwalter über.¹⁸ Damit bleibt der

13 *Kirstein*, ZInsO 2006, 966, 967; vgl. auch *Bitter/Röder*, ZInsO 2009, 1283, 1287, wonach im Jahr 2009 66 Prozent der Insolvenzanträge zu spät, 25 Prozent der Anträge nach einer gerade noch vertretbaren Wartezeit und lediglich 9 Prozent der Anträge zum frühestmöglichen Zeitpunkt gestellt wurden.

14 *Fröhlich/Sittel* in: von Leoprechting, Unternehmenssanierung, S. 227.

15 *Gless/Undritz* in: Brühl/Göpfert, Unternehmensrestrukturierung, S. 329.

16 *Gless/Undritz* in: Brühl/Göpfert, Unternehmensrestrukturierung, S. 329.

17 *Wittig/Tetzlaff* in: MüKo, InsO, Vorb. zu §§ 270 bis 285, Rn. 1; *Grub*, in: Kölner Schrift, S. 678, Rn. 19.

18 Vgl. nur *Wittig/Tetzlaff* in: MüKo, InsO, Vorb. zu §§ 270 bis 285, Rn. 1.

Schuldner zwar Eigentümer der Massegegenstände, die Verwaltungs- und Verfügungsmacht wird aber vom Recht abgespalten und dem Insolvenzverwalter zugewiesen.¹⁹ Aus Sicht vieler Unternehmer ist mit einer frühzeitigen Antragstellung daher „nichts zu gewinnen“ und bewirkt nur einen frühzeitigen Verlust ihrer „Macht“.

Dieses Problem hatte bereits der Gesetzgeber der 1994 beschlossenen und am 01.01.1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung gesehen. Damals hatte die verspätete Antragstellung regelmäßig dazu geführt, dass Verfahren aufgrund Masselosigkeit erst gar nicht eröffnet werden konnten und die Gläubiger letztlich auf ihren Forderungen sitzen blieben. Um den Anteil der masselosen Verfahren senken, die Befriedigungsquote der Insolvenzgläubiger erhöhen und darüber hinaus einen bisher nicht vorhandenen Rahmen für die Sanierung notleidender Unternehmen gestalten zu können, sollte der Schuldner zu einer frühzeitigen Insolvenzantragstellung motiviert werden. Als Anreiz für eine solche frühzeitige Antragstellung, wurde mit den §§ 270 ff. InsO das Instrument der Eigenverwaltung des Schuldners und damit die Möglichkeit für den Schuldner geschaffen, die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis im eröffneten Insolvenzverfahren zu behalten. Auf diese Weise kann der Schuldner, anders als im Regelinsolvenzverfahren, die Zügel weiter in der Hand behalten.

Die angedachten Wirkungen traten in der insolvenzrechtlichen Praxis jedoch nicht ein. Abgesehen von einigen prominenten Ausnahmen, wie *Holzmann*, *Babcock Borsig*, *KirchMedia* oder *SinnLeffers* fristet die Eigenverwaltung gut zwölf Jahre nach ihrer Einführung lediglich ein Schattendasein.²⁰ Dieser (ausgebliebenen) Entwicklung will das Bundesjustizministerium mit dem „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“, im Folgenden ESUG²¹, entgegentreten:

Hauptproblem des Insolvenzrechts sei nach wie vor, dass ein frühzeitiger Antrag mit dem Ziel der Sanierung des Unternehmens die große Ausnahme bilde und damit regelmäßig die Grundlage für eine aktive Steuerung der Sanierung von Unternehmen fehlen würde.²² Die Sanierungsinstrumente, die die Insolven-

19 Uhlenbruck in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO, § 80, Rn. 6, 81.

20 Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, Kap. 14, Rn. 3.

21 Dieses Kürzel für den wenig griffigen Titel des Gesetzes entstand bei der Planung eines ZIP-Kolloquiums in Köln, welches am 31.08.2010 als erste Fachveranstaltung den Diskussionsentwurf des ESUG kritisch besprach. Das Bundesjustizministerium hat die vorgeschlagene Abkürzung übernommen.

22 Rede der Bundesjustizministerin *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger* zum Thema: „Gesetzgeberische Schritte zu einem modernen Insolvenzrecht – Reformbedarf und Reformvorhaben in der Diskussion“ am 22.02.2011 auf dem Symposium des Instituts

zordnung bisher bereit hielt, hätten bislang eine nur geringe Bedeutung, dies gelte insbesondere für die Eigenverwaltung des Schuldners.

Das Institut der Eigenverwaltung soll daher gestärkt und durch Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses bei den Verfahrensvoraussetzungen hervorgehoben werden. Dadurch sollen die Gerichte, die bislang eine überwiegend ablehnende Haltung gegenüber der Eigenverwaltung eingenommen haben,²³ gezwungen werden, sich ernsthafter als bisher mit den Möglichkeiten der Eigenverwaltung auseinanderzusetzen. Befürwortet der Gläubigerausschuss sie einhellig, soll das Gericht daran gebunden sein.

Als Kernstück der Neuregelungen wird das so genannte „Schutzschirmverfahren“ des § 270b InsO n.F. angesehen. Demnach wird der Schuldner künftig bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Möglichkeit erhalten, innerhalb von drei Monaten in einem besonderen Eröffnungsverfahren unter Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters und frei von Vollstreckungsmaßnahmen, in Eigenverwaltung einen Sanierungsplan auszuarbeiten, der anschließend als Insolvenzplan umgesetzt werden kann. Das Gericht soll nicht nur regelmäßig den vom Schuldner Vorgeschlagenen als vorläufigen Sachwalter einsetzen, auf Antrag soll das Gericht auch dazu verpflichtet sein, Zwangsvollstreckungen gegen den Schuldner zu untersagen oder einstweilen einzustellen. Zudem dürfe das Gericht im Schutzschirmverfahren weder einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen noch dem Schuldner die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen entziehen.

Voraussetzung für eine rechtzeitige Antragstellung sei aber auch ein Sinnes- bzw. Paradigmenwechsel hin zu einer neuen „Insolvenzkultur“, nach der eine Insolvenz nicht als persönliches Scheitern und wirtschaftliches Versagen, sondern als zweite Chance verstanden werde.²⁴ Insgesamt soll das Insolvenzrecht durch das ESUG stärker als „Chance zur Unternehmenssanierung“ greifbar gemacht werden.²⁵ Auch hinsichtlich der zunehmenden grenzüberschreitenden

der Wirtschaftsprüfer, abrufbar unter http://www.bmj.de/SharedDocs/Termine/DE/2011/20110222_Symposium_Institut_der_Wirtschaftspruefer.html.

23 Als Reaktion auf diese ablehnende Haltung einiger Gerichte, verlegten Unternehmen vor einer Antragstellung teilweise sogar ihren Sitz in einen anderen Gerichtsbezirk, um auf diese Weise überhaupt eine Chance auf Anordnung der Eigenverwaltung zu bekommen.

24 Rede der Bundesjustizministerin *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger*, MdB beim 7. Deutschen Insolvenzrechtstag der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht im Deutschen Anwaltverein am 17. März 2010 in Berlin.

25 Pressemitteilung des Bundesjustizministeriums zum Regierungsentwurf v. 23.02.2011, abrufbar unter http://www.bmj.de/cln_155/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/

Insolvenzverfahren und der damit erforderlich gewordenen Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Insolvenzrechts müssten die zahlreichen Hindernisse auf dem Weg einer frühzeitigen Sanierung insolvenzbedrohter Unternehmen beseitigt werden.²⁶ Das Insolvenzverfahren soll daher künftig für alle Beteiligten planbarer und effektiver ausgestaltet sein und so einen verbesserten Rahmen für die Fortführung sanierungsfähiger Unternehmen und den Erhalt von Arbeitsplätzen bieten.

So wenig wie die Insolvenz aber ein sofortiges Todesurteil darstellt, so wenig ist sie auch ein Allheilmittel.²⁷ Nicht jede Insolvenz ermöglicht eine Sanierung. Das deutsche Insolvenzrecht ist traditionell Haftungsrecht und das Ziel eines jeden Insolvenzverfahren ist die bestmögliche und gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger.²⁸ Zwar kann dem deutschen Insolvenzrecht auch eine Sanierungsaufgabe zugesprochen werden, es dürfen aber keine falschen Anreize gesetzt werden: Weder Misswirtschaft darf belohnt noch das falsche Unternehmen gestärkt werden. Sanierungsrecht bedeutet keinen Bestandsschutz für Verlustproduktionen und das Insolvenzrecht soll demzufolge nur dazu dienen, marktwirtschaftlich sinnvolle Sanierungen zu ermöglichen und sinnwidrige Sanierungen zu verhindern.²⁹

Ziel dieser Arbeit ist es darzustellen, welche Vorteile die Eigenverwaltung des Schuldners für die Sanierung von Unternehmen grundsätzlich bietet, welche Hindernisse eine Anordnung bisher erschwert haben, ob diese Hindernisse durch das ESUG beseitigt werden können bzw. ob hierdurch die Sanierungschancen von Unternehmen tatsächlich begünstigt werden können. Insbesondere durch die Regelungen der §§ 270, 270a, 270b, 270c und 276a InsO n.F. soll dem Schuldner der Weg in die Sanierung durch einen Antrag auf Eigenverwaltung erleichtert werden.

Auch stellt sich die Frage, ob die Neuregelungen die Gläubigerinteressen bzw. die Eigendynamik des wirtschaftlichen Geschehens ausreichend berücksichtigen.

Der erste Teil beschäftigt sich mit der Unternehmenssanierung in der Insolvenz im Allgemeinen. Es wird zunächst das Insolvenzgeschehen in Deutschland

2011/20110223_Mentalitaetswechsel_fuer_eine_andere_Insolvenzkultur.html?nn=1468940.

26 Rede der Bundesjustizministerin *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger*, MdB beim 7. Deutschen Insolvenzrechtstag der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht im Deutschen Anwaltverein am 17. März 2010 in Berlin.

27 *Rattunde*, ZIP 2003, 2103, 2104.

28 *Windel* in: Riesenhuber, Das Prinzip der Selbstverantwortung, § 18, S. 461.

29 *Rattunde*, ZIP 2003, 2103, 2104.

aufgezeigt, denn die Entwicklung der Insolvenzzahlen der letzten Jahre und die Ursachen bzw. die volkswirtschaftliche Bedeutung von Insolvenzen begründen erst das Bedürfnis nach einer Reform des deutschen Insolvenzrechts. Zudem wird die Insolvenzordnung als rechtlicher Rahmen zur Unternehmenssanierung dargestellt. Hier wird zunächst auf die Entwicklung eines insolvenzrechtlichen Sanierungsgedankens sowie auf das Ziel und die Funktion des deutschen Insolvenzrechts eingegangen. Darauf folgt eine Darstellung der Sanierungsmaßnahmen und ihrer Durchführung im Insolvenzverfahren. Es werden vor allem wesentliche Grundlagen und Begriffe der Sanierungspraxis erläutert, auf die im Verlauf der Arbeit des Öfteren Bezug genommen wird. Den Abschluss des ersten Teils bildet eine Überprüfung der bisherigen Anzahl und Erfolge von Unternehmenssanierungen in der Insolvenz.

Der zweite Teil befasst sich mit der Eigenverwaltung des Schuldners als Sanierungsinstrument im Speziellen. Hier werden die Entstehungsgeschichte der Eigenverwaltung und die Grundzüge der Eigenverwaltung kurz erläutert. Daran schließt sich eine Darstellung der Vorteile der Eigenverwaltung sowie der wesentlichen Kritik an diesem Sanierungsinstrument an. Schließlich werden Modelle der Eigenverwaltung in den Rechtsordnungen der USA, Englands, Frankreichs und Österreichs vorgestellt.

Gegenstand des dritten Teils ist die Reform der Eigenverwaltung durch das ESUG. Hier wird zuerst das ESUG kurz vorgestellt, um daraufhin die Neuregelungen der §§ 270 ff. InsO n.F. einer ausführlichen kritischen Würdigung zu unterziehen. Im Anschluss daran wird auf die ersten Erfahrungen mit den Neuregelungen ein halbes Jahr nach Inkrafttreten des ESUG zum 01.03.2012 eingegangen.

Der vierte Teil enthält das Gesamtergebnis sowie einen Ausblick auf die künftigen Sanierungschancen deutscher Unternehmen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung.

Erster Teil: Unternehmenssanierung in der Insolvenz

Das Wort „Sanierung“ leitet sich aus dem lateinischen *sanare* ab und bedeutet „heilen“.³⁰ In Bezug auf Unternehmen vereint dieser Begriff alle Maßnahmen unternehmenspolitischer, strategischer, organisatorischer, finanzieller, leistungswirtschaftlicher und rechtlicher Art, die es ermöglichen, das betreffende Unternehmen aus einer existenzbedrohenden Krise herauszuführen und seine Ertrags- und Überlebensfähigkeit wieder herzustellen.³¹ Durch die Unternehmenssanierung wird demnach nicht nur die akute Existenzbedrohung des Unternehmens gestoppt, sondern es wird andererseits die konzeptionelle Grundlage geschaffen, das Unternehmen langfristig stabil, wettbewerbsfähig und damit gewinnorientiert auszurichten.³²

Eine Unternehmenssanierung ist sowohl ohne als auch mit Insolvenzverfahren und daher in jedem Krisenstadium möglich. Je weiter allerdings die Krise fortgeschritten ist, desto schwieriger wird regelmäßig ihre Überwindung für das Unternehmen, denn eine Fortführung des Unternehmens kann nur dann gelingen, wenn das Betriebsvermögen nicht völlig aufgezehrt ist.³³ Im Idealfall sollten Sanierungsmaßnahmen daher bereits außergerichtlich und zwar zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem noch kein Insolvenzgrund vorliegt.

Wurde eine außergerichtliche Sanierung aber nicht durchgeführt oder konnten die getroffenen Maßnahmen nicht zu einer Überwindung der Krise führen, kann bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Unternehmens eröffnet und die Insolvenz als Mittel der Sanierung genutzt werden. Möglich sind dann entweder die Sanierung des Unternehmensträgers selbst oder die übertragende Sanierung, also der Verkauf des Unternehmens als Ganzes oder eines Betriebsteils.

Vielfach wird betont, dass der Erhalt eines Unternehmens im öffentlichen Interesse steht, da er dazu beiträgt, insolvenzbedingte Arbeitslosigkeit genauso

30 *Körner*, Unternehmensturnaround durch Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 116; *Seibert* in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht Europa, Deutschland, 2. Teil: Länderberichte, Deutschland, Rn. 185.

31 *Flessner*, ZRP 1982, 244, 244; *Kautzsch*, Unternehmenssanierung im Insolvenzverfahren, S. 17; *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 3; *Seibert* in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht Europa, 2. Teil: Länderberichte, Deutschland, Rn. 185.

32 *Seibert* in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht Europa, 2. Teil: Länderberichte, Deutschland, Rn. 185.

33 *Icks/Kranzusch*, Sanierung in Insolvenzverfahren, S. 2.

wie Folgeinsolvenzen weiterer Unternehmen zu verhindern. Ob aber die Sanierung oder aber die Liquidation des jeweiligen Unternehmens gewählt wird, ist immer eine Frage des Einzelfalls, deren Beantwortung stets nach dem Ziel des Insolvenzverfahrens – der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung – zu erfolgen hat. Ist zu erwarten, dass mit der Sanierung des Unternehmens eine höhere Befriedigungsquote erreicht werden kann als mit der Liquidation, kann der Erhalt des Unternehmens unter Umständen die bessere Alternative (für die Gläubiger) darstellen.

A. Insolvenzgeschehen in Deutschland

Jahr für Jahr wird das Ende der Insolvenzwelle prognostiziert.³⁴ Aber nicht nur die regelmäßig erstellten Insolvenzstatistiken, sondern auch spektakuläre Großinsolvenzen belegen das Gegenteil. Seit dem Zusammenbruch der „New Economy“ im Jahr 2000 und vor allem infolge der weltweiten Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise in den Jahren 2008 und 2009 ist die Zahl der Unternehmensinsolvenzen in Deutschland substanziell gestiegen. Prominente Beispiele sind die Insolvenzen von Traditionsunternehmen, wie beispielsweise in der Konsumgüterbranche (*Agfa Photo, Herlitz, Arcandor*), im Einzelhandel (*Ihr Platz*), in der Industrie (*Babcock Borsig, Kögel Fahrzeugbau*), in der Baubranche (*Walter Bau, Philipp Holzmann*) sowie in der Medienbranche (*Kirch Media*). Neben diesen sichtbaren Beispielen gibt es aber auch eine Vielzahl weiterer Insolvenzen vor allem im als „Rückgrat der deutschen Wirtschaft“ geltenden Mittelstand.³⁵ So spielte sich vor allem in den letzten Jahren ein Gros des Insolvenzgeschehens im kleinen Mittelstand und im Kleingewerbe ab.³⁶

Die Ursachen der Insolvenzen sind dabei vielschichtig und reichen von Managementfehlern über geänderte wirtschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen bis hin zu psychologischen Gründen.

I. Entwicklung der Insolvenzzahlen in den letzten Jahren

In der Zeit von 1950 bis Anfang der 70er-Jahre war die Insolvenzrate praktisch konstant und es kam sogar bis Mitte der 60er-Jahre zu einem erheblichen Rück-

34 *Rattunde*, ZIP 2003, 2103, 2103.

35 *Vennemann*, Unternehmenssanierung, S. 9; *Bitter/Röder*, ZInsO 2009, 1283, 1284.

36 *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen - Gesamtjahr 2010, abrufbar unter http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen/index.jsp.

gang. Mitte der 70er-Jahre stieg die Insolvenzrate dann steil an und beschleunigte sich seit den 90er-Jahren erheblich. In den Jahren 1991 bis 2005 stieg die Zahl der Unternehmensinsolvenzen wieder kontinuierlich an, wobei in den Jahren 2003 und 2004 mit jeweils über 39.000 Insolvenzverfahren der (vorläufige) Zenit erreicht wurde. Der darauf folgende Wirtschaftsaufschwung führte bis 2007 kurzfristig wieder zu einem Rückgang der Unternehmensinsolvenzen auf lediglich 29.150 Verfahren.³⁷

Während der weltweiten Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise stiegen die Unternehmensinsolvenzen im Rezessionsjahr 2009 sprunghaft auf 32.930 an, was einen Zuwachs von 11,3 Prozent bedeutete.³⁸ Trotz einiger Großinsolvenzen waren größere Unternehmen seltener von der Insolvenz betroffen als kleinere und mittlere Unternehmen: Lediglich 2.200 Insolvenzen entfielen auf Unternehmen mit einem Umsatz über 5 Millionen Euro, von denen 1.790 Unternehmen einen Umsatz zwischen 5 und 25 Millionen Euro hatten.³⁹ Knapp 94 Prozent aller Unternehmensinsolvenzen in 2009 entfielen dagegen auf Unternehmen mit einem Umsatz bis 5 Millionen Euro bzw. mit bis zu maximal etwa zwanzig Angestellten. Jeder vierte Insolvenzantrag betraf Unternehmen mit einem Umsatz von weniger als 100.000 Euro.⁴⁰

Für 2010 rechneten die Experten ursprünglich mit einer weiteren Steigerung der Unternehmensinsolvenzen um mindestens 10 Prozent.⁴¹ Diese Entwicklung ist aber wider Erwarten ausgeblieben und der Konjunkturaufschwung hat erstmals seit 2007 für sinkende Insolvenzzahlen gesorgt, so dass im Jahr 2010 mit

37 *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen - Gesamtjahr 2008, abrufbar unter http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen/index.jsp.

38 *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen - Gesamtjahr 2009, abrufbar unter http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen/index.jsp.

39 *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen - Gesamtjahr 2009, abrufbar unter http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen/index.jsp.

40 *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen - Gesamtjahr 2009, abrufbar unter http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen/index.jsp.

41 Grundsätzlich stellt die Entwicklung der Unternehmensinsolvenzen einen sog. „Spätindikator“ dar, indem sie dem Konjunkturverlauf historisch mit einem zeitlichen Abstand von ca. neun bis zwölf Monaten folgt.

insgesamt 32.100 Unternehmensinsolvenzen 2,5 Prozent weniger registriert wurden als im Vorjahr.⁴²

Im ersten Halbjahr 2011 verringerte sich die Zahl der Unternehmensinsolvenzen noch weiter auf 14.960, so dass ein Rückgang von 11,1 Prozent gegenüber dem Vorjahreszeitraum, in dem noch 16.820 Unternehmen Insolvenz anmeldeten, zu verzeichnen war.⁴³

In diesem Sinne lesen sich die Zahlen gut. Allerdings wurde im Jahr 2010 mit 73,5 Prozent nur für rund drei Viertel der Insolvenzanträge das Insolvenzverfahren eröffnet.⁴⁴ Die Anzahl der masselosen Insolvenzen vor allem kleinerer Unternehmen ist demnach höher als im Jahr 2009 (74,5 Prozent).⁴⁵

Überhaupt hat sich das Insolvenzgeschehen in den Jahren 2010 und 2011 deutlich verlagert. Nachdem im Jahr 2009 noch Aufsehen erregende Großinsolvenzen das Insolvenzgeschehen in Deutschland beherrschten, wurde 2010 von Insolvenzen im mittelständischen Wirtschaftsbereich geprägt.

Jahr	Gesamtinsolvenzen		Unternehmensinsolvenzen	
1999	33.870	- 0,3%	26.620	- 4,3%
2000	41.780	+ 23,4%	27.930	+ 4,9%
2001	49.510	+ 18,5%	32.390	+ 16,0%
2002	84.330	+ 70,3%	37.620	+ 16,1%
2003	100.350	+ 19,0%	39.470	+ 4,9%
2004	118.260	+ 17,8%	39.270	- 0,5%
2005	136.570	+ 15,5%	36.850	- 6,2%
2006	161.320	+ 18,1%	34.040	- 7,6%
2007	164.750	+ 2,1%	29.150	- 14,4%
2008	155.910	- 5,4%	29.580	+ 1,5%

42 *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen - Gesamtjahr 2010, abrufbar unter http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen/index.jsp.

43 *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen – 1. Halbjahr 2011, abrufbar unter http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen/index.jsp.

44 Für das Jahr 2011 liegen hierfür noch keine Angaben vor.

45 *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen - Gesamtjahr 2010, abrufbar unter http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen/index.jsp.

2009	162.870	+ 4,5%	32.930	+ 11,3%
1. Hj. 2010	85.310	+ 7,8%	16.820	- 3,8%
2010	169.840	+ 4,3%	32.060	- 2,6%
1. Hj. 2011	79.270	- 7,1%	14.960	- 11,1%

Abb. 1: Insolvenzen in Deutschland (Quelle: Creditreform, Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen, 1. Halbjahr 2011)

Jahr	Unternehmensinsolvenzen	mangels Masse abgelehnt	
1999	26.620	18.803	70,6 %
2000	27.930	16.502	59,1 %
2001	32.390	17.763	54,8 %
2002	37.620	16.310	43,4 %
2003	39.470	16.530	41,9 %
2004	39.270	15.660	39,9 %
2005	36.850	13.590	36,9 %
2006	34.040	11.300	33,2 %
2007	29.150	8.690	29,8 %
2008	29.580	8.010	27,0 %
2009	32.930	8.410	25,5 %
2010	32.100	8.500	26,5 %

Abb. 2: Massearme Unternehmensinsolvenzen in Deutschland (Quelle: Creditreform, Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen, Gesamtjahr 2010)⁴⁶

II. Ursachen dieser Entwicklung

Die Ursachen für den Anstieg der Unternehmensinsolvenzen in Deutschland in den letzten vierzig Jahren sind zahlreich und vielschichtig.

46 Für das Jahr 2011 liegen hierfür im Zeitpunkt der Abgabe der Arbeit noch keine Angaben vor.

1. Managementfehler

Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Unternehmens eröffnet, stehen in erster Linie Fehler im Bereich des Managements im Raum.

Die häufigsten Managementfehler sind dabei: zu geringe Rücklagen, starres Festhalten an überholten Konzepten, kein Personalabbau bei rückläufigem Umsatz, schlecht organisierte Produktionsabläufe, falscher Investitionszeitpunkt, Fehler in der Preispolitik und ungenügende Kenntnis oder verspätete Reaktion auf Marktveränderungen oder Konkurrenten.⁴⁷

2. Erschwerte wirtschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen

Die Ursachen vieler Insolvenzen gehen aber nicht allein auf fehlerhaftes Verhalten der Geschäftsleitung zurück, sondern sie sind vor allem auch auf geänderte wirtschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen zurückzuführen, die erfolgreiches Wirtschaften in Deutschland zunehmend erschweren.⁴⁸ Vor allem in den Jahren 2008 und 2009 sind die meisten insolventen Unternehmen nicht an der wirtschaftlichen Rezession, sondern an einer nicht ausreichenden Finanzierung gescheitert, die durch die Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise nicht verursacht, sondern vielmehr erst aufgedeckt wurde.⁴⁹

Darüber hinaus gewinnen im Zuge der Globalisierung auch externe Einflüsse und Krisenursachen, wie die Anforderungen an die Wettbewerbsfähigkeit, zunehmend an Bedeutung.⁵⁰

a. Globalisierung

Die Wirtschaft hat sich in den letzten Jahrzehnten vor allem durch die Globalisierung und den damit einhergehenden verschärften Wettbewerbsbedingungen fühlbar verändert. Besonders deutlich wird dieser Prozess durch die steigende ökonomische Bedeutung des Außenhandels bzw. der Veränderung des Verhältnisses von Warenhandel und Weltwarenproduktion.⁵¹ Durch die Globalisierung

47 *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kap. 4, Rn. 3; *Lüer* in: *Uhlenbruck/Hirte/Vallender*, InsO, Vor §§ 217 – 269, Rn. 2.

48 *Crone* in: *Crone/Werner*, Modernes Sanierungsmanagement, S. 1.

49 *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kap. 4, Rn. 2.

50 *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kap. 4, Rn. 2.

51 In den Jahren 1950 bis 2007 stieg der prozentuale Anteil der Warenexporte und -importe am weltweiten Bruttoinlandsprodukt von 28 Prozent auf 51 Prozent. Deutschland erlangte 2007 als „Exportweltmeister“ mit 71,6 Prozent eine überdurchschnittliche Außenhandelsquote. Der weltweite statistisch nachweisbare Welthandel stieg in

stehen regionale Unternehmen mit solchen überregionalen Unternehmen in Konkurrenz, die aufgrund von Standortvorteilen über Wettbewerbsvorteile verfügen. Die Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfähigkeit wird dadurch immer schwerer und die Planbarkeit zur Vermeidung einer Unternehmenskrise erheblich eingeschränkt.⁵²

Viele Unternehmen, so genannte *global player*, produzieren mittlerweile weltweit und wählen die Standorte für Firmensitz und Produktionsstätten auch nach der international verglichenen Steuer- und Abgabenbelastung aus. Schwellenländer wie China, Indien oder Singapur bieten mit niedrigen Löhnen, geringen Steuern und hohen Kapitalausstattungen attraktive Niederlassungen für Investoren aus Industrieländern. Dies hat zur Folge, dass immer mehr, insbesondere kostenintensive Produktionszweige, beispielsweise aus der Textilindustrie, dorthin abwandern.

Grundsätzlich gilt, je größer ein Unternehmen ist, desto besser wird es in der Lage sein, diese Vorteile der Globalisierung in eigenen unternehmerischen Erfolg umzuwandeln.⁵³ Dies hat zur Folge, dass kleinere Unternehmen, die nicht international operieren können, oftmals durch die Konkurrenz dieser großen Unternehmen in ihrer Existenz bedroht sind.

Dass aber auch große Unternehmen mit den Folgen der Globalisierung zu kämpfen haben, zeigen die Beispiele *Sony Corporation* und *Leika*, welche die strukturelle Änderung der Beschaffungs- und Absatzmärkte nicht rechtzeitig erkannt und unter kurzfristigen, aber schweren Markteinbrüchen zu leiden hatten.⁵⁴ Die *Sony Corporation*, die noch in den Jahren 2004 und 2005 mit einem Umsatz von weltweit 66,9 Milliarden U.S.-Dollar zu den Marktführern im Bereich der Unterhaltungselektronik galt, bekam in den darauf folgenden Jahren erhebliche wirtschaftliche Probleme, weil sie den weltweiten Zuwachs von LCD-Fernsehern zu Lasten von Röhren- und Plasmafernsehern unterschätzt hatte;⁵⁵ ebenso der Kamerahersteller *Leika*, der den weltweiten Wechsel von der analo-

den Jahren 1950 bis 2007 auf über das 29-fache, während die statistisch dokumentierte Produktion von Gütern sich nur auf das rund 9-fache vergrößerte. Die Zahl der direkten Auslandsinvestitionen stieg in diesen Jahren von 13 auf mehr als 1.800 Milliarden U.S.-Dollar; Bundeszentrale für politische Bildung, Zahlen und Fakten: Globalisierung, http://www.bpb.de/wissen/CCDNXF,0,0,Entwicklung_des_grenzProzentFCber_schreitenden_Warenhandels.html.

52 *Seefelder*, Unternehmenssanierung, S. 10.

53 *Seefelder*, Unternehmenssanierung, S. 5.

54 *Maus* in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.14.

55 *Maus* in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.14.

gen zur Digitalkamera „verschlafen“ hatte. Nachdem beide Unternehmen monatelang vor der Insolvenz standen, brachte erst ein Umdenken in der Unternehmensstrategie wieder steigende Umsätze und sinkende Verluste.⁵⁶

b. Unzureichende Eigenkapitalausstattung

Zwar ist die befürchtete Insolvenzwelle infolge der historischen Rezession in den Jahren 2008 und 2009 weitestgehend ausgeblieben. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass Kapitalschwäche weiterhin ein Problem vor allem für kleinere und mittlere Unternehmen mit ernsthaften Folgen für die Unternehmensstabilität ist.⁵⁷ Nicht umsonst spielt sich das Gros des Insolvenzgeschehens in Deutschland im kleineren Mittelstand und Kleingewerbe ab. Daher sorgt die Kombination aus struktureller Kapitalschwäche und Finanz- und Wirtschaftskrise mit ihren Folgen für die Ertragslage und die Finanzierungsbedingungen für eine wackelige Unternehmensstabilität.

Die unzureichende Eigenkapitalausstattung stellt ein konstantes Dilemma der mitteldeutschen Wirtschaft dar und gilt daher seit längerem als eine der wesentlichen Insolvenzursachen.⁵⁸ Im internationalen Vergleich weisen Unternehmen in Deutschland eine zu geringe Eigenkapitalquote auf, so dass der Eigenkapitalanteil durchschnittlich weniger als 20 Prozent beträgt.⁵⁹

Im Jahr 2010 lagen 31 Prozent der Unternehmen des Mittelstandes unterhalb der Marke von zehn Prozent im Verhältnis zur Bilanzsumme.⁶⁰ Lediglich 27,1 Prozent der Unternehmen erreichen eine Eigenkapitalquote von über 30 Prozent.⁶¹ Im ersten Halbjahr 2011 sieht die Situation ähnlich aus, so dass drei von zehn mittelständische Unternehmen (29,9 Prozent) als unterkapitalisiert gelten.⁶²

56 *Maus* in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.14.

57 *Creditreform*, Beiträge zur Wirtschaftsforschung, März 2011, S. 1.

58 *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kap. 4, Rn. 2; vgl. dazu auch *K. Schmidt*, JZ 1984, 771 ff.; ebenso bereits vor der Insolvenzrechtsreform *Günther/Scheipers*, DStR 1993, 447, 452.

59 *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kap. 4, Rn. 2.

60 Liegt die Eigenkapitalquote eines Unternehmens in Relation zur Bilanzsumme unterhalb der Marke von zehn Prozent, gilt ein Unternehmen als unterkapitalisiert; vgl. *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kap. 17, Rn. 54.

61 *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen - Gesamtjahr 2010, abrufbar unter http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen/index.jsp.

62 *Creditreform*, Beiträge zur Wirtschaftsforschung, März 2011, S. 1.

Eine Untersuchung der Eigenkapitalausstattung von Insolvenzkandidaten aus dem Jahr 2010 zeigt, dass bei vielen Insolvenzkandidaten das Eigenkapital bereits vor dem amtlich festgestellten Zusammenbruch völlig aufgezehrt oder gar im Minus ist: Aus der Creditreform Bilanzdatenbank, in der zum Zeitpunkt der Untersuchung rund 227.000 Jahresabschlüsse aus dem Bilanzjahr 2009 vorlagen, wurden die Bilanzen der betroffenen Unternehmen einer Vergleichsgruppe gegenübergestellt.⁶³ Die Mehrzahl der betrachteten Firmen wies im Kalenderjahr vor Insolvenzeröffnung ein negatives Eigenkapital auf. Lediglich 41 Prozent besaßen im Vorfeld noch eine positive Eigenkapitalquote.⁶⁴

Mitverantwortung für diese geringe Eigenkapitalausstattung trägt auch das Steuerrecht, das eine höhere Eigenkapitalausstattung steuerlich bestraft.⁶⁵ Zudem wird die Liquidität der Unternehmen meist nur vermeintlich durch Gesellschafterdarlehen, statt durch haftendes Eigenkapital gesichert.⁶⁶ Entsprechend hoch ist die Abhängigkeit von Fremdfinanzierung, insbesondere Bankkrediten, und entsprechend gering die Fähigkeit, bei erheblicher Belastung durch Zins und Tilgung geschäftliche Einbrüche in schlechter Konjunktur zu verkraften.

c. Erschwerte Fremdfinanzierung

Auch die Fremdfinanzierung ist zunehmend schwieriger geworden. Ein maßgeblicher Faktor hierbei ist das Finanzierungsverhalten der Banken.⁶⁷

Für Einschränkungen im Bereich der Kreditvergabe sorgten zunächst die von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) eingeführten und am 20.12.2002 in Kraft getretenen „Mindestanforderungen an das Kreditgeschäft der Kreditinstitute“ (MaK)⁶⁸ und die die MaK später ersetzende „Mindestanforderungen an das Risikomanagement“ (MaRisk)⁶⁹.

Die Vorschläge für ein regulatorisches Rahmenwerk des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht, Basel I, II und III haben diese Situation weiter er-

63 *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen - Gesamtjahr 2010, abrufbar unter http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen/index.jsp.

64 *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen - Gesamtjahr 2010, abrufbar unter http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen/index.jsp.

65 *Seefelder*, Unternehmenssanierung, S. 11.

66 *Seefelder*, Unternehmenssanierung, S. 11.

67 Vgl. *Frind*, ZInsO 2010, 1426, 1427.

68 Rundschreiben vom 20.12.2002, BaFin 34/2002.

69 Rundschreiben vom 20.12.2005, BaFin 18/2005.

schwert. Wie schon die als „Basel I“⁷⁰ bezeichnete erste „Baseler Eigenkapitalvereinbarung“, zielte auch die als „Basel II“⁷¹ bekannte „Rahmenvereinbarung zur neuen Baseler Eigenkapitalempfehlung“ darauf ab, eine angemessene Eigenkapitalausstattung der Banken zu sichern und einheitliche Wettbewerbsbedingungen, sowohl für Kreditvergabe als auch Kredithandel, zu schaffen. Basel II sollte dabei stärker als Basel I die staatlich verlangten Eigenkapitalanforderungen am tatsächlichen Risiko ausrichten, damit den von den Banken intern ermittelten Eigenkapitalbedarf sichern und so das Insolvenzrisiko der Banken durch Kreditausfälle senken.⁷²

Die weltweite Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise in den Jahren 2008 und 2009 hat bekanntermaßen gezeigt, dass die Banken trotzdem nicht über ausreichend Eigenkapital verfügten und Staaten einspringen mussten, um diese Banken vor dem Kollaps zu bewahren.⁷³ Am 12.09.2010 hat die Gruppe der Zentralbankgouverneure und Chefs der Bankaufsichtsbehörden als übergeordnete Instanz des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht daher neue Kapital- und Liquiditätsvorschriften („Basel III“) bekannt gegeben.⁷⁴ Die Banken sollen künftig deutlich mehr Eigenkapital vorhalten und zusätzliche Kapitalpuffer anlegen, um sich im Krisenfall aus eigener Kraft stabilisieren und retten zu können.⁷⁵ Damit behält Basel III das System der Risikogewichtung zwar bei, verschärft aber die Anforderung an die Eigenkapital- und Liquiditätsausstattung insgesamt stark.⁷⁶

70 Basel I wurde im Juli 1988 veröffentlicht und trat Ende 1992 in Kraft.

71 Basel II wurde im Juni 2004 veröffentlicht, 2005 überarbeitet und trat Ende 2006 in Kraft.

72 Vgl. dazu Müller, DStR 2009, 64, 64ff.

73 BMF, Basel III: Strengere Kapitalvorschriften für Banken. http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Service/Einfach_erklaert/2010-09-20-basel-III-strengere-kapitalvorschriften-fuer-banken.html; Becker/Böttger/Ergün/Müller, DStR, 2011, 375, 375.

74 BMF, Basel III: Strengere Kapitalvorschriften für Banken. http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Service/Einfach_erklaert/2010-09-20-basel-III-strengere-kapitalvorschriften-fuer-banken.html.

75 Becker/Böttger/Ergün/Müller, DStR, 2011, 375, 376; Bisher mussten Kreditgeschäfte mit durchschnittlich 8 Prozent Eigenkapital unterlegt werden, künftig sollen bis zu 13 Prozent notwendig sein, wobei verschiedene Klassifikationen von Eigenkapital vorgenommen werden.

76 Schmitt, BB 2011, 105, 105; Vgl. dazu Bundesministerium der Finanzen: „einfach erklärt - Was ist Basel III?“ abrufbar unter: http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Service/Einfach_erklaert/2010-11-04-einfach-erklart-basel-III-flash-infografik.html.