ISSN 1615-8032
Art.-Nr. 74288636

ZInsO

Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht

36

8. September 2016
19. Jahrgang
Seite 1777 bis 1828

Online Ausgabe
auf jurion.de erhältlich

In dieser Ausgabe:

- **Editorial**

Bedingt sanierungsbereit? (S. 1777)

- **ZInsO-Aufsätze**

Bedingt sanierungsbereit (S. 1778)
von Rechtsanwalt Dr. Volker Beissenhirtz, LL.M. (London), CTP (EACTP), Berlin

Der gemeinwohlorientierte Insolvenzverwalter (S. 1796)
von Rechtsanwalt Jürgen Müller, München

Steuerfreie Nachtzuschläge sind unpfändbar (S. 1801)
von Professor Dr. Hugo Grote, Remagen/Köln

- **ZInsO-Bücher- und Zeitschriftenreport**

- **ZInsO-Rechtsprechungsreport**

Insolvenzrecht

Verwertung künftiger, sicherungshalber abgetretener Forderungen (S. 1804)
LAG Düsseldorf, Urt. v. 3. 6. 2016 – 3 Sa 27/15

Nachweis der Wahrung der Ausschlussfrist nach § 189 Abs. 1 InsO (S. 1808)
LG Dessau-Roßlau, Beschl. v. 18. 12. 2015 – 8 T 254/15

Arbeits- und Sozialrecht

Regelung betrieblicher Altersversorgungsansprüche im Insolvenzverfahren und im Rahmen eines Insolvenzplans: Kündigung von Betriebsvereinbarungen aus wichtigem Grund: Zulässigkeit mehrfach geänderter Klageanträge (S. 1813)
LAG Köln, Urt. v. 10. 5. 2016 – 12 Sa 864/15

Insolvenzsteuerrecht

Masseschuld bei Beteiligung an Personengesellschaft nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (S. 1820)
BFH, Urt. v. 1. 6. 2016 – X R 26/14

Doppelberichtigung der USt im Rahmen der Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO (S. 1824)
FG Baden-Württemberg, Urt. v. 15. 6. 2016 – 9 K 2564/14
m. Anm. Rekers

Vergütungsrecht

Kein Vergütungszuschlag bei erfolgreicher Insolvenzanfechtung in 11 Fällen; Ermittlung und Anfechtung als Regelaufgabe (S. 1828)
LG Konstanz, Beschl. v. 17. 8. 2016 – A 62 T 96/16

Herausgeber:
Prof. Dr. Christian Berger
RA Dr. Susanne Berner
Michael Bretz
RA Dr. Christian Brünkmans
RA Dr. Jan de Weerth
Prof. Dr. Ulrich Foerste
RA Dr. Michael C. Frege
RiAG Frank Frind
RiBGH Prof. Dr. Markus Gehrlein
Prof. Dr. Hugo Grote
RA Dr. Andreas Henkel
WP/StB Michael Hermanns
Prof. Dr. Heribert Hirte
RiAG Martin Horstkotte
Präs. LG a.D. Prof. Dr. Michael Huber
RA Peter J. Hützen
RA Dr. Karen Kuder
RA Dr. Norbert Küpper
RiAG Dr. Peter Laroche
Prof. Dr. Wolfgang Marotzke
PD Dr. Sebastian Mock
RA Dr. Patrick Mückl
Prof. Dr. Bettina Nunner-Krautgasser
RA Dr. Manfred Obermüller
Vors. RiOLG Dr. Dietmar Onusseit
RA Prof. Dr. Klaus Pannen
RiBGH Dr. Gerhard Pape
RA Dr. Christoph Poertzgen
RA Stephan Ries
Prof. Dr. Thomas Rönnau
Prof. Dr. Jessica Schmidt
RiBGH Prof. Dr. Lutz Strohn
RiBGH Gerhard Vill
OStA Raimund Weyand

Schriftleiter:
RA Prof. Dr. Hans Haarmeyer

Carl Heymanns Verlag

ZInsO-Aufsätze

Bedingt sanierungsbereit

Restrukturierung, Sanierung und Insolvenzverwaltung im Umbruch

*von Rechtsanwalt Dr. Volker Beissenhirtz, LL.M. (London), CTP (EACTP), Berlin**

Weitestgehend unbeachtet von der breiten Öffentlichkeit drohte bereits vor dem sog. „Brexit"[1] ein – möglicherweise schockartiger – wirtschaftlicher Einbruch größeren Ausmaßes, der auch vor der deutschen Wirtschaft nicht halten machen dürfte. Die Wirkungen dieser Krise können durch die seit der letzten Finanzkrise entstandene Rechtslage im Bereich der Unternehmenssanierung noch verstärkt werden. Im Rahmen des folgenden Artikels wird, nach einer kurzen Darstellung der entsprechenden wirtschaftlichen Ausgangssituation, anhand pointierter Thesen die potenziell krisenverstärkende Wirkung der aktuellen Rechtslage im Insolvenzrecht, der Ausdünnung sowohl von Restrukturierungsabteilungen bei Banken als auch der Verwalterszene, herausgearbeitet. Im Anschluss werden einige Maßnahmen zur Vermeidung eines aus diesen Entwicklungen potenziell resultierenden „Perfect Storm" skizziert. Die nachfolgenden Thesen sind zugegebenermaßen „steil" – aber wie sagte Mark Twain treffend: „Prognosen sind schwierig, besonders wenn sie die Zukunft betreffen". Dementsprechend geht es auch nicht darum, lediglich die zukünftigen Aussichten schwarz zu malen, sondern durch Erkennen der Probleme die Vorbereitung auf die Zukunft zu ermöglichen.

I. Thesen

1. *Die wirtschaftlichen Fundamentaldaten deuten spätestens seit Jahresanfang 2016 auf eine Wirtschaftskrise hin – ohne dass dabei schon die Folgen eines Brexit berücksichtigt wären. Die Weltwirtschaft wird aufgrund der hohen Verschuldensquote kurz- bis mittelfristig, vielleicht sogar schockartig, in eine Rezession eintreten, die auch die deutsche Wirtschaft erfassen wird.*

Angesichts der positiven wirtschaftlichen Entwicklung in Deutschland erscheinen Warnungen vor einer Rezession zunächst wie Kassandra-Rufe. So wuchs das deutsche Bruttoinlandsprodukt (BIP) im ersten Quartal 2016 um 0,7 %,[2] die Arbeitslosenquote betrug im Juni 2016 5,9 %[3] und auch die Konjunkturerwartungen deutscher Manager sind positiv.[4] Führende Wirtschaftsforschungsinstitute hielten bis zum *Brexit* auch ein Wirtschaftswachstum von 1,7 % bis 2,1 % in 2016 für realistisch.[5] Dementsprechend gingen die Unternehmensinsolvenzen im ersten Halbjahr 2016 nach Erhebungen von Creditreform auch um weitere 6,8 % gegenüber dem Vorjahreszeitraum auf 10.750 zurück.[6] Aber schon ein Blick auf statistische Wahrscheinlichkeiten oder die aktuelle Lage in anderen Wirtschaftszentren der Welt wirft einen Schatten auf das positive Bild:

a) Allgemein gilt in der Volkswirtschaftslehre, dass die Wirtschaft Konjunkturzyklen unterliegt, also auf eine Aufschwungphase auch eine Abschwungphase (Rezession) folgt.[7] Geht man von der Faustregel aus, dass ein Konjunkturzyklus 7 Jahre dauert,[8] und dass die letzte Rezession in Deutschland im Jahr 2009 endete,[9] so befindet sich der Konjunkturzyklus nunmehr im (verflixten?) siebten Jahr – und immer noch in einer Boomphase. Allein statistisch gesehen nimmt damit das Risiko einer Rezession zu und sie wäre für dieses oder nächstes Jahr zu erwarten.

b) Ein Blick auf die sog. „Fundamentaldaten"[10] der führenden Wirtschaftszentren der Welt weist denn auch bereits rezessive Tendenzen auf, allen voran in den USA und in China.

---

* Der Autor ist Rechtsanwalt, Partner der CIC Consultingpartner GmbH und Lehrbeauftragter der Hochschule Landshut. Der nachfolgende Artikel beruht auf einer im April 2016 durchgeführten stichpunktartigen Befragung von Mitarbeitern von Work-Out-Abteilungen deutscher Banken und Experten aus Forschung und Lehre anhand eines Thesenpapiers, das im Wesentlichen den im Artikel vorangestellten Hypothesen entspricht. Der Autor bedankt sich für die z.T. sehr ausführlichen und persönlichen Stellungnahmen, die (anonymisiert) in diesen Artikel eingeflossen sind.

1 Gemeint ist das Referendum, in dem die Bürger Großbritanniens am 23.6.2016 für einen Austritt aus der EU gestimmt haben.

2 S. *http://www.welt.de/newsticker/bloomberg/article155318905/Euroraum-Wirtschaft-waechst-im-Q1-weniger-als-zunaechst-geschaetzt.html* (abgerufen am 20.6.2016).

3 Pressemeldung der Bundesagentur für Arbeit v. 30.6.2016, abrufbar unter *https://www.arbeitsagentur.de/web/content/DE/Presse/Presseinformationen/ArbeitsundAusbildungsmarkt/Detail/index.htm?dfContentId=EGOV-CONTENT445689* (abgerufen am 30.6.2016).

4 *Http://www.cesifo-group.de/de/ifoHome/facts/Survey-Results/Business-Climate/Geschaeftsklima-Archiv/2016/Geschaeftsklima-20160525.html* (abgerufen am 20.6.2016).

5 *Http://www.finanznachrichten.de/nachrichten-2016-06/37718099-rwi-erhoeht-deutsche-wachstumsprognose-fuer-dieses-jahr-015.htm* (abgerufen am 20.6.2016).

6 Creditreform, „Insolvenzen in Deutschland", 1. Halbjahr 2016, abrufbar unter *http://www.creditreform.de/fileadmin/user_upload/crefo/download_de/news_termine/wirtschaftsforschung/insolvenzen-deutschland/Analyse_Insolvenzen_in_Deutschland__1._Halbjahr_2016.pdf* (abgerufen am 30.6.2016), kritisch zu dieser Entwicklung „Die Welt", „Warum weniger Firmen-Pleiten keine gute Nachricht sind", 29.6.2016, abrufbar unter *http://www.welt.de/wirtschaft/article156665206/Warum-weniger-Firmen-Pleiten-keine-gute-Nachricht-sind.html* (abgerufen am 30.6.2016).

7 Die Volkswirtschaftslehre geht von vier Phasen aus, Expansion (Aufschwung), Boom (Hochkonjunktur), Rezession (Abschwung), Depression (Krise). S. vertiefend hierzu nur *Bartling/Luzius*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 229.

8 Vgl. *Schumpeter*, Business Cycles – A Theoretical, Historical and Statistical Analysis of the Capitalist Process, 1939.

9 S. hierzu *http://de.statista.com/statistik/daten/studie/212/umfrage/veraenderung-des-bruttoinlandprodukts-im-vergleich-zum-vorjahr/* (abgerufen am 20.6.2016).

10 Die „Fundamentalanalyse" im ursprünglichen Sinne betrifft die Analyse von betriebswirtschaftlichen Daten eines Unternehmens zur Feststellung eines fairen oder angemessenen Preises von Wertpapieren, vgl. hierzu *https://de.wikipedia.org/wiki/Fundamentalanalyse* (abgerufen am 20.6.2016). Mittlerweile wird der Begriff aber häufig auch im Zusammenhang mit volkswirtschaftlichen Kennzahlen gebraucht.

aa) So fällt bei der Beobachtung der wirtschaftlichen Entwicklung in den USA als erstes der sprunghafte Anstieg der Insolvenzzahlen – also eines nachlaufenden Krisenindikators[11] – ins Auge: Alleine im April 2016 stiegen die Unternehmensinsolvenzzahlen im Jahresvergleich um 32 % an, die Antragszahlen für das Reorganisationsverfahren Chapter 11 nahmen im April (auf Monatsbasis) gar um 51 % zu![12] Diese Zahlen stehen in einem gewissen Widerspruch zur Entwicklung des BIP in den USA, das in 2015 um 2,43 % und im ersten Quartal 2016 noch um 0,5 % (gegenüber dem Vorquartal) zulegte.[13] Allerdings wird in den US-Medien immer wieder darauf hingewiesen, dass *Barack Obama* der erste US-Präsident ist, in dessen Amtszeit die US-amerikanische Wirtschaft in keinem Quartal um über 3 % gewachsen ist.[14] Das im Vergleich zu Deutschland relativ hohe BIP-Wachstum scheint damit für die US-Verhältnisse nicht auszureichen, um die Unternehmen zu stabilisieren. Die Arbeitslosenzahlen weisen in eine ähnliche Richtung. Zwar ist die Arbeitslosigkeit in den USA mit 5,3 % in 2015 und 4,9 %[15] im ersten Quartal 2016 im Vergleich zu Deutschland relativ niedrig, aber Lohnentwicklung, Erwerbsquote und auch die Arbeitsproduktivität werden als kritisch angesehen, weil sie nicht mehr auf den Stand vor der letzten Finanzkrise zurückgekehrt sind.[16] Die negative Entwicklung der US-Wirtschaft wird auch durch andere volkswirtschaftliche Daten untermauert: So geht etwa der US-Frachtindex („Cass Freight Index") seit mehreren Monaten zurück,[17] wie auch die Industrieproduktion.[18] Dementsprechend überbieten sich pessimistische US-Wirtschaftsblogs auch mit der Kommentierung der Krisenanzeichen – und deuten sie als Beginn einer Rezession.[19]

bb) In China sind im ersten Quartal 2016 die Insolvenzzahlen ebenfalls um über 50 % im Vergleich zum Vorjahr gestiegen.[20] Nachdem die Zentralregierung in den letzten Monaten schon etliche Maßnahmen eingeleitet hat, um der ausufernden Verschuldung chinesischer Unternehmen Herr zu werden, etwa durch die zwangsweise Verbriefungen von sog. „Non-performing loans", „NPLs"[21] oder die genauso zwangsweise Entschuldung über *Debt-Equity-Swaps*,[22] könnten die ebenfalls erzwungenen Insolvenzen nunmehr einen weiteren Schritt darstellen, um sog. „Zombie-Firmen" zum Marktaustritt zu zwingen. Alleine schon Anzahl und Volumen dieser Maßnahmen sprechen insgesamt eher gegen eine prosperierende Wirtschaft. Diese würde aber benötigt, um der Schwäche der chinesischen Wirtschaft zu begegnen: So gingen die Exporte aus China alleine im Mai um 4,1 % zurück,[23] nachdem sie bereits im Februar 2016 um 25 % eingebrochen waren.[24] Korrelierend mit dem Rückgang der Außenhandelszahlen hat sich das Wachstum der chinesischen Wirtschaft nach offiziellen Zahlen dementsprechend auch von 10,6 % in 2010 auf 6,9 % in 2015 abgeschwächt.[25] Diese negative wirtschaftliche Entwicklung hat sich (so man offiziellen Statistiken Glauben schenken darf) allerdings noch nicht in höheren Arbeitslosenzahlen niedergeschlagen.[26]

cc) Selbst ohne die (noch nicht abschließend absehbaren Folgen) eines *Brexit* ist aber auch Europa (als Wirtschaftszone) wirtschaftlich angeschlagen: Das Wirtschaftswachstum in der Eurozone und der EU betrug im ersten Quartal 2016 0,5 % im Vergleich zum Vorquartal[27] und sowohl die EU, als auch die Euro Zone bewegten sich insgesamt aus dem Konjunkturtief von 2012 heraus.[28] Dies schlug sich auch in der Arbeitslosenquote nieder, die in den letzten Jahren ebenfalls sank.[29]

---

11 S. Wikipedia, *https://de.wikipedia.org/wiki/Indikator_(Wirtschaft)#Sp.C3.A4tindikatoren* (abgerufen am 24.6.2016).

12 Wolfstreet, „US Commercial Bankruptcies Skyrocket", *http://wolfstreet.com/2016/05/05/us-commercial-bankruptcies-chapter-11-liquidations-rise-end-of-credit-cycle-april-abi/* (abgerufen am 20.6.2016), unter Verweis auf die Statistiken des American Bankruptcy Instituts (*http://abi-org-corp.s3.amazonaws.com/articles/May_2016_PressCommercialStatisticsReport.xls* [abgerufen am 20.6.2016]), die auch für die Folgemonate einen Anstieg der absoluten Antragszahlen und der Antragszahlen für Chapter 11-Verfahren ausweisen.

13 Quelle: Statista, abrufbar unter *http://de.statista.com/statistik/daten/studie/14558/umfrage/wachstum-des-bruttoinlandsprodukts-in-den-usa/* und *http://de.statista.com/statistik/daten/studie/197319/umfrage/entwicklung-des-bruttoinlandsprodukts-bip-in-den-usa-nach-quartalen/* (abgerufen am 13.7.2016).

14 S. nur New York Times Blog, „Ranking the Presidents by G.D.P." (abrufbar unter *http://economix.blogs.nytimes.com/2011/07/29/ranking-the-presidents-by-g-d-p/?_r=0*; abgerufen am 13.7.2016); Wall Street Journal, 28.4.2016, „Make America grow again" (abrufbar unter *http://www.wsj.com/articles/make-america-grow-again-1461886055*, abgerufen am 13.7.2016).

15 Statistische Erhebungen bei *http://data.bls.gov/pdq/SurveyOutputServlet* (abgerufen am 13.7.2016).

16 The Economist, „Why American wage growth is so lousy", 13.4.2015, abrufbar unter *http://www.economist.com/blogs/economist-explains/2015/04/economist-explains-12* (abgerufen am 13.7.2016).

17 Cass Freight Index, *http://www.cassinfo.com/Transportation-Expense-Management/Supply-Chain-Analysis/Cass-Freight-Index.aspx* (abgerufen am 20.6.2016).

18 Zerohedge, „Industrial Production Plunges For 9th Straight Month", *http://www.zerohedge.com/sites/default/files/images/user3303/imageroot/2016/06/13/IP%20table%20declines%20everywhere.jpg* (abgerufen am 20.6.2016).

19 S. nur „The Economic Collapse", „11 Signs That The U.S. Economy Is Rapidly Deteriorating", *http://theeconomiccollapseblog.com/archives/11-signs-that-the-u-s-economy-is-rapidly-deteriorating-even-as-the-stock-market-soars* (abgerufen am 20.6.2016) oder ders., „15 Facts About The Imploding U.S. Economy That The Mainstream Media Doesn't Want You To See", *http://theeconomiccollapseblog.com/archives/15-facts-about-the-imploding-u-s-economy-that-the-mainstream-media-doesnt-want-you-to-see* (abgerufen am 20.6.2016).

20 *Https://next.ft.com/content/70aec7b2-3869-11e6-a780-b48ed7b6126f* (abgerufen am 24.6.2016).

21 *Http://www.businessinsider.de/china-plans-for-npls-2016-3?r=US&IR=T* (abgerufen am 24.6.2016).

22 *Http://www.ft.com/cms/s/0/c6e7ccc2-eb44-11e5-bb79-2303682345c8.html#axzz4HPdp5QsJ* (abgerufen am 13.7.2016).

23 *Http://de.reuters.com/article/china-aussenhandel-idDEKCN0YU0FD* (abgerufen am 24.6.2016).

24 *Http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/chinas-export-bricht-um-25-prozent-ein-a-1081141.html* (abgerufen am 24.6.2016).

25 *Http://de.statista.com/statistik/daten/studie/14560/umfrage/wachstum-des-bruttoinlandsprodukts-in-china/* (abgerufen am 13.7.2016); wenn man den Angaben der chinesischen Regierung glauben darf, s. zur kritischen Haltung nur *http://www.welt.de/wirtschaft/article146111887/Wie-China-der-Welt-gigantisches-Wachstum-vorgaukelt.html* (abgerufen am 13.7.2016).

26 *Http://de.statista.com/statistik/daten/studie/167111/umfrage/arbeitslosenquote-in-china/* (abgerufen am 13.7.2016).

27 *Http://de.statista.com/statistik/daten/studie/4021/umfrage/veraenderung-des-bip-in-ausgewaehlten-eu-staaten/* (abgerufen am 24.6.2016).

28 *Http://de.statista.com/statistik/daten/studie/156282/umfrage/entwicklung-des-bruttoinlandsprodukts-bip-in-der-eu-und-der-eurozone/* (abgerufen am 13.7.2016).

29 Detaillierte Übersichten bei Statista, abrufbar unter *http://de.statista.com/themen/2266/arbeitsmarkt-in-eu-und-euro-zone/* (abgerufen am 13.7.2016).

Zum einen wird diese positive Entwicklung aber von der Schuldenproblematik überschattet, die in der Eurozone stärkere Auswirkungen hat, als in anderen Weltregionen (s. dazu sogleich unten). Zum anderen verläuft die wirtschaftliche Entwicklung in den EU-Ländern sehr unterschiedlich. Während Deutschland ein BIP-Wachstum von 1,7 % in 2015 und von 0,7 % im ersten Quartal 2016 (im Vergleich zum Vorquartal)[30] und mit 5,9 % die niedrigste Arbeitslosenquote seit 24 Jahren aufweist,[31] sieht es in anderen Ländern der EU nicht so gut aus: So befand sich zumindest die britische Industrie bereits vor der Entscheidung zum *Brexit* in einer Rezession.[32]

c) Darüber hinaus dürfte die nächste Wirtschaftskrise durch einen weiteren Faktor erheblich verstärkt und verlängert werden, der bis zur letzten Wirtschaftskrise ab 2008 zumindest nicht so ausgeprägt war: Die Verschuldung sowohl der öffentlichen Hand, als auch der privaten Wirtschaft und Haushalte ist seit der letzten Finanz- und Wirtschaftskrise weltweit immens gestiegen.[33] Die globalen Schulden lagen nach einer Studie von McKinsey bereits Ende 2014 bei 199 Billionen $ und damit 57 Billionen $ oder 17 % höher als zu Beginn der Finanzkrise 2007.[34]

aa) Allein in den USA hat die Staatsverschuldung seit Amtsantritt von *Barack Obama* als Präsident von 10 auf nunmehr 19 Billionen $ zugenommen.[35] Aber auch die Verschuldensquote gerade US-amerikanischer Firmen ist – trotz anhaltender Boom-Phase (!) – seit der Finanzkrise wieder gestiegen.[36] Die Verschuldung der Privathaushalte ist seit 2009 ebenfalls wesentlich angestiegen,[37] wobei insbesondere die Bereiche der sog. „Student Loans"[38] und der „Car Loans"[39] hervorzuheben sind.

bb) Die Staatsverschuldung Chinas ist mit 46 % in Relation zum BIP (noch) vergleichsweise niedrig.[40] Auch die Gesamtverschuldung aller Sektoren zusammen ist mit 250 % des BIP im weltweiten Vergleich noch nicht außergewöhnlich hoch.[41] Allerdings sind die chinesischen Unternehmen mit 145 % des BIP verschuldet, wobei die staatseigenen Unternehmen den Löwenanteil daran tragen.[42] Deswegen versucht die chinesische Regierung mit den o.g. Zwangsverbriefungen von Schulden oder der Umwandlung in Eigenkapital zumindest das Tempo des Schuldenanstiegs in diesem Sektor zu verlangsamen. Konträr dazu wird die Stabilisierung des BIP-Wachstums bei 6,7 % im 2. Quartal 2016 im Wesentlichen der Stimulierung durch eine exorbitante Kreditvergabe seitens der chinesischen Zentralregierung zugeschrieben.[43]

cc) Nicht erst seit der Diskussion um eine mögliche Rettung der italienischen Banken ist die Verschuldung der Eurozone und in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten wieder in den Vordergrund gerückt. Tatsächlich ist Italien als viertgrößte Volkswirtschaft der EU[44] mit einer Staatsverschuldung von 132.6 % (in Relation zum BIP) im Jahr 2015[45] das nach Griechenland (mit einer Staatsschuldenquote von 178 % in 2015)[46] am höchsten verschuldete Land der EU. Bspw. dürfte aber auch Großbritannien gerade nach dem *Brexit* an seiner in den letzten Jahren auf über 90 % des BIP gestiegenen Schuldenlast[47] noch länger zu leiden haben.

Bereits angesichts der hier ausschnittsweise dargestellten Daten ist – ohne weiter in die Tiefe zu gehen – klar, dass vom in der letzten Finanzkrise proklamierten sog. „De-leveraging"[48] wenig geblieben ist. Dementsprechend warnt die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich mittlerweile vor einer „riskanten Dreierkonstellation", nämlich einem ungewöhnlich niedrigen Produktivitätswachstum, globalen Schuldenständen von historischem Ausmaß und einem äußerst engen wirtschaftspolitischen Handlungsspielraum, der die Weltwirtschaft höchst anfällig mache.[49]

---

30 *Https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2016/05/PD16_171_811.html* (abgerufen am 13.7.2016).

31 *Http://de.statista.com/statistik/daten/studie/1239/umfrage/aktuelle-arbeitslosenquote-in-deutschland-monatsdurchschnittswerte/* (abgerufen am 13.7.2016).

32 *Http://www.bbc.com/news/business-36266178* (abgerufen am 24.6.2016).

33 S. zur Entwicklung der Staatsschulden etwa *https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_L%C3%A4nder_nach_Staatsschuldenquote* (abgerufen am 24.6.2016).

34 McKinsey Global Institute (MGI), „Debt and (not much) deleveraging", abrufbar unter *http://www.mckinsey.com/global-themes/employment-and-growth/debt-and-not-much-deleveraging* (abgerufen am 15.7.2016).

35 *Https://www.washingtonpost.com/blogs/post-partisan/wp/2016/06/23/everything-is-obamas-fault/* (abgerufen am 24.6.2016).

36 *Http://blogs.wsj.com/moneybeat/2015/11/10/leverage-goodwill-and-forex-are-eating-u-s-firms-goldman-says/*; es gibt aber auch Stimmen, die darin kein Problem sehen, so z.B. *http://www.bloomberg.com/gadfly/articles/2016-02-08/about-that-29-trillion-in-corporate-debt* (abgerufen am 30.6.2016).

37 *Http://www.tradingeconomics.com/united-states/loans-to-private-sector* (abgerufen am 15.7.2016).

38 *Https://www.newyorkfed.org/studentloandebt/index.html* (abgerufen am 15.7.2016).

39 *Http://www.federalreserve.gov/releases/g19/current/* (am Ende der Tabelle; abgerufen am 15.7.2016).

40 Platz 97 von 182 Schuldnerstaaten, vgl. *https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_L%C3%A4nder_nach_Staatsschuldenquote* (abgerufen am 13.7.2016).

41 *Http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-07-15/china-keeps-bears-at-bay-for-another-quarter-on-credit-honey-pot* (abgerufen am 15.7.2016).

42 IMF, Rede von *David Lipton* am 11.6.2016 (abrufbar unter *https://www.imf.org/external/np/speeches/2016/061016.htm*; abgerufen am 13.7.2016).

43 *Http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-07-15/china-keeps-bears-at-bay-for-another-quarter-on-credit-honey-pot.*

44 *Https://de.statista.com/statistik/faktenbuch/86/s/laender/italien/* (abgerufen am 15.7.2016).

45 *Http://de.statista.com/statistik/daten/studie/167738/umfrage/staatsverschuldung-von-italien-in-relation-zum-bruttoinlandsprodukt-bip/* (abgerufen am 15.7.2016).

46 *Http://de.statista.com/statistik/daten/studie/167463/umfrage/staatsverschuldung-von-griechenland-in-relation-zum-bruttoinlandsprodukt-bip/* (abgerufen am 15.7.2016).

47 *Http://de.statista.com/statistik/daten/studie/167311/umfrage/staatsverschuldung-von-grossbritannien/* (abgerufen am 15.7.2016).

48 S. hierzu McKinsey Global Institute (MGI), „Debt and (not much) deleveraging", abrufbar unter *http://www.mckinsey.com/global-themes/employment-and-growth/debt-and-not-much-deleveraging* (abgerufen am 15.7.2016).

49 86. Jahresbericht der Bank für Zahlungsausgleich, Basel, 2016, abrufbar unter *https://www.bis.org/publ/arpdf/ar2016_1_de.pdf* (abgerufen am 30.6.2016).

d) Das „Abrutschen" in eine Krise wird derzeit wohl nur durch die (zumindest langfristig und insgesamt rechtlich fragwürdigen) geldmarktpolitischen Maßnahmen der Zentralbanken (Nullzinspolitik, Geldvermehrung, Aufkauf von Anleihen und Unternehmensanteilen) und den niedrigen Ölpreis verhindert. Diese Politik der Notenbanken unterliegt mittlerweile aber selber einem erhöhten Glaubwürdigkeitsverlust – weil die damit angestrebten Effekte, wie kontrollierte Steigerung der Inflation und Wirtschaftsaufschwung, eben nicht eingetreten sind. Deswegen nimmt der „Grenznutzen" dieser Maßnahmen beständig ab, wie die Situation Japans[50] verdeutlicht.

e) Schließlich haben sich die politischen Risiken (etwa die Entwicklung im Nahen und Mittleren Osten nebst daraus resultierenden Flüchtlings- und Migrationsströmen nach Europa, Ausgang der Präsidentenwahl in den USA, „Landnahme" Chinas im südchinesischen Meer, Ukraine-Konflikt etc.) derart verschärft, dass der Eintritt eines allgemein als negativ bewerteten Ereignisses (sog. „Tipping Point")[51] bereits für sich genommen schockartig den Eintritt in eine weltweite Rezession auslösen könnte.[52] Möglicherweise kann man bereits am „*Brexit*" diese schockartige Entwicklung beobachten.

f) Mit hoher Wahrscheinlichkeit wird die dargestellte Situation der Weltwirtschaft mittelfristige und, bei Eintritt eines Schocks bereits kurzfristige, negative Auswirkungen auf die Entwicklung der bislang prosperierenden deutschen Volkswirtschaft haben. Das Statistische Bundesamt – DeStatis – fasst die entsprechende Ausgangslage im Jahresbericht für 2015[53] prägnant zusammen: „Die deutsche Wirtschaft ist in hohem Maße exportorientiert und damit auch exportabhängig. Annähernd jeder vierte Arbeitsplatz hängt heute vom Export ab. Gleichzeitig ist Deutschland als rohstoffarmes Land ebenso auf Importe, insbesondere im Energiebereich, angewiesen." Der hieraus folgende ökonomische Dreisatz ist, dass die Rezession in den benannten Volkswirtschaften ein Absinken der Exporte aus Deutschland in diese Länder – und damit dann auch eine Rezession in Deutschland bewirken wird.

Zwischenfazit: Aufgrund der beschriebenen rezessiven Tendenz der Weltwirtschaft, der seit der Finanzkrise über alle Sektoren hinweg gestiegenen Verschuldung, dem abnehmenden Grenznutzen geldpolitischer Maßnahmen der Zentralbanken und erheblichen politischen Risiken, von denen sich möglicherweise gerade eines in Form des *Brexit* verwirklicht hat, geht der Verfasser von einem mindestens mittelfristigen oder, so (weitere) externe Schocks auftreten, sogar kurzfristigen Eintritt der Weltwirtschaft in eine Rezession aus – die dann auch Deutschland treffen wird.

2. *Wenn die entsprechende wirtschaftliche Korrektur nur in etwa so eintritt, wie diejenige in der letzten Finanzkrise, werden sich die Planungsgrundlagen zahlreicher Unternehmen so rapide verschlechtern, dass ihre jeweilige „Fortbestehensprognose" ernsthaft gefährdet sein dürfte.*

a) Die volkswirtschaftliche Entwicklung in Deutschland verlief nach dem sog. „Lehman-Moment"[54] im September 2008 steil nach unten: So sank das BIP im dritten Quartal 2008 (das zum Zeitpunkt der *Lehman*-Pleite schon zur Hälfte abgelaufen war!) bereits um 0,4 % gegenüber dem Vorquartal. Im vierten Quartal 2008 beschleunigte sich der Abschwung mit einer Schrumpfung des BIP um -1,7 % (im Vergleich zum Vorquartal). Im ersten Quartal 2009 dann sank das BIP noch einmal um 3,6 %, während es im zweiten Quartal bereits wieder um 0,5 % zulegte – und seitdem kontinuierlich gestiegen ist.[55]

Die deutsche Politik und Wirtschaft waren zunächst nicht auf die sich spätestens ab 2007 abzeichnende Weltwirtschaftskrise vorbereitet.[56] Noch im Spätsommer 2008 „verbot" der damalige Finanzminister *Peer Steinbrück* von einer Rezession zu sprechen,[57] obwohl die sog. „Subprime-Krise"[58] in den USA schon in vollem Gang war und der „Lehman-Moment" unmittelbar bevorstand. Zuvor schon wiesen andere Warnzeichen auf eine Krise hin, so etwa die Übernahme der Investmentbank *Bear Stearns* durch *Morgan Stanley* am 30.5.2008 (die den Zusammenbruch von *Bear Stearns* verhinderte).[59] Auch in Deutschland wiesen zahlreiche Frühindikatoren auf den Ausbruch der Krise hin, etwa die Schwierigkeiten bei den Landesbanken oder der *IKB*.[60]

Im Gegensatz zur Krise nach dem Zusammenbruch der „New Economy", als die Insolvenzzahlen von Unternehmen von 2000 – 2003 durchgängig anstiegen,[61] war in der Finanz-

50 S. zum Scheitern der sog. „Abenomics" nur die FAZ v. 4.6.2016, „Offenbarungseid in Japan", abrufbar unter *http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/steuererhoehung-in-japan-verschoben-14264605.html* (abgerufen am 24.6.2016).

51 S. allgemein zu diesem Konzept *Malcolm Gladwell*, The Tipping Point – How Little Things Can Make A Big Difference, 2000.

52 S. nur *Mohamed A. El-Erian* (*http://www.businessinsider.com/mohamed-a-el-erian-business-insider-interview-2016-4*; abgerufen am 27.6.2016).

53 Abrufbar unter *https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/AussenhandelGesamtentwicklung/AussenhandelWelthandel5510006139004.pdf;jsessionid=2C8420D86CC2B981821829FF9297533C.cae2?__blob=publicationFile* (abgerufen am 27.6.2016).

54 Gemeint ist der Zusammenbruch der Investmentbank *Lehman Brothers* am 15.9.2008, s. hierzu näher *Sorkin*, Too Big Too Fail, 2009; vgl. auch die Darstellung in „Vielleicht muss eine Bank sterben. Vielleicht musste Lehman geopfert werden, um daraus zu lernen", Capital 9/2013, 31.

55 Vgl. zu allen Daten DeStatis, „Bruttoinlandsprodukt ab 1979", abrufbar unter *https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/VGR/Inlandsprodukt/Tabellen/BruttoinlandVierteljahresdaten_xls.xlsx?__blob=publicationFile* (abgerufen am 29.6.2016).

56 S. nur Handelsblatt-Artikel v. 23.9.2008 (*http://www.handelsblatt.com/politik/konjunktur/nachrichten/keine-rezession-herbeireden-weber-warnt-in-finanzkrise-vor-ueberregulierung/3025492.html*; abgerufen am 27.6.2016), also eine Woche nach dem Zusammenbruch von *Lehman-Brothers*!

57 Zit. bei *Fricke*, „Bedingt Abschwungbereit", *https://neuewirtschaftswunder.de/2008/09/11/die-kolumne-bedingt-abschwungbereit/* (abgerufen am 24.6.2016).

58 Instruktiv dazu *M. Lewis*, The Big Short, 2010.

59 *Https://de.wikipedia.org/wiki/Bear_Stearns* (abgerufen am 24.6.2016).

60 S. vertiefend hierzu die Chronologie der Ereignisse VOR September 2008 in der Wirtschaftswoche, abrufbar unter *http://www.wiwo.de/archiv/chronik-finanzkrise-vom-immobilienboom-zum-boersen-crash/5139986.html* (abgerufen am 24.6.2016).

61 *Http://de.statista.com/statistik/daten/studie/75215/umfrage/unternehmensinsolvenzen-in-deutschland-seit-2000/* (abgerufen am 15.7.2016).

krise nur ein kurzer Anstieg der Insolvenzzahlen zu verzeichnen: Im Jahre 2008 stiegen die Insolvenzzahlen nicht statistisch signifikant, in 2009 nahmen die Unternehmensinsolvenzen dann um 11,59 % zu (aber bereits 2010 wieder um 2,11 % ab).[62]

b) Die damit gerade im Vergleich zu anderen Volkswirtschaften schnelle Überwindung der (schockartig eingetretenen) Rezession in Deutschland[63] wurde durch ein Bündel an kurzfristig umgesetzten politischen Maßnahmen, wie z.B. die Verstaatlichung systemrelevanter Banken (*Hypo-Real Estate* oder *Commerzbank*) oder konjunkturstützende Maßnahmen, wie die sog. „Abwrackprämie" oder die Ausweitung der Regelungen zur Kurzarbeit oder die (schlagartige) Reform des Überschuldungsbegriffs[64] in der InsO, erreicht.[65] Allerdings war die schnelle Wirkung des Maßnahmenbündels erst im Rückblick erkennbar. In der Krise selber, das machen damalige Äußerungen aus Politik und Wirtschaft deutlich,[66] war nicht absehbar wann und wie sie überwunden werden konnte. Die Überwindung war damit improvisierten Maßnahmen in der Krise selbst zu verdanken und nicht vorausschauendem Denken und Planen.

c) Auch zum jetzigen Zeitpunkt scheinen die deutsche Politik und Wirtschaft allgemein (noch) nicht auf eine tiefere Krise oder gar einen schockartigen Krisenbeginn eingestellt zu sein.[67] Damit können Unternehmen zum jetzigen Zeitpunkt bei der Prüfung der Fortbestehensprognose noch keine zusätzlichen Stützungsmaßnahmen einplanen. Selbst wenn man nun berücksichtigt, dass sich die Eigenkapital- und Liquiditätssituation der deutschen Unternehmen seit Mitte der 2000er Jahre allgemein erheblich verbessert hat,[68] ist fraglich, ob dies ausreichen wird, angesichts einer zu erwartenden rapide sinkenden Wirtschaftsleistung zumindest eine mittelfristig positive Finanzkraft zu prognostizieren. Dann müssten die betroffenen Unternehmen in der Lage sein, trotz eines Abschwungs in den Dimensionen von 2009, also einem Einbruch des BIP von bis zu -3.6 % über einen Zeitraum von bis zu einem dreiviertel Jahr,[69] eine positive Fortführungs- und Fortbestehensprognose aufrechterhalten zu können.

Zwischenfazit: Auch in Anbetracht der nachfolgend (s. unten Thesen 4 und 5) noch näher beleuchteten verschärften Anforderungen der Rechtsprechung dürften die Fortbestehensprognosen etlicher Unternehmen sozusagen „im Gleichklang" mit einer (in ihrem zeitlichen Ausmaß und ihrer Tiefe *ex ante* nur schwer abschätzbaren) absinkenden Wirtschaftsleistung unvermittelt kritisch zu beurteilen sein. Wenn zu diesem Zeitpunkt externe Stützungsmaßnahmen – entweder Moratorien seitens der Banken oder staatliche Hilfen – nicht hinreichend konkret einzuplanen sind, wird die negative Fortbestehensprognose nicht abzuwenden sein. Dann besteht das Risiko, dass zahlreiche Unternehmen (so nicht der dann aufzustellende Überschuldungsstatus ausnahmsweise positiv ist) in kürzester Zeit insolvenzantragspflichtig werden. Ein mit der letzten Krise vergleichbarer Anstieg der Insolvenzzahlen um „lediglich" 11 – 12 % könnte dann schon den „Best Case" darstellen.

3. *Die Situation dieser Unternehmen könnte sich dadurch zusätzlich verschärfen, dass die Banken zum einen ihre „Work-Out"-Abteilungen in den letzten Jahren erheblich verkleinert haben und zum anderen in einer neuerlichen Krise ihre notleidenden Kredite sehr viel schneller als bisher an Fonds verkaufen könnten. Damit würden opportunistische und schwerer einschätzbare „Player" häufiger als bisher an Sanierungen beteiligt sein.*

a) Bei einem Unternehmen, dessen Fortbestehensprognose infolge des oben beschriebenen Szenarios negativ zu beurteilen ist, liegt im Zweifel auch eine „wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse" im Sinne der Banken-AGB oder – etwa bei internationalen Krediten – ein sog. „Covenant"-Bruch vor. In diesen Fällen steht der Bank zum einen i.d.R. ein Kündigungsrecht zu, zum anderen muss die Bank selber in Bezug auf den nun notleidenden Kredit erhöhte Eigenkapitalforderungen erfüllen, bzw. die Kreditforderung (teilweise) abschreiben,[70] was zu einer Verschlechterung der Eigenkapitalsituation der Bank führen könnte. Die Banken haben dann die Wahl, die Sanierung des Unternehmens entweder zu unterstützen oder den Kredit zu veräußern. Die Banken werden allgemein beide Alternativen verfolgen, angesichts der Entwicklungen seit der letzten Finanzkrise ist aber fraglich, ob bei einem „Massenanfall"[71] von kriselnden Unternehmen die Banken für die eine wie die andere Variante ausreichend gewappnet sind.

---

62 Vgl. hierzu die bereinigten Statistiken von DeStatis, abrufbar unter *https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/LangeReihen/Insolvenzen/lrins01.html* (abgerufen am 30.6.2016).

63 S. zusammenfassend hierzu *http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/konjunktureinbruch-deutsche-wirtschaft-schrumpfte-2009-um-fuenf-prozent-a-671637.html* (abgerufen am 29.6.2016).

64 S. hierzu nur die Ausführungen bei Braun/*Bußhardt*, InsO, § 19 Rn. 3 ff.

65 S. hierzu die Zusammenfassung bei *Zimmermann*, ifo-Schnelldienst. 24/2013, abrufbar unter *https://www.cesifo-group.de/DocDL/SD-24-2013.pdf* (abgerufen am 24.6.2016).

66 Erinnert sei nur an die rein psychologisch motivierte Aussage von Bundeskanzlerin *Merkel* und Bundesfinanzminister *Steinbrück* v. 5.10.2008, wonach die „Spareinlagen sicher" seien (s. hierzu etwa *http://www.spiegel.de/wirtschaft/merkel-und-steinbrueck-im-wortlaut-die-spareinlagen-sind-sicher-a-582305.html* [abgerufen am 24.6.2016]).

67 So stieg etwa der IFO-Geschäftsklimaindex im Juni 2016 (Umfrage vor dem Ergebnis der *Brexit*-Abstimmung) noch auf 108,7 Punkte (von 107,8 im Vormonat), abrufbar unter *http://www.cesifo-group.de/de/ifoHome/facts/Survey-Results/Business-Climate/Geschaeftsklima-Archiv/2016/Geschaeftsklima-20160624.html* (abgerufen am 24.6.2016).

68 S. zur Entwicklung der Eigenkapitalsituation deutscher Unternehmen: Creditreform-Studie „Eigenkapitalpolster im deutschen Unternehmenssektor", abrufbar unter *http://www.creditreform-rating.de/fileadmin/user_upload/creditreform-rating.de/Dokumente/Fachpublikationen/15-11-26_Creditreform_Rating_EKpolster_deutscher_Unternehmen.pdf* (abgerufen am 27.6.2016), zur Liquiditätslage deutscher Unternehmen zu Beginn des Jahres 2016, s. Handelsblatt v. 11.1.2016 „Das große Horten", abrufbar unter *http://www.handelsblatt.com/my/unternehmen/banken-versicherungen/billionen-bei-banken-das-grosse-horten-/12813414.html* (abgerufen am 27.6.2016).

69 Dauer der Rezession in 2008/2009.

70 S. vertiefend hierzu *Hofmann*, Basel III, Risikomanagement und neue Bankenaufsicht.

71 Der Begriff stammt eigentlich aus dem Katastrophenschutz, wo bei Großschadensereignissen, wie etwa einer Naturkatastrophe, häufig von einem „Massenanfall von Verletzten" gesprochen wird, s. DIN-Norm 13050:2015-04, Nr. 3.29.

b) Nicht nur aufgrund der zurückgehenden Insolvenzzahlen, sondern wohl auch geschuldet dem Kostendruck, unter dem sich die Banken befinden, wurden die sog. „Work-out"-Abteilungen der Banken in den letzten Jahren z.T. erheblich verkleinert und auch für die Zukunft gehen 39 % der Teilnehmer einer Umfrage des Finance Magazins davon aus, dass „ihre" Bank die Restrukturierungsabteilung personell verkleinern wird.[72] Auch eine vom Verfasser durchgeführte (nicht repräsentative) Umfrage bei verschiedenen Banken kam zu ähnlichen Ergebnissen, teilweise wurde über eine Reduzierung des Personalbestands von 50 % im Verlauf von 6 Jahren berichtet.

Angesichts der rapide steigenden Insolvenzzahlen in den USA wird dort bereits über einen Mangel an sanierungserfahrenen Bankmitarbeitern geklagt.[73] Bei dem hier angenommenen krisenbedingt ebenfalls raschen Anstieg der Insolvenzzahlen in Deutschland dürfte sich dann auch hier ein Mangel an sanierungserfahrenen Bankmitarbeitern herauskristallisieren. Dementsprechend dürfte die Unterstützung der Sanierung durch die Banken bereits erheblich an einem Mangel an qualifiziertem Personal leiden.

c) Darüber hinaus ist abzusehen, dass zumindest im Fall einer länger andauernden Krise die Banken nicht nur wegen regulatorischer Bestimmungen, wie etwas „Basel III", ihre notleidenden Kredite (*NPL's*) wesentlich schneller veräußern werden als bisher. In letzter Zeit waren in Deutschland keine größeren NPL-Verkaufsaktivitäten zu beobachten.[74] Mitarbeiter der Workout-Abteilungen befragter Banken gaben hierzu an, dass zum einen nach den negativen Erfahrungen (im Bereich der Kundenpflege) in der Vergangenheit und der mit den Verkäufen verbundenen komplexen Prozesse eine „Verkaufswelle" nicht zu erwarten sei. Diese Zurückhaltung könnte sich aber bei dem hier zugrunde gelegten schnellen Einbruch der Wirtschaftsleistung und dem daraus resultierenden Massenanfall von Krisenunternehmen schnell ändern. Diesbezüglich sollte man die entsprechenden Vorgänge in Italien im Blick behalten: Im Januar 2016 vereinbarte die EU mit der italienischen Regierung eine Regelung, um die Veräußerung von NPL's zu fördern.[75] Der hohe Anteil von NPL's in den Büchern der italienischen Banken wird nämlich als eines der Haupthindernisse für eine Genesung des Sektors selbst und der gesamten italienischen Wirtschaft angesehen. Nach den „Lehren" aus den Vorgängen in Italien steht zu erwarten, dass die europäischen Institutionen im Fall einer (weiteren) Krise auf eine schnelle Veräußerung von NPL-Portfolios drängen werden, um die Banken nachhaltig sanieren zu können. Alternativ käme natürlich eine Umschichtung in sog. „Bad Banks" in Betracht. Schaut man sich aber die Erfahrungen bei der *Heta*[76] oder *Ersten Abwicklungsanstalt*[77] an, dürfte zweifelhaft sein, ob Staaten noch bereit und/oder in der Lage sein werden, Bad Banks finanziell so auszustatten, dass sie die Portfolios erfolgreich – und ohne weitere Lasten für die Steuerzahler – abwickeln können. Deswegen werden in einer größeren Wirtschaftskrise voraussichtlich auch wieder Portfolio-Verkäufe umgesetzt werden.

d) Welche Auswirkungen der Einfluss von diese notleidenden Kredite erwerbenden „opportunistischen" Investoren auf eine Sanierung haben können, zeigte in jüngster Zeit der Fall des Familienunternehmens „Kettler", das (nach eigenen Worten)[78] zur Abwehr einer Übernahme durch den die Kredite erwerbenden Fonds ein Insolvenzplanverfahren einleitete. Schon dieser Fall lässt erahnen, dass eine Sanierung bei „Eintritt" eines opportunistischen Investors, der z.B. eine sog. „loan-to-own"-Strategie verfolgt, das Unternehmen also durch die Umwandlung seiner Forderung in Eigenkapital übernehmen will,[79] komplizierter ablaufen wird, als die „üblichen" bankengetriebenen Sanierungen.

Zwischenfazit: Aufgrund des in einer Krise zu erwartenden Massenanfalls von Unternehmen, die ihre Kreditbedingungen wegen verschlechterter wirtschaftlicher Verhältnisse verletzen, werden die personell ausgedünnten Work-out-Abteilungen der Banken Sanierungen wahrscheinlich nicht konsequent genug begleiten und – sollte eine Veräußerung der notleidenden Kredite nicht gelingen – die Insolvenz zahlreicher möglicherweise lebensfähiger Unternehmen nicht verhindern können. Im Fall von Verkäufen an „opportunistische Investoren", die eine *loan-to-own*-Strategie verfolgen, drohen dann – wie im Fall *Kettler* – „Übernahmeschlachten" mit den Mitteln des Insolvenzrechts. Beide hier prognostizierten Vorgehensweisen werden für sich genommen aber schon zu einer gesteigerten Unsicherheit bei Sanierungsver-

---

72 Finance Magazin, 8. Restrukturierungsbarometer, 14.3.2016, S. 4; abrufbar auch im Internet.

73 „For one breed of Wall Street bankers, business is booming again", Chicago Tribune v. 16.6.2016, abrufbar unter *http://www.chicagotribune.com/news/sns-wp-blm-turnaround-b7bf10b8-33c7-11e6-ab9d-1da2b0f24f93-20160616-story.html*.

74 Öffentlich bekannt wurden in letzter Zeit lediglich die Übernahme eines NPL-Portfolios der italienischen Monte dei Paschi Bank durch die Deutsche Bank im Dezember 2015, vgl. Handelsblatt v. 28.12.2015, abrufbar unter *http://www.handelsblatt.com/unternehmen/banken-versicherungen/monte-dei-paschi-deutsche-bank-kauft-notleidende-kredite/12768224.html* (abgerufen am 27.6.2016) und der Kauf zweier Portfolios der Commerzbank durch Oaktree (s. hierzu *http://www.juve.de/nachrichten/deals/2015/07/notleidende-kredite-commerzbank-schlaegt-mit-ashurst-und-allen-overy-milliarden-paket-los*, abgerufen am 27.6.2016). Als bekannteste sog. „single-name-transaction" (also die Veräußerung der Kredite eines einzigen Unternehmens) sticht der Verkauf der durch die Commerzbank an die Kettler-Unternehmensgruppe vergebenen Darlehen heraus (s. hierzu *http://www.soester-anzeiger.de/lokales/werl/kettler-betriebsrat-erhebt-vorwuerfe-5340066.html* [abgerufen am 27.6.2016]).

75 S. hierzu Financial Times v. 28.1.2016 „In charts: how Italy's bad loans built up", abrufbar unter *https://next.ft.com/content/af047134-c509-11e5-808f-8231cd71622e* (abgerufen am 27.6.2016).

76 Vormals Hypo Alpe Adria, s. hierzu vertiefend *https://de.wikipedia.org/wiki/Hypo_Alpe_Adria* (abgerufen am 27.6.2016).

77 Vormals WestLB AG, s. vertiefend hierzu *https://de.wikipedia.org/wiki/Erste_Abwicklungsanstalt* (abgerufen am 27.6.2016).

78 Vgl. Manager Magazin (online), „Kettcar-Hersteller flüchtet sich in die Insolvenz", abrufbar unter *http://www.manager-magazin.de/finanzen/artikel/kettcar-hersteller-fluechtet-sich-in-die-insolvenz-a-1036964.html* (abgerufen am 27.6.2016).

79 Sog. „opportunistische" Investoren agieren spekulativ und ohne feste Anlagestrategien. Sie investieren sowohl in Eigenkapital als auch in Forderungen gegen das Unternehmen. S. vertiefend zur angesprochenen Thematik des „loan-to-own" etwa *Aleth/Böhle*, DStR 2010, 1186, insbesondere ab S. 1188; kritisch *K. Schmidt*, ZIP 2012, 2085.

suchen und damit zu einer weiteren Erhöhung der Insolvenzzahlen führen.

4. *Insgesamt könnte die derzeitige, sehr restriktive und auf eine (zu?) frühe Insolvenzantragstellung gerichtete Rechtslage bzgl. Insolvenzgründen, Unternehmenssanierungen und Insolvenzanfechtung eine Welle von Insolvenzantragstellungen eigentlich sanierungswürdiger Unternehmen „begünstigen" und somit selbst krisenverstärkend wirken.*

Die Praxisrelevanz der vorangestellten These belegt ein Artikel in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* (FAZ) v. 4.8.2015,[80] in dem empfohlen wird, den Kontakt zu Geschäftspartnern bei Indizien für Zahlungsprobleme möglichst schnell abzubrechen. Ansonsten könne es in der Insolvenz teuer werden, da die Anfechtung von während der Krise erhaltenen Zahlungen drohe. Die aus Sicht von Laien scheinbar einfach durchsetzbare Insolvenzanfechtung kann somit dazu führen, dass Gläubiger Unternehmen in der Krise „wie eine heiße Kartoffel" fallen lassen.

Wenn aber die Banken nicht in der Lage sind, die Sanierung zu unterstützen oder „opportunistische Investoren" ihre Chancen suchen, und dann auch noch die anderen Gläubiger das Unternehmen „fallen lassen", wird es schwierig, ein Unternehmen zu stabilisieren, um entweder eine außergerichtliche Sanierung durchzuführen oder eine Sanierung in der Insolvenz vorzubereiten. Die nachfolgend besprochene Verschärfung der Rechtsprechung in diesem Bereich dürfte gerade bei einem schockartigen Rezessionsbeginn eine Welle von Insolvenzantragstellungen zusätzlich „begünstigen":

a) Praxisuntauglicher Prognosezeitraum bei § 18 InsO

Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Ausführungen muss man sich zum einen vergegenwärtigen, dass der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO, geschaffen wurde, um den Geschäftsführern eine risikolose Möglichkeit zu bieten, frühzeitig ein Insolvenzverfahren zu beantragen.[81] Zum anderen ist zu beachten, dass für die durch das ESUG[82] eingeführte Möglichkeit der Beantragung eines sog. „Schutzschirmverfahrens" drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegen muss. Gleichzeitig reicht für die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung nach § 133 InsO bereits drohende Zahlungsunfähigkeit aus.

Der BGH verweist für die Prognose, die bei der Prüfung drohender Zahlungsunfähigkeit vorzunehmen ist, konsequenterweise zunächst auf die Begründung zu § 18 RegE InsO.[83] Demnach müsse für die Prognose die gesamte Finanzlage des Schuldners bis zur Fälligkeit aller bestehenden Verbindlichkeiten einbezogen werden.[84] Die einschlägigen Kommentierungen zu § 18 InsO gehen demgegenüber davon aus, dass zwar ein einheitlicher Prognosezeitraum nicht festgelegt werden könne, legen im Allgemeinen aber selber einen Zeitraum von wenigen Monaten bis zu 3 Jahren zugrunde.[85] So stellt bspw. der IDW-S-11-Standard[86] in Rn. 93 zunächst für den Prognosezeitraum entsprechend der v.g. Rechtsprechung des BGH „regelmäßig" auf die „letzte Fälligkeit der bestehenden Verbindlichkeiten" ab. Nachfolgend hält er sich aber „auf Grund [mit der Länge] zunehmender Prognoseunsicherheit" eine Hintertür offen, und verweist auf Rn. 60, in der für den Prognosezeitraum (ebenso wie auf der Übersicht in Rn. 1) auf das „laufende sowie das folgende Geschäftsjahr" verwiesen wird.

Der von der Literatur und dem IDW zugrunde gelegte Prognosezeitraum kann also im Einzelfall deutlich kürzer sein, als in der Gesetzesbegründung vorgesehen. Die darauf beruhende BGH-Rechtsprechung ist aber schlussendlich maßgeblich für die Beratungspraxis. Möglicherweise liegen die Versuche der Literatur, den Zeitraum effektiv zu begrenzen, darin begründet, dass längere Zeiträume nicht mehr seriös zu betrachten sind. Zur Verdeutlichung genügt ein einfaches Beispiel: Im nachfolgend besprochenen Fall *Q-Cells* wird vom Gericht ein Prognosezeitraum von 4 Jahren angenommen. Blickt man aus dem Jahr 2016 nun 4 Jahre zurück, hätte man als exportorientiertes Unternehmen schon im Jahr 2012 z.B. die Wirkungen der (erst im Juli 2014 verhängten) Sanktionen gegen Russland oder die Auswirkungen des massiven Ölpreisverfalls seit Mitte 2014 einplanen müssen. Keines dieser Ereignisse hat sich in 2012 angekündigt. Alleine diese zwei Beispiele sollten hinreichend verdeutlichen, dass bereits makroökonomische Daten – wie etwa Energiepreise – derartig hohen Unwägbarkeiten ausgesetzt sind, dass sie über einen längeren Zeitraum nicht seriös prognostiziert werden können.[87] Dabei sind die sich über einen längeren Zeitablauf steigernden Auswirkungen mikroökonomischer Annahmen noch gar nicht berücksichtigt. Der derzeit geltende unbestimmte und ggf. lange Prognosezeitraum ist damit weder unter wirtschaftswissenschaftlichen Aspekten gerechtfertigt noch unter den gegenwärtig sehr volatilen Marktbedingungen praxistauglich.[88]

b) Potenzielle Entwertung des Antragsgrundes der „drohenden Zahlungsunfähigkeit"

Die Reform des Überschuldungsbegriffs des § 19 InsO in der letzten Finanzkrise könnte als unbeabsichtigte Nebenfolge zu einem „Leerlaufen" des (freiwilligen) Antragsgrundes der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO führen:

---

80 „Wie ein Blitz aus heiterem Himmel", FAZ-Online, abrufbar unter: *http://www.faz.net/-gqe-86caq* (abgerufen am 14.6.2016).

81 S. nur die Erläuterungen Braun/*Bußhard* (Fn. 64), § 18 Rn. 2 m.w.N.

82 Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, BT-Drucks. 17/5712, abrufbar unter *http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/057/1705712.pdf* (abgerufen am 30.6.2016).

83 BGH, Urt. v. 5.12.2013 – IX ZR 93/11, ZInsO 2014, 77.

84 Vgl. RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 114, abrufbar unter *http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/12/024/1202443.pdf* (abgerufen am 30.6.2016).

85 S. nur Braun/*Bußhard* (Fn. 64), § 18 Rn. 8.

86 Abgdr. in Supplement zu „Die Wirtschaftsprüfung" 2/2015.

87 Die Fehlerquote bei den Wirtschaftsprognosen gerade der sog. „Wirtschaftsweisen" ist legendär, vgl. *http://www.focus.de/finanzen/steuern/thewes/konjunktur-warum-wirtschaftsprognosen-niemals-stimmen_aid_357804.html* (abgerufen am 27.7.2016).

88 So auch *Aleth/Harlfinger*, NZI 2011, 166, 168 f.

Die insolvenzrechtliche Definition der Überschuldung war Gegenstand langjähriger fachlicher Diskussionen und Reformprozesse.[89] Für die nachfolgende Diskussion der jetzt geltenden Rechtslage sollte man sich zunächst vergegenwärtigen, dass die (hastige) Reform[90] des Insolvenzgrundes der Überschuldung während der letzten Finanzkrise dazu diente, angesichts des schlagartigen Wertverlustes von Vermögenswerten in den Bankbilanzen (die eben auf einer abrupt abfallenden gesamtwirtschaftlichen Entwicklung beruhte!) eine Welle von Bankeninsolvenzen zu vermeiden.[91] Deswegen verordnete der Gesetzgeber die Rückkehr zum gerade vom BGH aufgegebenen[92] sog. „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff".

Nach der Legaldefinition des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO liegt die insolvenzrechtliche Überschuldung vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Die Fortbestehensprognose ist folglich im Kern eine reine Zahlungsunfähigkeitsprognose.[93] Erst, wenn sie negativ ausfällt, ist anhand eines (dann nach Liquidationswerten) aufzustellenden Status zu prüfen, ob eine (insolvenzrechtliche) Überschuldung vielleicht doch nicht vorliegt.[94]

Als (unbeabsichtigte?) Nebenwirkung könnte die drohende Zahlungsunfähigkeit i.S.d. § 18 InsO in vielen Fällen nun gleichbedeutend mit der insolvenzrechtlichen Überschuldung i.S.d. § 19 InsO sein.[95] Zwar erscheint es (noch?) vertretbar, den Prognosezeitraum nicht so weit auszudehnen, wie bei § 18 InsO.[96] Allerdings sind sich die einschlägigen Kommentierungen dieser Problematik augenscheinlich nicht bewusst. Häufig wird nämlich ein grundsätzlich „mittelfristiger Zeitraum" von 12 – 24 Monaten für die Prognose genannt.[97] Nicht selten wird aber auch undifferenziert eine Vergleichbarkeit mit dem Prognosezeitraum bei § 18 InsO angenommen oder sogar auf potenziell längere Zeiträume verwiesen.[98] Die vermeintliche Nähe zu § 18 InsO oder auch die eher schwammig gehaltene Formulierung zur „Verlängerung" des Prognosezeitraums verdeutlichen die Risiken einer auch zeitlichen Angleichung der Prognosezeiträume zwischen § 18 und § 19 InsO. Würde man eine – so wohl vom Gesetzgeber nicht intendierte – Gleichstellung der beiden Normen annehmen, würde die Überschuldung nur dann nicht eintreten, wenn ausnahmsweise der Überschuldungsstatus einen positiven Saldo ausweist.[99] Es droht also die Gefahr, dass der Tatbestand des § 18 InsO komplett entwertet wird. Die damals eigentlich zur Vermeidung eines „Massenanfalls" von Bankeninsolvenzen gedachte Reform des Überschuldungstatbestands würde dann zu einem „Mehr" an Insolvenzen führen.

c) „Kettenvermutungsregel" bei Vorsatzanfechtungen

Die Praxisrelevanz des oben zitierten FAZ-Artikels belegt auch die Entwicklung der sog. „Kettenvermutungsregel"[100] durch die Rechtsprechung. Zur Feststellung der Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung im Hinblick auf § 133 InsO kann demnach aus der Nichtzahlung einer nicht näher definierten Anzahl von Rechnungen bereits auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners[101] und daraus auf das Vorliegen eines Benachteiligungsvorsatzes beim Schuldner[102] und daraus wiederum auf die Kenntnis des Gläubigers davon (insbesondere bei einer inkongruenten Deckung)[103] geschlossen werden.

Das Vorliegen dieser Vermutungswirkungen bewirkt eine Umkehr der Beweislast.[104] Der Anfechtungsgegner hat dann den Gegenbeweis zu erbringen und muss dementsprechend darlegen und beweisen, dass entweder der Schuldner nicht mit Benachteiligungsvorsatz handelte oder dass er, der Anfechtungsgegner, nichts von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners wusste.[105] Dem Gläubiger und Anfechtungsgegner, der ja im Regelfall keinen Einblick in das schuldnerische Unternehmen hat, wird dieser Gegenbeweis lediglich in Ausnahmefällen gelingen.[106]

Diese sukzessive Entwicklung von Kettenvermutungsregeln dürfte mit Zunahmen entsprechend entschiedener Fälle

89 S. näher hierzu bei *Möhlemann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19.

90 S. Art. 5 und 6 Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) v. 18.10.2008 (BT-Drucks. 16/10600, abrufbar unter *http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/106/1610600.pdf*; abgerufen am 1.7.2016), deren ursprüngliche Befristung durch Art. 18 des Gesetzes zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess v. 5.12.2012 endgültig aufgehoben wurde.

91 S. hierzu vertiefend Braun/*Bußhardt* (Fn. 64), § 19 Rn. 3 f., s. auch Begr. zum FMStG, a.a.O., S. 13.

92 BGH, Urt. v. 5.2.2007 – II ZR 234/05, ZInsO 2007, 376.

93 *Möhlemann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19, 21; *Aleth/Harlfinger*, NZI 2011, 166, 168 f.; s. auch *Ehlers*, ZInsO 2016, 1244.

94 Braun/*Bußhardt* (Fn. 64), § 19 Rn. 10, 17.

95 So MünchKomm-InsO/*Drukarczyk*, § 18 Rn. 78, 86; *Frystatzki*, NZI 2014, 259, 261 (Anmerkung zu BGH, Urt. v. 5.12.2013 – IX ZR 93/11); Buth/Hermanns/*Hermanns*, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 25 Rn. 40; zögernd Gottwald/*Gundlach*, Insolvenzrechtshandbuch, § 6 Rn. 33 (de facto eine Nähe zur „drohenden Zahlungsunfähigkeit"); a.A. wohl K. *Schmidt*, ZIP 2013, 485, 490.

96 So, etwas undifferenziert, wohl auch Braun/*Bußhardt* (Fn. 64), § 19 Rn. 23.

97 So etwa Uhlenbruck/*Mock*, InsO, § 19 Rn. 218; *K. Schmidt*, InsO, § 19 Rn. 49; *Andres/Leithaus*, InsO, § 19 Rn. 6.

98 So etwa Uhlenbruck/*Mock* (Fn. 97), § 19 Rn. 218; anders dagegen *K. Schmidt* (Fn. 97), § 19 Rn. 49.

99 Weitere Beispiele bei Braun/*Bußhardt* (Fn. 64), § 19 Rn. 24.

100 So die treffende Bezeichnung bei Schneidewind in „Gemeinsames Positionspapier des Bundesverbands Deutscher Baustoff-Fachhandel e.V.", S. 5, abgdr. in ZVertriebsR 2014, 265.

101 So BGH, Urt. v. 30.6.2011 – IX ZR 134/10, ZInsO 2011, 1410: „Haben [...] fällige Verbindlichkeiten bestanden, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr beglichen worden sind, ist regelmäßig von Zahlungseinstellung auszugehen."

102 BGH, Urt. v. 8.12.2005 – IX ZR 182/01, ZInsO 2006, 94: „Der BGH geht in der Regel davon aus, dass der Schuldner die angefochtenen Rechtshandlungen mit Benachteiligungsvorsatz vorgenommen hat, wenn er zur Zeit [der Rechtshandlung] zahlungsunfähig war."

103 BGH, Urt. v. 18.7.2013 – IX ZR 143/12, ZInsO 2013, 2109: „Der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit steht die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit hinweisen. Es genügt daher, dass der Anfechtungsgegner die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen bei zutreffender rechtlicher Beurteilung die Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei folgt."

104 BGH, Urt. v. 24.5.2007 – IX ZR 97/06, ZInsO 2007, 819.

105 BGH, Urt. v. 24.5.2007 – IX ZR 97/06, ZInsO 2007, 819.

106 So auch *Fawczy/Köchling*, ZInsO 2014, 1073.

schon für sich genommen zu den im o.g. FAZ-Artikel geschilderten Auswirkungen führen: Aufgrund des hohen Anfechtungsrisikos werden Geschäftsbeziehungen mit Krisenunternehmen schnellstmöglich „gekappt", um den eigenen Schaden zu minimieren. Setzt sich diese Ansicht gerade in Anbetracht einer schockartig eintretenden Rezession durch, dürfe der volkswirtschaftliche Schaden erheblich sein.

d) Verschärfung der Vorsatzanfechtung bei außergerichtlichen Sanierungen

aa) Die oben dargelegte zeitliche „Überdehnung" des Prognosezeitraums des § 18 InsO führt konsequenterweise zu einer sehr frühen Anwendbarkeit der Regelungen der Vorsatzanfechtung. Hierdurch erhöht sich das Anfechtungsrisiko von während außergerichtlicher Sanierungsbemühungen vorgenommener Rechtshandlungen erheblich.

bb) Die Rechtsprechung hat darüber hinaus – über die zuvor geschilderten massiven Beweiserleichterungen hinaus – gerade bei Sanierungsversuchen den Anwendungsbereich der Vorsatzanfechtung sehr weit ausgedehnt:[107] Zwar kann die für § 133 InsO erforderliche Indizwirkung der Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz aufgrund von Sanierungsbemühungen ausgeschlossen sein.[108] Dies insbesondere dann, wenn die angefochtene Rechtshandlung als Bestandteil eines ernsthaften, letztlich aber gescheiterten Sanierungskonzepts von einem anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet war. Voraussetzung dafür sei, dass zu der Zeit der angefochtenen Handlung ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept vorliegt, das beim Schuldner die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt und mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden ist.

Noch im Jahr 1997 hatte der BGH die Hürden für einen Ausschluss der Indizwirkung niedriger gehängt, indem er ausführte, dass ein ernsthafter Sanierungsversuch u.U. als solcher eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung objektiv ausschließen könne, wenn das zugrunde liegende Sanierungskonzept „nicht offensichtlich undurchführbar" sei.[109] Auch wenn man nicht mit mathematischer Genauigkeit vorgeht, ist der Unterschied in der Eintrittswahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs zwischen „nicht undurchführbar" und „ernsthaft und begründet" bereits augenfällig. Schon hier hat also die (BGH-)Rechtsprechung im Laufe der Zeit die Bedingungen für einen erfolgreichen Ausschluss der Indizwirkung der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit erheblich heraufgesetzt.

e) Aushöhlung der Sanierungsmöglichkeiten in der Insolvenz

Eine unbeabsichtigte Nebenfolge der zuvor geschilderten Rechtslage dürfte die potenzielle Aushöhlung der Sanierungsmöglichkeiten in der Insolvenz und insbesondere des erst durch das ESUG eingeführten Schutzschirmverfahrens sein: Wie o.a., ist nach § 270b InsO die Einleitung eines solchen Verfahrens nur bei drohender Zahlungsunfähigkeit zulässig.

aa) Da § 133 InsO ebenfalls an die drohende Zahlungsunfähigkeit anknüpft, bestehen für Sanierungsberater – deren Hinzuziehung für die Vorbereitung eines Schutzschirmverfahrens gerade in größeren Unternehmen als sinnvoll anzusehen ist[110] – nunmehr wesentlich erhöhte Anfechtungsrisiken. Damit die Honorare für ihre Beratungsleistung „anfechtungsfest" bleiben, müsste die Sanierung z.B. schon „in den Anfängen" umgesetzt sein.[111] Die bloße Hoffnung des Schuldners auf eine Sanierung soll seinen Benachteiligungsvorsatz nämlich dann nicht ausräumen, wenn die dazu erforderlichen Bemühungen über die Entwicklung von Plänen und die Erörterung von Hilfsmöglichkeiten nicht hinausgekommen ist.[112] Soll die Sanierung selbst aber erst im Rahmen eines Schutzschirmverfahrens umgesetzt werden, ist sie bei Antragstellung aber eben noch nicht über dieses Planungsstadium hinausgekommen, also auch noch nicht „in den Anfängen" umgesetzt. Die Honorare für die Vorbereitung des Schutzschirmverfahrens unterliegen damit einem erhöhten Anfechtungsrisiko.[113] Die entsprechenden Risiken erkennend scheint zumindest *Ganter* für die Aufhebung des Tatbestandsmerkmals der „Umsetzung in den Anfängen" zu plädieren.[114]

bb) Legt man ferner hypothetisch zugrunde, dass der BGH die Entscheidungen des *LG Würzburg*[115] und des *LG Berlin*[116] in Bezug auf die Anfechtungsfestigkeit von Beraterhonoraren für a) die Feststellung des Vorliegens von Insolvenzgründen und b) die Vorbereitung eines Insolvenzantrags[117] in der Sache aufrechterhält und damit die entsprechenden Bera-

107 S. zur rechtsstaatlichen Problematik dieser Ausdehnung *Foerste*, ZInsO 2013, 897.

108 BGH, Urt. v. 21.2.2013 – IX ZR 52/10, ZInsO 2013, 780 Rn. 11; vgl. für die folgenden Ausführungen auch LG Frankfurt/M., Urt. v. 7.5.2015 – 2-32 O 102/13, ZIP 2015, 1358 ff. Rn. 82 ff.

109 BGH, Urt. v. 4.12.1997 – IX ZR 47/97, NJW 1998, 1561, 1563.

110 Vgl. hierzu instruktiv *Doliwa*, Die geplante Insolvenz, Diss., S. 19 f.

111 So zuletzt auch noch BGH, Beschl. v. 19.9.2013 – IX ZR 232/12, ZInsO 2013, 2055.

112 So BGH, Urt. v. 8.12.2011 – IX ZR 156/09, ZInsO 2012, 171 Rn. 11.

113 Kritische Stimmen werden an dieser Stelle einwenden, dass der Sanierungsberater durch die Gestaltung der Vergütungsvereinbarung selber das Anfechtungsrisiko verringern könnte. So könne bei der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO § 142 InsO zwar nicht direkt angewendet werden, aber im Rahmen der Prüfung einer bargeschäftsähnlichen Lage zumindest die Feststellung des subjektiven Tatbestands erschweren (s. zum gesamten Komplex *Thole/Schmidberger*, BB 2014, 3, 7). Also könne der Sanierungsberater ja durch adäquate Vorschüsse seine Vergütungsansprüche sichern. Dagegen spricht aber schon die Entscheidung des BGH v. 6.12.2007 (IX ZR 113/06, ZInsO 2008, 101 Rn. 24), in dem das Gericht dem Anfechtungsanspruch stattgab, weil die Beratungsleistung „keinen praktischen Nutzen" ausweisen würde.

114 *Ganter*, ZIP 2015, 1413, 1416 ff.

115 LG Würzburg, Urt. v. 16.12.2013 – 92 O 2268/12, ZInsO 2014, 564.

116 LG Berlin, Urt. v. 26.6.2014 – 63 O 11/14, ZIP 2014, 687.

117 Hier nicht differenzierend genug: *Thole*, ZIP 2015, 2145, 2144, der diese Urteile auch für die Beurteilung von Sanierungskonzepten heranzieht.

tungshonorare anfechtungsfest stellt,[118] ergibt sich aufgrund der vorangestellten Erläuterungen eine „Schutzlücke" zwischen der Anfechtungsfestigkeit von Beraterhonoraren für reine „Insolvenzberatung" und solchen für die „Sanierungsberatung". Diese Schutzlücke ist nicht nur systemwidrig, sondern auch betriebs- und volkswirtschaftlich schädlich: Die Erstellung eines Sanierungskonzepts geschieht in der Praxis aufgrund des hohen Zeitdrucks zumeist parallel zur Prüfung der Insolvenzgründe. Es nimmt aber erheblich mehr Zeit in Anspruch, etwaige Hindernisse auf dem Weg zu einer Sanierung (z.B. durch ein Schutzschirmverfahren!) zu erkennen, Lösungen abzuwägen und mit Maßnahmen zu planen, als das bloße Vorliegen von Insolvenzgründen zu prüfen. Entsprechend der herrschenden Rechtsprechung müsste ein seriöser Sanierungsberater bei Erkennen des Vorliegens der drohenden Zahlungsunfähigkeit (die möglicherweise auch den Eintritt der Überschuldung nach § 19 InsO markiert!) ohne weitere Prüfung den Insolvenzantrag erstellen und auf die Einleitung des Insolvenzverfahrens drängen.

Zwischenfazit: Die gerade in den letzten Jahren verschärfte Rechtsprechung im Bereich der Unternehmenssanierung dürfte in der kommenden Krise Sanierungsberater (die in Kenntnis der nachfolgend diskutierten Rechtslage seriös agieren) immer früher dazu bringen, auch zur Vermeidung persönlicher Haftungsrisiken[119] Sanierungsversuche entweder gar nicht einzuleiten oder abzubrechen und einen (unvorbereiteten) Insolvenzantrag zu stellen. Dieses Verhalten dürfte aber die Chancen auch für eine erfolgreiche Sanierung in der Insolvenz, z.B. in einem „Schutzschirmverfahren", (weiter) schmälern.

5. *Darüber hinaus dürfte es die (fehlgehende) Rechtsprechung des LG Frankfurt/M. in Sachen Q-Cells für (in solchen Fällen häufig zunächst gerufene) Sanierungsberater erschweren, eine außergerichtliche Sanierung zu versuchen, ohne sich selbst einem erhöhten Haftungs- und Anfechtungsrisiko auszusetzen. Da aber die Mühlen der Justiz bekanntlich eher langsam mahlen, wird eine etwaige Revision dieser Rechtsprechung durch die Obergerichte erst nach Eintritt der oben prognostizierten Rezession relevant werden – und damit zu spät.*

Das LG Frankfurt/M. verurteilte in diesem Verfahren eine deutsche Großkanzlei zur Rückzahlung von Beratungshonoraren über 4,5 Mio. €, die der Insolvenzverwalter über das Vermögen der *Q-Cells*-Muttergesellschaft im Wege der Insolvenzanfechtung herausverlangt hatte. Das Urteil sorgt für einige Furore in der Insolvenz- und Sanierungsszene.[120] Obwohl es zunächst nur die konsequente Umsetzung der seit der Finanzkrise verschärften Rechtsprechung des IX. ZS des BGH abbildet, zeigt es aber exemplarisch die Untauglichkeit dieser Rechtsprechung für die Praxis auf. Zudem vermischt es unzulässigerweise verschiedene Aspekte der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Unternehmenssanierungen und untergräbt das Rechtsstaatsprinzip.

a) So bejaht das *LG Frankfurt/M.* den für § 133 InsO erforderlichen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der beratenden Anwälte in zunächst konsequenter Anwendung der zuvor erläuterten BGH-Rechtsprechung, weil die Indizwirkung der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz aufgrund der Sanierungsbemühungen nicht ausgeschlossen sei.[121] Auch für die Berechnung des Prognosezeitraums der drohenden Zahlungsunfähigkeit verweist das Gericht in sich schlüssig auf den BGH. Im konkreten Fall bedeutete dies, dass in die Prognose, die wohl spätestens mit der ersten Zahlung an die Anwälte im November 2011 hätte beginnen müssen, auch die Fälligkeit einer erst am 20.10.2015 fälligen Wandelschuldverschreibung einbezogen werden musste.[122] Der Prognosezeitraum hätte sich also in diesem Fall über 4 Jahre erstreckt. Wie schon zuvor ausgeführt, dürfte ein solcher Zeitraum nicht mehr betriebswirtschaftlich seriös zu überblicken sein – schon gar nicht angesichts der oben unter I.1. beschriebenen aktuellen wirtschaftlichen Risiken.

b) In der Folge vermischt das Urteil des *LG Frankfurt/M.* dann verschiedene Aspekte der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Unternehmenssanierungen und steigert so (bewusst?) die Anforderungen an die Eintrittswahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs noch einmal erheblich. So zitiert das Gericht, ebenfalls in Befolgung langjähriger Rechtsprechung des BGH zu „ernsthaften Sanierungsbemühungen", dass „[...], der Schuldner die sichere Erwartung haben [musste], dass die Restrukturierung in Bälde abgeschlossen wäre" (Unterstreichung durch Autor).[123] Nicht nur, dass mit dieser Formulierung eine weitere Steigerung der Eintrittswahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs gegenüber der Linie des BGH (von „ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg" auf „sichere Erwartung") verbunden ist. Viel gewichtiger ist, dass das *LG Frankfurt/M.* die Umstände des zitierten BGH-Falls außer Acht lässt: Im vom BGH entschie-

118 Daran bestehen allerdings aufgrund der bereits v.g. Entscheidung des BGH, Urt. v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06, ZInsO 2008, 101, insbesondere Rn. 25, ernsthafte Zweifel, da der BGH im Gegensatz zum LG Berlin davon ausgeht, dass bei Vorliegen „eines Gutachtens" (das die Insolvenzgründe belegt), der spätere Insolvenzschuldner keiner anwaltlichen Unterstützung für die Antragstellung mehr bedürfe, da er selber Insolvenzantrag stellen könne. Möglicherweise überdenkt der BGH diese Ansicht jedoch angesichts der (erst nach dem Urteil in Kraft getretenen) Neufassung des § 13 InsO durch das ESUG, der zu einer wesentlichen Erhöhung der Anforderungen an die Zulässigkeit des Insolvenzantrags geführt hat. Auch ist der vom BGH verfolgte Ansatz mit dem Anspruch eines Rechtsuchenden auf anwaltliche Beratung unvereinbar – demgegenüber haben reine Nutzenerwägungen, die der BGH im v.g. Urteil anstellt, zurückzutreten!

119 Beispielhaft hierfür: KPMG, die als ehemalige Sanierungsberater der P+S-Werften vom Insolvenzverwalter auf 700 Mio. € in Anspruch genommen werden. S. *http://www.finance-magazin.de/risiko-it/risikomanagement/der-fall-kpmg-und-die-exzesse-der-insolvenzverwalter-1382061/* (abgerufen am 28.6.2016).

120 S. nur die Kommentierungen von *Thole*, ZIP 2015, 2145; *Ganter*, ZIP 2015, 1413.

121 Vgl. auch für die folgenden Ausführungen LG Frankfurt/M., Urt. v. 7.5.2015 – 2-32 O 102/13, ZIP 2015, 1358 ff. Rn. 82 ff.

122 So LG Frankfurt/M., Urt. v. 7.5.2015 – 2-32 O 102/13, ZIP 2015, 1358 ff. Rn. 77 und 93.

123 LG Frankfurt/M., Urt. v. 7.5.2015 – 2-32 O 102/13, ZIP 2015, 1358 ff. Rn. 77 und 93, mit Hinweis auf BGH, Urt. v. 22.11.2012 – IX ZR 62/10, ZInsO 2013, 76.

denen Fall ging es darum, dass die Zahlungsunfähigkeit durch eine Umschuldung hätte abgewendet werden können. Insoweit konstatiert der BGH, dass der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz dann zu widerlegen sei, wenn die Schuldnerin eben die „sichere Erwartung" haben durfte, dass die Ablöseverhandlungen mit den Banken in Bälde abgeschlossen seien. Im Gegensatz zu der bereits zitierten Rechtsprechung zu Sanierungskonzepten – die üblicherweise ein Bündel von Einzelmaßnahmen und eine Einschätzung ihrer Wirkung enthalten – ging es in dem zitierten BGH-Fall also um die Erfolgsaussichten einer einzelnen und genau definierten Sanierungsmaßnahme. Es kann durchaus angebracht sein, dass die Eintrittswahrscheinlichkeit einer einzelnen Sanierungsmaßnahme, die im Sinne einer 0/1-Entscheidung fungiert, höher anzusetzen ist. Die undifferenzierte Ausdehnung dieser (einfachen) Entscheidung auf die erforderliche Eintrittswahrscheinlichkeit einer komplexen Sanierung, wie sie das LG Frankfurt/M. ohne nähere Begründung vorgenommen hat, stellt aber eine unzulässige Vermischung verschiedener Aspekte der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Unternehmenssanierungen dar.

c) Schließlich stimmt auch die Ansicht des *LG Frankfurt/M.* bzgl. der rechtlichen Beurteilung der Anwaltskanzlei zur Anwendbarkeit eines für den Sanierungserfolg wichtigen Gesetzes (des Schuldverschreibungsgesetzes, SchVG) bedenklich. Das Gericht entschied, dass die Anwaltskanzlei „nicht hinreichend sicher davon ausgehen" konnte, dass ihre Interpretation des SchVG die „richtige" sei, weil der Rechtsansicht ein Urteil des *LG Frankfurt/M.* diametral entgegenstand.[124] Selbst wenn der BGH letztlich (nach Scheitern der Sanierung) die Rechtsfrage im Sinne der Anwaltskanzlei entschieden habe, so sei das für die Beurteilung der Erfolgsaussichten während der Sanierung unmaßgeblich. Vielmehr habe das Sanierungskonzept von den tatsächlichen Gegebenheiten – wozu auch die Rechtsprechung der ausschließlich zuständigen Gerichte gehöre – auszugehen. Nur, wenn diese Rechtsprechung „evident abwegig" wäre, könne etwas anderes gelten.

Grundsätzlich ist dem *LG Frankfurt/M.* zuzugeben, dass die Frage, ob die rechtliche Entscheidung eines Gerichts im Rahmen bestehender Antragsfristen erfolgreich angefochten und die für die Sanierung günstige Rechtsansicht durchgesetzt werden kann, für die Frage der Erfolgsaussichten der Sanierung durchaus maßgeblich ist. Auch Rechtsfragen sind zeitkritisch.[125] Insoweit gehen einige Diskussionsbeiträge[126] am für Sanierungen grundsätzlich problematischen Punkt vorbei (den das LG Frankfurt/M. auch nicht sauber herausgearbeitet hat): Wie auch etwaige Sanierungsbemühungen die Dreiwochenfrist des § 15a InsO nicht zu verlängern vermögen,[127] kann auch die Abklärung einer Rechtsfrage (hier als Vorfrage für die Sanierungsbemühungen) diese Frist nicht verlängern. Würde man dies zulassen, so wäre der Gläubigerschutzzweck der Insolvenzantragspflicht gefährdet. Insoweit hat das Recht (und die Pflicht) des Anwalts im Sinne seines Mandanten, auch für eine Änderung bestehender Rechtsprechung zu kämpfen, mit dem Beginn der Insolvenzantragsfrist seine Grenze erreicht.

Allerdings, und das ist der zu kritisierende Punkt an der Entscheidung des *LG Frankfurt/M.*, bestand zum Zeitpunkt der Sanierungsplanung unstreitig noch gar keine Pflicht zur Insolvenzantragstellung, denn die Schuldnerin war nur drohend zahlungsunfähig. Vor diesem Hintergrund und der – bereits unter These 4.a diskutierten – Überdehnung des Prognosezeitraums der drohenden Zahlungsunfähigkeit – wird die Rechtsansicht des LG Frankfurt/M. unhaltbar: Wenn ein Anwalt schon bei Eintritt in die drohende Zahlungsunfähigkeit nicht mehr für die Rechte seines Mandanten kämpfen kann, auch wenn bis zum Eintritt der Antragspflicht vielleicht noch mehrere Jahre vergehen, stellt diese Rechtsprechung eine bedenkliche Beschneidung des Rechtsstaatsprinzips dar.

Zwischenfazit: Das LG Frankfurt/M. hat in Sachen *Q-Cells* die Anforderungen an Sanierungen außerhalb der Insolvenz in unsachgemäßer Weise verschärft. Alleine aufgrund der Dauer des Instanzenzugs dürfte aber eine Korrektur durch die höheren Instanzen bis zum Beginn der prognostizierten Wirtschaftskrise nicht mehr zu erwarten sein. Die Unsicherheit über die Erfüllbarkeit der erhöhten Anforderungen dürfte sich somit krisenverstärkend auswirken, weil zurate gezogene seriöse Anwälte und Sanierungsberater schneller als bisher zur Antragstellung raten müssen.

6. *Die Folge dieser Entwicklungen könnte das Abgleiten vieler Unternehmen, die nach einer Rezession an sich lebensfähig wären, in die Insolvenz sein. Die (sich derzeit ebenfalls konsolidierende) Insolvenzverwalterszene wird im Zweifel schon von der Personalstärke her nicht in der Lage sein, die zu erwartende Antragsflut konstruktiv zu bewältigen – und erst recht nicht, das Sanierungspotenzial bei diesen Unternehmen auszuschöpfen. Hierdurch könnte erhebliches wirtschaftliches Potenzial in Deutschland wegfallen.*

a) Angesichts des oben unter I.1. dargestellten zwischenzeitlichen Anstiegs der Insolvenzen in den USA und China um jeweils über 50 % im Vorjahres- oder gar Vormonatsvergleich ist klar, dass eine Diskussion über das plötzliche Abgleiten zahlreicher Unternehmen in die Insolvenz zu Beginn einer Krisenphase nicht nur theoretischer Art ist. Bei den nachfolgenden Betrachtungen ist aber auch zu berücksichtigen, dass das Insolvenzverfahren als rechtlicher Mechanismus für den Marktaustritt für am Markt versagende Wirtschaftseinheiten grundsätzlich erforderlich ist.[128] Allerdings lehrten die Erfahrungen gerade der Weltwirtschaftskrise von 1929/1931, „dass sich [auch] eine gesunde Volkswirtschaft nur eine begrenzte Anzahl von Insolvenzen und Insolvenz-

124 LG Frankfurt/M., Urt. v. 7.5.2015 – 2-32 O 102/13, ZIP 2015, 1358 ff. Rn. 90 ff.

125 So auch *Thole*, ZIP 2015, 2145, 2151.

126 *Ganter*, ZIP 2015, 1413, 1417; *Fölsing*, EWiR 2015, 455, 456, gut zusammengefasst bei *Thole*, ZIP 2015, 2145, 2151.

127 S. hierzu nur MünchKomm-InsO/*Klöhn*, § 15a Rn. 120 m.w.N.

128 So auch *Uhlenbruck*, in: Krystek/Moldenhauer, Handbuch Krisen- und Restrukturierungsmanagement, S. 259 mit Verweis auf die Begründung zum RegE InsO.

schäden leisten kann, wenn sie nicht selbst Schaden nehmen will".[129] Damit liegt die Sanierung von Unternehmen grundsätzlich ebenfalls im volkswirtschaftlichen Interesse und ist gegenüber dem Marktaustritt gerade einer Vielzahl von Unternehmen abzuwägen. Dementsprechend wurde durch die Einführung des Insolvenzplanverfahrens versucht, selbst in der Insolvenz noch eine Sanierung von Unternehmen zu ermöglichen.

Gerade bei einem schockartigen Beginn der Wirtschaftskrise wird es aber zeitweise schwierig sein, überhaupt zu klären, wann ein Unternehmen als „wettbewerbsfähig" und damit sanierungswürdig gelten soll. Dementsprechend erfordert ein derartiger Kriseneintritt ein anderes Vorgehen als zu „normalen" Zeiten üblich. Dabei sollten die (allgemein als gescheitert angesehene) „Sanierung" der DDR-Wirtschaft und ihre Integration in die deutsche Wirtschaftsordnung durch die Treuhandanstalt[130] oder die (überstürzte) Privatisierung weiter Teile der britischen Daseinsvorsorge durch die Politik *Margret Thatchers*[131] als mahnende Beispiele dafür dienen, dass eine Zerschlagung von (zwischenzeitlich) nicht wettbewerbsfähigen Unternehmen zwar kurzfristig Erfolge versprechen, dauerhaft aber eine ganze Volkswirtschaft in Mitleidenschaft ziehen kann. Es wird also in der heraufziehenden Krise darauf ankommen, eine Balance zwischen den volkswirtschaftlichen Erfordernissen der richtigen Allokation knapper Mittel und der Erhaltung langfristig wettbewerbsfähiger Unternehmen auch in Krisenzeiten zu finden.

b) Sollte die Korrektur tatsächlich schockartig auftreten, werden die Insolvenzverwalter in Deutschland schon rein faktisch nicht in der Lage sein, ihren Anteil zur Bekämpfung der Krise zu leisten: Wegen der seit Jahren zurückgehenden Unternehmensinsolvenzen befindet sich die Insolvenzverwalterszene in einer Konsolidierungsphase. Selten nimmt sie so plakative Formen an, wie bei dem Insolvenzverwalter, der sich aufgrund der niedrigen Vergütung lieber der Vorbereitung einer Weltumsegelung widmen wollte, als neuen Insolvenzverfahren.[132] Das Beispiel zeigt aber den wirtschaftlichen Druck, der auf der Insolvenzverwalterszene lastet.[133] Dementsprechend geht der Verband der Insolvenzverwalter in Deutschland (VID) bereits mittelfristig von einem Rückgang der derzeit rd. 2.000 Verwalter auf nur noch die Hälfte aus.[134] Trotz dieser Marktkonsolidierung werden die durch Fusionen entstandenen Großkanzleien in der Lage sein, kommende Großinsolvenzen zu bewältigen. Angesichts der personellen Ausdünnung ist aber zweifelhaft, ob sie auch den dann zu erwartenden Massenanfall von Insolvenzverfahren bei kleinen und mittelständischen Unternehmen (KMU), also im deutschen Mittelstand, dem „Rückgrat der deutschen Wirtschaft",[135] im Sinne der viel beschworenen „Sanierungskultur"[136] werden bewältigen können.

c) Auch beschränkt das Insolvenzrecht die Möglichkeiten der Insolvenzverwalter, ein Unternehmen nachhaltig zu sanieren: Regelmäßig können sie in einem Insolvenzplanverfahren oder einer übertragenden Sanierung nur die letzten beiden Krisenstadien,[137] eben die Insolvenz und (teilweise) die Liquiditätskrise, „abarbeiten", während die sog. „Erfolgskrise" und die „strategische Krise" – also der Ausgangspunkt der Krise – weitestgehend unbewältigt bleiben.[138] Dieser Umstand ist allerdings dem Insolvenzverfahren systemimmanent, wie nachfolgende Betrachtungen zeigen:

aa) Zum einen liegt der Schwerpunkt des Insolvenzverfahrens eben nicht auf der Sanierung des Unternehmens, sondern auf der möglichst hohen Befriedigung der Gläubiger, vgl. § 1 InsO.[139] Dementsprechend beschränkt die InsO die unternehmerische Freiheit des Insolvenzverwalters, indem sie bei der Abwägung zwischen der mit einer Sanierung einhergehenden unternehmerischen Risiken und der Vermögenssicherung prinzipiell zugunsten Letzterer entscheidet. So setzt der Erfolg jeglicher Sanierungsbemühung auch in der Insolvenz voraus, dass der Betrieb des schuldnerischen Unternehmens fortgeführt wird.[140] Allerdings darf der (vorläufige) Insolvenzverwalter den schuldnerischen Betrieb nur fortführen, wenn hierdurch nicht eine „erhebliche Verminderung des Vermögens" droht, vgl. nur § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO.[141] Weitergehend ist der Insolvenzverwalter grundsätzlich sogar verpflichtet, das Schuldnervermögen unverzüglich zu verwerten, soweit Beschlüsse der Gläubigerversammlung nicht entgegenstehen, vgl. § 159 InsO.

Einen derartigen entgegenstehenden Beschluss kann natürlich der Beschluss über einen Insolvenzplan bilden. Allerdings ist mit der (im Regelfall darauf folgenden) Bestätigung des Insolvenzplans durch das Insolvenzgericht das Verfahren aufzuheben, soweit der Plan (ausnahmsweise) „nicht etwas

129 *Uhlenbruck* (Fn. 128), S. 259.

130 S. vertiefend hierzu *Seibel*, „Verwaltete Illusionen: Die Privatisierung der DDR-Wirtschaft durch die Treuhandanstalt und ihre Nachfolger 1990 – 2000".

131 S. vertiefend hierzu *Geppert*, „Maggie Thatchers Rosskur – Ein Rezept für Deutschland?: Ein Essay" oder auch *Meek*, „Sale of the century: the privatisation scam" (abrufbar unter *http://www.theguardian.com/politics/2014/aug/22/sale-of-century-privatisation-scam*; abgerufen am 12.7.2016) mit besonderem Augenmerk auf die misslungene Privatisierung der britischen Eisenbahn.

132 Manager-Magazin, „Unter Geiern – das Geschäft mit der Pleite", 12/2014, S. 15 (auch im Internet abrufbar).

133 Vertiefend hierzu „Rette wen wer kann" Juve 08/2016, S. 31.

134 Vgl. Die Welt v. 3.8.2014, „Insolvenzverwalter in Deutschland gehen pleite", abrufbar unter *http://www.welt.de/wirtschaft/article130820487/Insolvenzverwalter-in-Deutschland-gehen-pleite.html* (abgerufen am 28.6.2016).

135 S. hierzu nur BMWi, „German Mittelstand – Motor der deutschen Wirtschaft", S. 6 (abrufbar unter *https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/factbook-german-mittelstand,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf*; abgerufen am 15.7.2016).

136 S. dazu nur *Paulus*, WM 2011, 2205; *Werdes*, „Die zweite Chance", Die Zeit v. 24.8.2000, abrufbar unter *http://www.zeit.de/2000/35/Die_zweite_Chance* (abgerufen am 15.7.2016).

137 Vgl. zur sog. „Krisenverlaufskurve" und deren verschiedene Einteilung *Krystek/Moldenhauer* (Fn. 128), S. 34.

138 So auch *Verdoes/Verweji*, in: „Designing Insolvency Systems", Insol Europe Paper, S. 86.

139 S. hierzu auch die instruktiven Ausführungen bei *Cranshaw/Knöpndadel*, ZInsO 2016, 357, 432.

140 Prägnant hierzu *Ganter*, NZI 2012, 433.

141 Vertiefend hierzu *Stapper*, NJ 2009, 270, Uhlenbruck/*Mock* (Fn. 97), § 80 Rn. 100 ff.; grundlegend auch BGH, Urt. v. 4.12.1986 – IX ZR 47/86, NJW 1987, 844.

anderes vorsieht", vgl. § 258 Abs. 1 InsO. Diese, durch das ESUG eingeführte[142] Regelung erlaubt seit 2012 damit zwar auch sog. „verfahrensleitende" oder „verfahrensbegleitende" Insolvenzpläne,[143] bei denen die Verfahrensaufhebung eben nicht sogleich folgen soll. Die (überschaubare) Literatur zu diesem Thema setzt sich aber nicht mit der Frage auseinander, ob im Rahmen einer verzögerten Rechtskraft des Insolvenzplans (und damit einhergehendem weiteren Schutz des Insolvenzverfahrens, vgl. § 259 InsO, im Umkehrschluss) dann auch operative Sanierungsmaßnahmen im schuldnerischen Unternehmen umgesetzt werden könnten.

Selbst wenn man die Möglichkeit der auch operativen Sanierung im Insolvenzverfahren in diese neue Regelung hineininterpretieren würde, so dürfte im Regelfall trotzdem eine operative Sanierung nicht im Insolvenzverfahren stattfinden können. Dies liegt daran, dass die Abarbeitung der Krisenstufen der Erfolgs- und Strategiekrisen leicht einen Zeitraum von mehreren Jahren in Anspruch nehmen kann. Zwar besteht zweifellos die Möglichkeit, für die Sanierung eines Unternehmens relevante Entscheidungen in der Insolvenz zu treffen und durchzusetzen. Man denke nur an die Wahlmöglichkeit nach § 103 InsO, wonach der Insolvenzverwalter für das Unternehmen nachteilige Vertragsbeziehungen beenden kann. Derartige Maßnahmen bilden i.d.R. aber nur die Grundlage, um dann ein Unternehmen auch operativ zu sanieren. Sie selber stellen i.d.R. keine operative Sanierung dar. Der Versuch, (langjährige) Sanierungsmaßnahmen unter dem „Schutzschirm" der Insolvenz bis zum Erfolg umzusetzen, dürfte aber Wettbewerbshüter auf den Plan rufen.

bb) Zum anderen ist der Insolvenzverwalter i.d.R. nicht in der Lage, die für eine Behebung der Strategie- und Erfolgskrise erforderlichen Investitionen zu finanzieren. Vor der Insolvenz kommt es nämlich häufig zu einem Investitionsstau, weil versucht wird, der Krise mit Sparsamkeit zu begegnen. Zu einer nachhaltigen Sanierung gehört deswegen auch, das Unternehmen durch Investitionen wieder wettbewerbsfähig und damit wachstumsorientiert[144] aufzustellen. Die Mittel für solche Investitionen werden i.d.R. aber nicht bereits durch Eigenerlöse zu generieren sein, sondern nur durch Drittmittel. Gewöhnlich investiert aber niemand in ein Unternehmen, das sich noch im Insolvenzverfahren befindet, in dem er also nicht über die Kontrollmöglichkeiten eines Eigners oder zumindest eines besicherten Gläubigers verfügt. Derartige Investitionen dürften deswegen die sehr seltene Ausnahme sein, sodass auch für die nachhaltige Sanierung des Unternehmens (= Wiederherstellung der Wettbewerbsfähigkeit) das Insolvenzverfahren bestenfalls als Zwischenschritt (= Stabilisierungsphase) geeignet ist.

d) Diese systemimmanenten und gewollten Restriktionen schlagen sich entsprechend in einer geringen Sanierungsquote in der Insolvenz nieder: So lag die Zahl der durch einen Insolvenzplan sanierten Unternehmen im Jahr 2013 immer noch unter 2 %.[145] Die Zahl der Eigenverwaltungen stagniert ebenfalls bei 2,7 % aller Verfahren.[146] Lässt man die – schon vor der Reform mögliche – sog. sanierende Übertragung außer Betracht,[147] sind die durch die Insolvenzrechtsreform 1999 und das ESUG 2012 eingeführten oder aufgewerteten Verfahren und Möglichkeiten zur (frühzeitigen) Unternehmenssanierung gegenüber der vorherigen Rechtslage und gemessen an den mit der Reform verbundenen Erwartungen nicht gerade als durchschlagender Erfolg zu bezeichnen.[148] In Anbetracht der oben geschilderten systemimmanenten Restriktionen stellt sich aber auch die Frage, ob eine höhere Sanierungsquote in der Insolvenz überhaupt zu erreichen ist.

e) Die Reform hat aber auch eine andere wichtige „Kennziffer" des Insolvenzverfahrens, nämlich die Deckungsquote für die Gläubiger, nicht maßgeblich verbessert: Zwar liegt die Deckungsquote[149] im Rahmen von Insolvenzplanverfahren mittlerweile (je nach Untersuchung) zwischen 11 %[150] und 14 %.[151] Im Regelverfahren beträgt sie aber (wiederum je nach Untersuchung) immer noch lediglich 3 – 5 %,[152] verharrt also trotz der Zunahme (erfolgreicher) Anfechtungsprozesse auf demselben Niveau, wie vor der Reform im Jahr 1999![153] Ferner ist zu berücksichtigen, dass Insolvenzanfechtungen wohl in den seltensten Fällen selber der Sanierung dienen – denn die Anfechtungen erfolgen auch bei Sanierungen in der Insolvenz regelmäßig erst nach der Sanierung. Dafür spricht insbesondere, dass die Insolvenzverwalter unter der derzeitigen Rechtslage dazu neigen, den Anfechtungsanspruch erst gegen Ende der Verjährungsfrist von 3 Jahren geltend zu machen, um so einen erhöhten Zinsanspruch zur Masse ziehen zu können.

---

142 S. zu den Hintergründen die Kommentierung bei Braun/*Bußhardt* (Fn. 64), § 258 Rn. 2.

143 S. näher dazu Kübler/*Balthasar*, Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz, § 26 Rn. 155 ff.; *Braun/Heinrich*, NZI 2011, 505, 515.

144 S. dazu näher bei *Buth/Hermanns* (Fn. 95), § 4 Rn. 57.

145 S. hierzu die von Schultze & Braun herausgegebene Insolvenzstatistik, abrufbar unter *http://www.schubra.de/de/veroeffentlichungen/insolvenzstatistiken/Insolvenzplanindex1999bis2013.pdf* (abgerufen am 28.6.2016).

146 So die Studie „Drei Jahre ESUG", Boston Consulting Group, Mai, 2015, S. 14, abrufbar unter *http://www.bcg.de/documents/file188855.pdf* (abgerufen am 28.6.2016).

147 Laut IfM-Materialien Nr. 195 (2010), S. XI, 33 (abrufbar unter *http://www.ifm-bonn.org//uploads/tx_ifmstudies/IfM-Materialien-195_2010.pdf*; abgerufen am 28.6.2016) sind das bis zu 11 % der Verfahren (in NRW).

148 *Eidenmüller*, KTS 2014, 401 ff., bezeichnet zumindest das ESUG sogar als „kompletten Fehlschlag".

149 Also die Quotenzahlung, die die Gläubiger auf die von ihnen angemeldete Forderung erhalten.

150 So die Studie „Drei Jahre ESUG", Boston Consulting Group, Mai, 2015, S. 12, abrufbar unter *http://www.bcg.de/documents/file188855.pdf* (abgerufen am 28.6.2016).

151 So für NRW: IfM-Materialien Nr. 195 (2010), S. 91 (abrufbar unter *http://www.ifm-bonn.org//uploads/tx_ifmstudies/IfM-Materialien-195_2010.pdf*; abgerufen am 28.6.2016).

152 DeStatis, Pressemitteilung v. 29.4.2016 – 150/16, abrufbar unter *https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2016/04/PD16_150_52431pdf.pdf?__blob=publicationFile* (abgerufen am 30.6.2016); IfM-Materialien Nr. 186 (2009), S. 14 (abrufbar unter *http://www.ifm-bonn.org//uploads/tx_ifmstudies/IfM-Materialien-186.pdf*; abgerufen am 28.6.2016): Studie „Drei Jahre ESUG", Boston Consulting Group, Mai, 2015, S. 12, abrufbar unter *http://www.bcg.de/documents/file188855.pdf* (abgerufen am 28.6.2016).

153 So konstatiert *Kuln/Uhlenbruck*, KO, 10. Aufl. 1986, Vorbem. Nr. 3a, für den Anfang der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts eine Insolvenzquote von 3,5 %.

Zwischenfazit: Bei dem hier prognostizierten Massenanfall von Insolvenzen werden die Insolvenzverwalter im Zweifel schon Probleme haben, das Sanierungspotenzial von Unternehmen abzuschätzen, geschweige denn die möglichen Grundlagen einer Sanierung zu legen und erst recht nicht, die Sanierungen nachhaltig zu gestalten. Deswegen besteht die Gefahr, dass bei einem Anstieg der Insolvenzzahlen die Quote sanierter Unternehmen nicht steigt, sondern möglicherweise sogar gegenüber dem schon niedrigen Ausgangsniveau noch weiter zurückgeht und damit die volkswirtschaftliche Krise vertieft.

7. *Auch wenn die EU-Kommission mit ihren im Herbst 2015 vorgelegten Planungen zu einem vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren möglicherweise zusätzliche Möglichkeiten zur Rettung von Unternehmen schafft, besteht das erhebliche Risiko, dass die Umsetzung dieser Vorschläge ebenfalls zu spät erfolgt, um die volkswirtschaftlichen Verluste zumindest zu minimieren.*

a) Bereits der Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und FDP aus dem Jahr 2009 sah die Verbesserung der Rahmenbedingungen für außergerichtliche Sanierungen vor.[154] Nachdem zunächst in der Folge auch die Schaffung eines „vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens" in der Fachwelt[155] und der Politik[156] diskutiert wurde, schwenkte die Diskussion dann recht zügig um – hin zu einer Modifizierung bestimmter Ansätze der InsO durch das ESUG. Das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren verschwand daraufhin in der Versenkung.

b) Ende September 2015 hat die EU-Kommission nun im Rahmen eines „Aktionsplans zur Verwirklichung einer Kapitalmarktunion" die EU-weite Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens durch einen (für die Mitgliedstaaten bindenden!) Legislativentwurf für das vierte Quartal 2016 angekündigt.[157] Bei den Vorgaben für ein derartiges Verfahren orientiert sich die Kommission an den im Jahr 2014 ausgegebenen Empfehlungen für einen „präventiven Restrukturierungsrahmen" zur Vermeidung von Insolvenzen,[158] deren (fehlende) Umsetzung sie in einem Schreiben v. 30.9.2015 evaluiert.[159] Da der Legislativentwurf höchstwahrscheinlich auf diesen Empfehlungen beruhen wird, hier einige Eckpunkte daraus:[160]

- Die Einleitung des Verfahrens soll möglich sein, „sobald offensichtlich ist, dass die Möglichkeit einer Insolvenz besteht."
- Für wesentliche Entscheidungen, wie der Zustimmung zu einem Restrukturierungsplan oder einem Moratorium, soll ein Gericht am Verfahren beteiligt werden.
- Grundsätzlich soll aber der Schuldner die Kontrolle über „sein" Unternehmen behalten.
- Ein „Beauftragter" zur Wahrnehmung der Rechte bestimmter Gläubiger oder ein „Moderator" für die Begleitung der Restrukturierungsverhandlungen soll nur einzelfallbezogen und nur durch gerichtlichen Beschluss bestellt werden.
- Auf Antrag des Schuldners kann ein Gericht ein Moratorium für 4 – 12 Monate verfügen.

c) Angesichts des *Brexit* stellt sich schon die Frage, inwieweit die Kommission den selbst gesteckten Zeitplan wird überhaupt einhalten können. Selbst dann dürfte aber ein in nationales Recht umgesetztes vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren zumindest in der Anfangsphase der Krise nicht zur Verfügung stehen, denn auch die Umsetzung des angekündigten „Legislativentwurf" in nationales Recht benötigt Zeit. Angesichts der sich im deutschen Gesetzgebungsverfahren bereits jetzt „stauenden" nationalen Vorhaben,[161] erscheint eine zeitnahe Umsetzung damit eher unwahrscheinlich.

d) Auch dürfte selbst ein rechtzeitig eingeführtes vorinsolvenzliches Verfahren nur auf einige spezielle Fälle Anwendung finden, nicht aber auf die Masse der dann „anflutenden" Verfahren: Wenn man davon ausgeht, dass zumindest bei Beginn des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens noch keine Insolvenzantragspflicht bestehen darf, fallen aufgrund der potenziell schlagartig entfallenden Fortbestehensprognose bei vielen Unternehmen (s.o. These 2) wahrscheinlich nur noch wenige Firmen überhaupt in den Anwendungsbereich der Regelungen. Insoweit droht das Verfahren bei einer akuten Krise in Deutschland zunächst ins Leere zu laufen.

e) Für die verbleibenden potenziellen Fälle bleibt die Frage, ob das Verfahren ausreichend mit anderen Regelungskomplexen, insbesondere der InsO, abgestimmt ist. Wie wirkt sich die Einleitung eines solchen Verfahrens z.B. auf die Kreditbeziehungen zu Banken aus? Sind diese etwa gezwungen, dann die bestehenden Kreditverträge zu kündigen – was wohl in den meisten Fällen gleichbedeutend mit dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wäre? Sollte die Sanierung im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren scheitern, wie findet

154 Koalitionsvertrag (2009), S. 18 („Hierzu gehört es, die rechtlichen Rahmenbedingungen für außergerichtliche Sanierungsverfahren für Unternehmen im Vorfeld einer drohenden Insolvenz zu verbessern"), abrufbar unter *http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile* (abgerufen am 28.6.2016).

155 S. hierzu nur *Westpfahl*, ZGR 2010, 385; *Geldmacher*, ZInsO 2011, 353; *Reuter*, INDat-Report 6/2013, 8; *Beissenhirtz*, ZInsO 2011, 57.

156 Z.B. im Rahmen eines gemeinsamen Kolloquiums des BMWi/BMJ am 8.6.2010, Tagungsberichte u.a. *Geldmacher*, ZInsO 2010, 1178; *Rendels*, INDat-Report 5/2010, 6.

157 Europäische Kommission, COM(2015) 468 final – 30.9.2015, S. 25; abrufbar unter *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0468* (abgerufen am 29.6.2016).

158 Europäische Kommission, C(2014) 1500 final – 12.3.2014, abrufbar unter *http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_de.pdf* (abgerufen am 29.6.2016); s. hierzu auch schon die Kommentierung bei *Lürken*, NZI 2015, 3.

159 Evaluation v. 30.9.2015, abrufbar unter *http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_recommendation_final.pdf* (abgerufen am 29.6.2016).

160 S. zum Vorhaben auch die Kommentierungen bei *Schlegel*, INDat-Report 8/2015, 11; *Siemon*, NZI 2016, 57; *Vallender*, ZIP Beilage 22/2016, 82; Gravenbrucher Kreis, ZIP 2016, 1208 (Kommentierung dazu von *Frind*, ZInsO 2016, 1290); *Brömmekamp*, ZInsO 2016, 500; *Zipperer*, ZInsO 2016, 831.

161 S. nur zum Konzerninsolvenzrecht die Anmerkung INDat-Report 8/2015, 6, zur Reform des Insolvenzanfechtungsrechts bei *http://www.paschen.cc/top-themen/reform-der-insolvenzanfechtung/* (abgerufen am 15.7.2016).

die „Überleitung" ins Insolvenzverfahren statt? Wie sind dann die Haftungs- und Anfechtungsfragen zu beurteilen?[162]

Darüber hinaus kristallisiert sich bei den Diskussionen um das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren heraus, dass auch ein solches Verfahren nicht die gesamte Sanierungsphase wird abdecken können. Viele bekannte Fälle außergerichtlicher, freier „Sanierungen" beschränken sich bei genauerem Hinsehen – genau wie Sanierungen im Insolvenz(plan)verfahren – darauf, die Insolvenzgründe sowie die Liquiditätskrise (durch eine „Bilanzsanierung") zu beseitigen. Eine sog. „operative Sanierung" kann aber auch hier in den meisten Fällen schon deswegen nicht stattfinden, weil die Abarbeitung aller Krisenstufen innerhalb der vorgesehenen Moratoriumsdauer von höchstens einem Jahr nur in seltenen Fällen möglich sein dürfte. Eine weitere Verlängerung der Moratoriumsdauer dürfte verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen. Dementsprechend sehen viele Autoren auch nur einen auf bestimmte Fallkonstellationen eingeschränkten Anwendungsbereich für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren, bei dem ein operativ positives Geschäftsmodell zugrunde liegt,[163] etwa bei gescheiterten sog. *„Leveraged Buyouts"*, unvorhersehbaren Gewährleistungsansprüchen (Volkswagen?) oder erdrückenden Pensionsansprüchen. Das Verfahren dürfte von vornherein also auf bestimmte (große?) Fallkonstellationen beschränkt sein.

f) Nicht verkannt werden sollte in diesem Zusammenhang auch das Missbrauchspotenzial, das ein derartiges Verfahren bietet.[164] Schuldner konnten sich nämlich die vormalige Trennung in ein Sanierungsverfahren (VerglO) und ein Konkursverfahren zunutze machen und ein Verfahren nach der VerglO anstreben, obwohl gar keine Sanierungsmöglichkeit bestand. Gerade dieses Missbrauchspotenzial hatte bekanntlich zur Zusammenlegung von VerglO und KO in einem Gesetz (der InsO) geführt.[165] In einem beachtenswerten Artikel arbeitet *Siemon*[166] eine maßgebliche Prämisse heraus, um eine Wiederholung der damaligen Missbrauchsproblematik zu vermeiden. Demnach sei es notwendig, „ein Verfahren zu schaffen, das eben nicht auf das Vorliegen von Insolvenzgründen abstellt, sondern gerade deshalb geschaffen wird, um den Eintritt von Insolvenzgründen zu verhindern und die Solvenz des Unternehmens zu stärken. Ein solches Verfahren würde den Marktteilnehmern signalisieren, dass Insolvenzgründe nicht eintreten werden, und die notwendige Solvenz gegeben ist". Es wird allerdings einer vertieften Diskussion bedürfen, wie dieser Grundsatz in der Praxis umzusetzen ist.

Zwischenfazit: Einer für die Praxis relevanten Einführung des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens stehen zahlreiche rechtliche und tatsächliche Hindernisse entgegen. Sind die beteiligten politischen Kreise in der Lage, diese nicht nur an dieser Stelle aufgeworfenen Hindernisse zu überwinden und eine angemessene Balance zwischen Sanierungsermöglichung und Sicherung der Gläubigerinteressen (= angemessener Schutz vor Missbrauch) zu gewährleisten,[167] kann ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren zumindest in bestimmten Fallkonstellationen Unternehmenssanierungen fördern. Eine flächendeckende Abmilderung der Folgen der prognostizierten Krise wird damit allerdings nicht verbunden sein.

II. Vorschläge zur Verbesserung der „Sanierungsbereitschaft"

Angesichts des Zusammentreffens der unter I. geschilderten tatsächlichen und rechtlichen Faktoren ist die deutsche Wirtschaft für die aufziehende Krise nur unzureichend gewappnet. Nachfolgend sollen deswegen Maßnahmen skizziert werden, die dieser „bedingten Sanierungsbereitschaft" entgegenwirken können. So sollte der Gesetzgeber neben der Erleichterung der Sanierung in allen Verfahrensstadien spätestens zu Beginn der wirtschaftlichen „Korrektur", die sich seit 2009 entwickelnde Rechtslage zur Überschuldungsprüfung („Fortbestehensprognose"), zur drohenden Zahlungsunfähigkeit, zum „Sanierungsversuch" und zur Insolvenzanfechtung entschärft haben. Ferner sollte er ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren einführen und steuerliche Anreize für Sanierungen neu setzen. Im Einzelnen:

1. Zunächst sollte sich der Gesetzgeber für ein „Primat der Sanierung" entscheiden und den nur scheinbaren Widerspruch zwischen Sanierung innerhalb und außerhalb der Insolvenz auflösen. So lag der InsO noch der Ansatz zugrunde, eine möglichst frühzeitige Antragstellung zu erreichen, um dann die Sanierung im Insolvenzverfahren durchzuführen: „Es wird allgemein als wünschenswert angesehen, dass insolvente Schuldner früher als heute in das Insolvenzverfahren gelangen. Hiervon kann eine wesentliche Verbesserung der Sanierungschancen erwartet werden."[168] Während der letzten Finanzkrise schwenkte der Gesetzgeber dann auf eine Sanierung vor der Insolvenz um: „Der Gesetzentwurf [des FMStG] will das ökonomisch völlig unbefriedigende Ergebnis vermeiden, dass auch Unternehmen, bei denen die überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie weiter erfolgreich am Markt operieren können, zwingend ein Insolvenzverfahren zu durchlaufen haben."[169] Auch sollte der Gesetz-

162 Im Rahmen dieses Artikels ist kein Raum, diese Fragen zu beantworten. S. zur Diskussion nur *Siemon*, NZI 2016, 57; *Lürken*, NZI 2015, 3. Zweifellos wird aber auch die Klärung dieser Fragen im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens Zeit benötigen – und die Adaption durch die Rechtsprechung ebenfalls. Damit dürfte aber eine rechtssichere Handhabbarkeit des Instrumentariums in der nächsten Krise nicht gewährleistet sein.

163 So etwa *Siemon*, NZI 2016, 57 f.; *Westphal*, ZGR, 2010, 386, 403; *Beissenhirtz*, ZInsO 2011, 57.

164 S. dazu bereits *Künne*, Außergerichtliche Vergleichsordnung, 6. Aufl. 1955, S. XXII; *Loubser*, in: „Designing Insolvency Systems", Insol Europe Paper, S. 8.

165 Vgl. Gesetzesbegründung der Bundesregierung, BT-Drucks. 12/2443, S. 74 f. (abrufbar unter *http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/12/024/1202443.pdf* [abgerufen am 22.6.2016]).

166 *Siemon*, NZI 2016, 57, 59 f.

167 *Siemon*, NZI 2016, 57, 60, verlangt richtigerweise die Einordnung eines vorinsolvenzlichen Verfahrens in den Kontext der Sozialen Marktwirtschaft.

168 Vgl. Gesetzesbegründung der Bundesregierung, BT-Drucks. 12/2443, S. 81 (abrufbar unter *http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/12/024/1202443.pdf* [abgerufen am 22.6.2016]); s. auch die sehr kritische Kommentierung zum dementsprechend eingeführten § 18 InsO bei *Penzlin*, NZG 2000, 464, 469.

169 Begründung zum FMStG (Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes [Finanzmarktstabilisierungs- →

geber beachten, dass 17 Jahre nach Einführung der InsO die Sanierungsquote im Insolvenzverfahren noch weit von der geplanten Zielsetzung entfernt, die Insolvenz eines Unternehmens aber nach wie vor mit einem Stigma behaftet ist. Der Verfasser schlägt deswegen ein gleichrangiges Stufensystem zwischen außergerichtlicher (formfreier) Sanierung, vorinsolvenzlichem Sanierungsverfahren und Sanierung in der Insolvenz vor. Hierdurch könnte das vom Gesetzgeber offensichtlich gewünschte „Primat der Sanierung" durchgesetzt werden, ohne die Gläubigerinteressen in der letzten Stufe, nämlich der Insolvenz, zu gefährden. So könnte die heraufziehende Wirtschaftskrise als Chance genutzt werden, um über eine revidierte Sanierungskultur auch die dringend benötigte Gründerkultur[170] in Deutschland zu etablieren.

2. Der Betrachtungszeitraum die „Fortbestehensprognose" (und damit auch zur Zahlungsfähigkeitsprognose) sollte nicht über einen Zeitraum von 3 – 12 Monaten hinausgehen (Warum dürfen Politiker in volkswirtschaftlichen Krisenlagen „auf Sicht" fahren,[171] während der Geschäftsführer/Vorstand eines Unternehmens Zahlungsfähigkeitsprognosen für Zeiträume abgeben muss, die über 4 oder mehr Jahre hinaus gehen?). Eine derartige gesetzliche Festlegung würde zu mehr Rechtssicherheit und zu einer „Synchronisierung" mit internationalen Standards führen. Würde man daneben den Zeitraum der „drohenden Zahlungsunfähigkeit" nach § 18 InsO auf einen Zeitraum von maximal 2 Jahren begrenzen, so würde er neben dem Überschuldungstatbestand wieder eine eigenständige Existenzberechtigung erhalten.

3. Ferner sollte das gesamte Recht der Insolvenzanfechtung überdacht und ggf. korrigiert werden.

a) So dürften die aktuell vorgesehenen Reformen zumindest für Unternehmenssanierungen wirkungslos bleiben, bzw. sogar schädlich sein.[172]

aa) Zunächst mangelt es der Diskussion schon an einer belastbaren Grundlage, da keine Datenbasis vorhanden ist, aufgrund derer das Für und Wider einer Reform abgewogen werden könnte.[173] Äußerungen, wie die des renommierten Prof. *Bork* zum geplanten Tatbestandsmerkmal der „Unlauterkeit", wonach „die menschliche Bosheit, auch bei Deckungsgeschäften, deutlich fantasievoller [ist] als es sich ein Gesetzgeber vorstellen könnte",[174] erinnern eher an einen Glaubenskrieg, denn an eine sachliche Diskussion über die Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung. In sich konsequent wirft *Bork* der Politik dann in ähnlichem Duktus auch gleich vor, dass sie sich „rückgratlos dem Geschrei interessierter Kreise beugt".[175] Angesichts derartig unsachlicher Stellungnahmen kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass, wo Rauch ist, auch Feuer nicht weit sein kann – sprich doch ein Reformbedarf bestehen könnte, aber andere „interessierte Kreise" es nicht wahrhaben wollen.

bb) Gleichwohl steht zu erwarten, dass die heftig umkämpfte Reform des § 133 InsO letztlich kaum Auswirkungen auf die Praxis haben wird. Zum einen soll die zeitliche Beschränkung der Anfechtbarkeit auf 4 Jahre nur für kongruente Deckungen gelten – für inkongruente Deckungen verbleibt es bei der zehnjährigen Anfechtungsfrist. Zum anderen wird auch nur bei einer kongruenten Deckung die Anfechtung auf solche Rechtshandlungen beschränkt, die bei einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit vorgenommen wurden. Für inkongruente Deckungen verbleibt es damit insgesamt beim bisherigen Anfechtungsrecht. Ferner ist zwar im RegE InsO vorgesehen, dass die sog. „Bargeschäftsausnahme" des § 142 InsO nunmehr ebenso für Anfechtungen nach § 133 InsO gelten soll – allerdings dann wieder nicht, wenn der Gläubiger erkannt hat, dass der Schuldner (bei der Rechtshandlung) „unlauter" gehandelt hat. Es ist bereits jetzt abzusehen, dass sich die bisher im Rahmen von § 133 InsO geführte Diskussion über die (Kenntnis des) Benachteiligungsvorsatzes nach der Reform auf die Bargeschäftsausnahme auf § 142 InsO eben über die Kenntnis der „Unlauterkeit" verlagern wird.

cc) Die Formulierung des § 133 Abs. 3 Satz 2 RegE InsO, wonach bei Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung die Vermutung aufgestellt wird, dass der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kennen würde, mag im Nachgang zu diversen BGH-Urteilen zu dieser Thematik[176] zwar verständlich sein, entspricht aber sicherlich nicht der allgemeinen Lebenserfahrung[177] und ist schon deswegen systematisch falsch. Auch würde durch diese Regelung nicht die geltende BGH-Rechtsprechung obsolet, wonach die Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit nicht entfallen soll, wenn der Schuldner gerade wegen Zahlungsunfähigkeit die Ratenzahlungsvereinbarung anstrebt.[178] Darüber hinaus trägt dieser Reformvorschlag der weiteren Verschärfung der Rechtsprechung, wonach dem Gläubiger zur Vermeidung von Anfechtungsgefahren die Schlüssigkeitsprüfung außergerichtlicher Sanierungskonzepte (auf denen häufig Ratenzahlungsvereinbarungen beruhen) obliegt,[179] keine Rechnung.

---

gesetz – FMStG]), BT-Drucks. 16/10600, abrufbar unter *http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/106/1610600.pdf* (abgerufen am 22.6.2016), S. 13.

170 Seit Jahren geht die Zahl der Unternehmensgründungen in Deutschland zurück, vgl. Die Welt, „Warum weniger Firmenpleiten keine gute Nachricht sind" (abrufbar unter *http://www.welt.de/wirtschaft/article156665206/Warum-weniger-Firmen-Pleiten-keine-gute-Nachricht-sind.html*; abgerufen am 27.6.2016).

171 So bspw. *V. Kauder*, Rede anlässlich der Generaldebatte Deutscher Bundestag v. 26.11.2008 (abrufbar unter *https://www.cducsu.de/themen/europaeische-finanz-und-schuldenkrise/wir-verlieren-unsere-ziele-nicht-aus-den-augen*, abgerufen am 12.7.2016).

172 Vgl. zur Diskussion allgemein nur *Rendels*, INDat-Report 8/2015, 45; *Kayser/Heidenfelder*, ZIP 2016, 447; *Gehrlein*, NZI 2014, 481; *Trams*, NJW-Spezial, 2014, 597; *Dahl/Schmitz/Taras*, ZInsO 2016, 20.

173 Das für seit 2009 eröffnete Insolvenzverfahren geltende Insolvenzstatistikgesetz – InsStatG – erhebt nach § 2 eben keine Daten über Anfechtungsprozesse.

174 *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1906.

175 *Bork*, ZIP 2014, 1905, 1906.

176 BGH, Beschl. v. 16.4.2015 – IX ZR 6/14, ZInsO 2015, 898; BGH, Beschl. v. 24.9.2015 – IX ZR 308/14, ZInsO 2015, 2217.

177 So zu Recht *v. Wilcken*, DB 2015, 2680, 2682; s. vertiefend auch *Brinkmann*, NZG 2015, 697, 700.

178 S. zuletzt BGH, Beschl. v. 25.2.2016 – IX ZR 109/15, ZInsO 2016, 628 Rn. 21.

179 BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, ZInsO 2016, 1251.

dd) Die in § 131 Abs. 1 RegE InsO vorgesehene Privilegierung (staatlicher) Zwangsvollstreckungsmaßnahmen kann sogar zu einer weiteren Verminderung von Sanierungschancen von Unternehmen führen. Gerade Fiskus und Sozialbehörden sind nämlich als „Selbstvollstrecker" wesentlich einfacher und schneller in der Lage, ihre Forderungen durch Zwangsvollstreckung zu befriedigen. Durch diese verdeckte Wiedereinführung des sog. „Fiskusprivilegs"[180] werden somit die Chancen auf eine Sanierung sowohl außerhalb als auch innerhalb der Insolvenz verringert, wie *Rendels*[181] zutreffend beschreibt: So können die Behörden durch Zwangsvollstreckung die der Gläubigergesamtheit zur Verfügung stehende Masse nachhaltig verringern.

Zusammenfassend kann man zum Entwurf der Reform nur sagen, dass der hohe – und teilweise der „allgemeinen Lebenserfahrung" widersprechende – Detaillierungsgrad in der Praxis eher zu einer zumindest zwischenzeitlichen Auslegungsunsicherheit führen, als Rechtssicherheit schaffen wird.[182] Auf Dauer steht zu befürchten, dass der XI. ZS des BGH sich nicht von seinem „Kreuzzug" gegen „boshafte Menschen" abbringen lassen und mithin trotz Reform zur bisherigen, extrem anfechtungsfreundlichen Linie zurückkehren wird.

b) In diesem Zusammenhang trägt auch der immer wieder geäußerte Hinweis des BGH nicht, dass es sich bei den genannten Vermutungswirkungen nur um mehr oder weniger gewichtige Beweisanzeichen handele, die einer Gesamtwürdigung durch den Tatrichter zu unterziehen seien.[183] Denn in der Praxis werden aufgrund der ausufernden Grundsatzrechtsprechung des BGH vom Insolvenzverwalter vorgetragene Anfechtungsansprüche zumeist durch außergerichtlichen Vergleich geregelt.[184] Frei nach dem Motto „gebranntes Kind scheut das Feuer" werden Gläubiger, die solche Vergleiche abschließen mussten, bei zukünftigen Fällen allerdings eher vor einer im Zweifel anfechtbaren Rechtshandlung im Rahmen einer Sanierung zurückschrecken.

c) Diese „anfechtungsfreundliche Linie" der Rechtsprechung dürfte aber immer stärker auch Vorwirkungen auf das Verhalten der potenziellen Anfechtungsgegner haben. Setzt sich die im o.g. Artikel der FAZ geäußerte Ansicht, dass schon bei ersten Krisenanzeichen die Geschäftsverbindung eingestellt werden sollte, auf breiter Basis durch, dürfte auch eine Sanierung im Insolvenzverfahren nur noch bedingt möglich sein. Häufig wird dann nämlich der Geschäftsbetrieb schon vor Bestellung des Insolvenzverwalters zusammengebrochen sein. Auch dürften vor dem Insolvenzantrag zugezogene Berater wohl wesentlich häufiger als bisher zu einem unvorbereiteten Gang in die Insolvenz raten, da sonst schon ihr eigenes Honorar der Insolvenzanfechtung ausgesetzt wäre – von weitergehenden Anfechtungsansprüchen ganz zu schweigen. Glaubt man den Erhebungen des *Bundesverbands Credit Management* aus dem Oktober 2013, so haben die Verschärfungen des Insolvenzanfechtungsrechts bereits in 35 % der Kreditentscheidungen negative Auswirkungen bzgl. der Limitvergabe.[185] Angesichts der derzeit eher geringen Insolvenzzahlen dürfte diese Einschränkung jetzt noch keine Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft zeitigen. Im Fall des oben benannten „Crashs" aber dürfen auch solche Vorwirkungen der Rechtsprechung und einer (dann als gescheitert zu bezeichnenden) Reform nicht zu unterschätzen sein.

d) Ferner wurde die bei Einführung der InsO verfolgte Zielsetzung, durch die Verschärfung der Insolvenzanfechtung die Anzahl der Eröffnungsablehnungen aufgrund Massearmut zu verringern,[186] nur teilweise erreicht. Zwar stieg die Quote der eröffneten Verfahren von 28 % vor Einführung der InsO auf nunmehr 69 %.[187] Allerdings werden ca. 20 % der Verfahren wegen nachträglicher Masselosigkeit oder Masseunzulänglichkeit wieder beendet. Nach Erhebungen des Instituts für Mittelstandsforschung (*IfM*) lag darüber hinaus bei 63 % der Verfahren, die eröffnet und nicht mangels Masse nachträglich beendet wurden, keine verteilungsfähige Masse vor.[188] Die erhöhte Zahl der Verfahrenseröffnungen hat – wie bereits o.a. – damit nicht zu einer Erhöhung der Deckungsquote für die Insolvenzgläubiger geführt. Folglich geht die Erhöhung der Deckungsquote im Zweifel zulasten der Gläubiger, die in einem Anfechtungsprozess zwar zur Erhöhung der Eröffnungsquote beitragen „dürfen", aber daraus keinen materiellen Vorteil (in Form der höheren Quote) ziehen. Die so aufgewandten Mittel verbleiben im Prozess der Verfahrensabwicklung. Es ist fraglich, ob ein derartiger „Geldkreislauf" (der sich bei Insolvenzschäden von angabegemäß 20 Mrd. €/Jahr[189] sicher im mehrstelligen Millionenbereich bewegen dürfte) volkswirtschaftlich als sinnvoll anzusehen ist.

Wenn man die Verfahrenseröffnung als eigenständig wünschenswertes Ziel ansieht, um etwa eine Kontrolle bzgl. Fehlverhaltens Beteiligter durchführen zu können, sollte an die konsequente Ausnutzung der Möglichkeit gedacht werden, bei drohender Masselosigkeit Vorschüsse von den Organen des Unternehmens nach § 26 Abs. 4 InsO einzufordern.

---

180 S. zu damaligen Diskussion nur *Stürner*, NZI 2005, 597; *Urban*, NZI 2010, 888.

181 *Rendels*, INDat-Report 8/2015, 45.

182 So zu Recht, PlutaNews 11/2015, S. 1.

183 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 18.7.2013 – IX ZR 143/12, ZInsO 2013, 2109 Rn. 17.

184 In dieselbe Richtung argumentierend wohl *Trams*, NJW-Spezial 2014, 597, 598.

185 Bundesverband Credit Management, „Ausufernde Insolvenzanfechtung beeinträchtigt Kreditentscheidungen massiv – Reform gefordert", abrufbar unter *http://www.credit-manager.de/bvcm-aktuell/news/item/641-ausufernde-insolvenzanfechtung-beeintraechtigt-kreditentscheidungen-massiv-reform-gefordert* (abgerufen am 27.6.2016).

186 Vgl. *Foerste*, ZInsO 2013, 897, 899 m.w.N.

187 S. Übersicht bei IfM-Materialien Nr. 186 (2009), S. 32 (abrufbar unter *http://www.ifm-bonn.org/uploads/tx_ifmstudies/IfM-Materialien-186.pdf*; abgerufen am 28.6.2016).

188 So IfM-Materialien Nr. 186 (2009), S. 32 f. (abrufbar unter *http://www.ifm-bonn.org/uploads/tx_ifmstudies/IfM-Materialien-186.pdf*; abgerufen am 28.6.2016).

189 Hochgerechnet aus der von Creditreform im Bericht „Insolvenz in Deutschland", 1. Halbjahr 2016, S. 4 (abrufbar unter *http://www.creditreform.de/fileadmin/user_upload/crefo/download_de/news_termine/wirtschaftsforschung/insolvenzen-deutschland/Analyse_Insolvenzen_in_Deutschland__1._Halbjahr_2016.pdf*; abgerufen am 15.7.2016), angegebenen Schadenssumme.

e) Im Ergebnis ist festzuhalten, dass zur Verbesserung von Sanierungen außerhalb der Insolvenz die Regelung des § 133 InsO wirksam entschärft werden muss – z.B. durch ausnahmslose Verkürzung der Anfechtungsfrist auf 3 Jahre und Abstellen auf die Kenntnis der bestehenden (also nicht „drohenden") Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, wahlweise auch das Abstellen auf eine „nicht offensichtlich aussichtslose" Sanierung, wie bereits in § 270b InsO.[190] Demgegenüber sollte auf die Einführung des unbestimmten Tatbestandsmerkmals der „Unlauterkeit" in der Bargeschäftsausnahme des § 142 InsO verzichtet werden, um neuerliche Rechtsunsicherheit zu vermeiden. Vielmehr sollte die Privilegierung von Bargeschäften auf alle Tatbestände der Insolvenzanfechtung, also auch § 133 InsO, ausnahmslos ausgedehnt werden, wenn die Sanierung von Unternehmen im Vorfeld der Insolvenz wirklich erleichtert werden soll.[191]

Schließlich sollte darüber nachgedacht werden, den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bzw. die Kenntnis davon auch dann auszuschließen, wenn Gesellschafter oder Dritte (Banken) weitere Gelder in das Unternehmen investieren.[192] Denn häufig wird in Sanierungskonzepten/-vergleichen auch die Einbringung weiterer Mittel in die Gesellschaft in Form des Eigenkapitals oder nachrangiger Darlehen vorgesehen, um die Sanierung überhaupt erst zu ermöglichen. Diese Hingabe von Drittmitteln (die nicht während des vorgesehenen Sanierungszeitraums wieder abgezogen werden können) sollte gegen einen Benachteiligungsvorsatz sprechen.

4. Daneben sollten die Anforderungen an die Erfordernisse bei Sanierungskonzepten an die Unternehmensgröße und an die Erforderlichkeit von Sanierungsmaßnahmen angepasst werden. Die Kosten für ein „ausgewachsenes" IDW-S6-Gutachten können im schlimmsten Fall die Insolvenz eines kleineren Unternehmens erst begründen.[193] Zwar betont die obergerichtliche Rechtsprechung (zu Recht) immer wieder,[194] dass der Sanierungsplan des Schuldners nicht den formalen Erfordernissen z.B. des IDW S6 genügen müsse. Welche Detailtiefe ein Plan nun aber aufweisen muss, bleibt der Rechtsprechungsentwicklung vorbehalten. Angesichts der Haltung der Rechtsprechung, immer detailliertere Anforderungen zu stellen – um im Endeffekt dann im Einzelfall doch wieder die Haftung oder Anfechtbarkeit zu begründen[195] – kann sich die für Sanierungsberater erforderliche Rechtssicherheit *ex ante* nicht einstellen. Diese fehlende Rechtssicherheit verhindert Sanierungen und sollte gesetzgeberisch geklärt werden. Dies auch vor dem Hintergrund, dass der BGH in einem aktuellen Urteil fordert, dass der Gläubiger nun seinerseits die Schlüssigkeit des Sanierungskonzepts prüfen muss, wenn er Leistungen „anfechtungsfest" erhalten wolle.[196]

5. Ferner sollte der Gesetzgeber unter Beachtung der oben unter These I.7. vorgetragenen Bedenken ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren einführen, um auch hier die Chancen für die Sanierung in bestimmte Fallkonstellationen (etwa *Leveraged Buyouts*) zu verbessern. Er sollte aber nicht davon ausgehen, dass die Einführung eines derartigen Verfahrens zu einer flächendeckenden Sanierung und Insolvenzvermeidung von Unternehmen führen kann.

6. Zur Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen von Sanierungen innerhalb und außerhalb der Insolvenz sollte der Gesetzgeber die Wiedereinführung des § 3 Nr. 66 EStG beschließen. Nur so lassen sich die derzeit mit einer Sanierung häufig verbundenen Unsicherheiten[197] ertragsteuerlicher Art und der Zeitverzug bei der Entscheidung der Finanzbehörden bei der Anwendung des sog. „Sanierungserlasses"[198] beenden. Auch sollte sich der Gesetzgeber an einer europarechtskonformen Wiedereinführung der sog. „Sanierungsklausel" des § 8c Abs. 1a KStG versuchen,[199] der die Nutzung bestehender Verluste des Krisenunternehmens im Fall der Übernahme zum Zwecke der Sanierung ermöglicht. Die Implementierung beider Regelungen würden keine direkten Subventionszahlungen des Staats bedingen, sodass die Mitnahmeeffekte im Vergleich zu direkten Zahlungen eingeschränkter sein dürften. Gleichzeitig könnte aber im Fall der Wiedereinführung des § 3 Nr. 66 ESTG die Durchführung einer Sanierung entscheidend beschleunigt und im Fall der (Wieder-)Einführung des § 8c Abs. 1a KStG ein Anreiz für Investoren geschaffen werden.

7. Sollten die v.g. Vorschläge nicht mehr rechtzeitig vor Kriseneintritt umzusetzen sein, könnte – quasi als Überbrückungsmaßnahme – über eine befristete Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nachgedacht werden, wie sie bereits anlässlich der letzten Hochwasserkatastrophe im Jahr 2013 für betroffene Unternehmen praktiziert wurde.[200] Damals

190 So wohl auch *Ganter*, ZIP 2015, 1413, 1416.

191 Der BGH sah sich im sog. „Akkordstörer"-Urteil (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 12.12.1991 – IX ZR 178/91, ZIP 1992, 191) noch außerstande, durch Rechtsfortbildung in ein „geschlossenes gesetzgeberisches Konzept" einzugreifen. Demgegenüber war er, nachdem er zunächst die entsprechende Rechtsprechung des BAG zur Nichtanfechtbarkeit des Arbeitslohns (vgl. etwa BAG, Urt. v. 6.10.2011 – 6 AZR 262/10, ZInsO 2012, 37) als Verletzung der Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) gerügt hatte (vgl. BGH, Urt. v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, ZInsO 2014, 1602), sehr wohl in der Lage, gegen die ausdrücklich entgegenstehende Formulierung in § 142 InsO zu konstatieren, dass „der subjektive Tatbestand [des § 133 InsO] hiernach entfallen [kann], wenn im unmittelbaren Zusammenhang mit der potenziell anfechtbaren Rechtshandlung eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt, also ein Leistungsaustausch ähnlich einem Bargeschäft stattfindet" (so etwa BGH, Urt. v. 12.2.2015 – IX ZR 180/12, ZInsO 2015, 628 Rn 22; vgl. auch die Kommentierung von *Fischermeier*, ZInsO 2015, 1237, 1239). Mithin würde eine derartige Reform die bisherige Rechtsprechung des BGH lediglich auf eine juristisch saubere Grundlage stellen.

192 Wie etwa in BGH, Urt. v. 4.12.1997 – IX ZR 47/97, ZIP 1998, 248, 252, geschehen; vgl. auch KG, Urt. v. 15.12.2015 – 14 U 79/14, ZInsO 2016, 1437.

193 So auch *Pütschel*, KSI 2013, 53, 55.

194 Zuletzt BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, ZInsO 2016, 1251.

195 S. nur BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, ZInsO 2016, 1251.

196 BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, ZInsO 2016, 1251.

197 Vgl. hierzu die Ausführungen bei Kübler/*Kahlert* (Fn. 143), § 57 Rn. 104 ff.; s. auch die Diskussion in BGH, Urt. v. 13.3.2014 – IX ZR 23/10, ZInsO 2014, 826.

198 BMF-Schreiben v. 27.3.2003, abrufbar unter *http://www.gmbhr.de/hefi/10_03/sanierungserlass.pdf* (abgerufen am 12.7.2016).

199 Dessen Europarechtswidrigkeit das Europäische Gericht 1. Instanz in den Verfahren „Heitkamp Bauholding GmbH" (T-287/11) und „GFKL Financial Services AG" (T-620/11) am 4.2.2016 endgültig festgestellt hatte.

200 S. hierzu Art. 3 „Gesetz zur Errichtung eines Sondervermögens ‚Aufbauhilfe' und zur Änderung weiterer Gesetze (Aufbauhilfegesetz)", BT-Drucks. 17/14078 (abrufbar unter *http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/140/1714078.pdf*, abgerufen am 27.6.2016).

wurden allerdings zum einen Fremdanträge nicht ausgeschlossen (Erpressungspotenzial!) und es fand auch keine Sperre der Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen statt, die während dieser Phase vorgenommen wurden. Um die Wirksamkeit dieser (Notfall!-)Aussetzung der Antragspflicht zu erhöhen, müssten also flankierend auch Fremdanträge und Anfechtungsmöglichkeiten ausgeschlossen werden. Dieser Schritt dürfte allerdings verfassungsrechtliche Bedenken aufwerfen.

III. Fazit

Aufgrund der diskutierten Rechtslage ist Deutschland zumindest auf die sanierungs- und insolvenzbedingten Auswirkungen der für die nahe Zukunft zu erwartenden Weltwirtschaftskrise nur unzureichend vorbereitet – und damit nur „bedingt sanierungsbereit". Die Länge dieses Artikels alleine macht deutlich, wie kompliziert das Recht rund um die Sanierung geworden ist. Diese rechtliche Komplexität hat gewisse (unbeabsichtigte?) Nebenwirkungen erzeugt, die mittlerweile zu nicht unerheblichen Kollateralschäden führen. Werden die hier in zugespitzten Thesen dargestellten Problembereiche nicht bereits vor Krisenbeginn angegangen, besteht das Risiko, dass die bestehende Rechtslage in der kommenden Rezession krisenverstärkend wirkt. Diese Krisenverstärkung wiederum könnte zu einem „Perfect Storm" für die deutsche Wirtschaft mit dem Verlust wesentlicher volkswirtschaftlicher Potenziale führen, aus denen heraus der Aufschwung nach der Rezession bewirkt werden könnte. Die Umsetzung der in diesem Artikel nur skizzierten Maßnahmen, insbesondere auch eine stufenweise Verzahnung von außergerichtlicher Sanierung, vorinsolvenzlichem Sanierungsverfahren und Sanierung in der Insolvenz wird die nächste Finanzkrise nicht verhindern, aber ihre Effekte in Deutschland möglicherweise abmildern können. Grundsätzlich wird es darum gehen, den Beteiligten in der „Anflutungsphase" eine Atempause zu verschaffen, in der die Chancen auf ein Weiterbestehen des Unternehmens nach der Rezession ausgelotet werden können.

Der gemeinwohlorientierte Insolvenzverwalter

von Rechtsanwalt Jürgen Müller, München

Die Tätigkeit der Insolvenzverwalter hat massive Auswirkungen auf alle, die von einer Insolvenz betroffen sind. Dabei handelt es sich nicht lediglich um Gläubiger und Schuldner(unternehmen), an die man wohl in diesem Zusammenhang stets zuerst denkt. Es gibt darüber hinaus noch eine Vielzahl weiterer Stakeholder, auf die ein Insolvenzverfahren Auswirkungen hat. Arbeitnehmer haben Sorge um ihren Arbeitsplatz, Lieferanten um ihren Kunden und damit ggf. sogar um die eigenen Arbeitsplätze, Kunden und die Gemeinde verlieren vielleicht ein für sie wichtiges Unternehmen vor Ort etc. Der Kreis reicht jedoch noch weiter. So sind bspw. auch die Insolvenzgerichte über Jahre mit dem Verfahren befasst, ein Verein verliert vielleicht seinen Hauptsponsor und sieht die Jugendarbeit gefährdet uvm.

All dies ist bekannt und zeigt, dass das Handeln von Insolvenzverwaltern bestimmter Leitlinien bedarf. Aus diesem Grunde wurden in den vergangenen Jahren Leitlinien für das Verwalterhandeln aufgestellt, wie sie sich etwa in den GOI oder den verschiedenen Zertifizierungsansätzen wiederfinden.

Dies greift jedoch zu kurz, da bei diesen Ansätzen weitgehend außer Acht gelassen wird, dass auch der Insolvenzverwalter selbst als Wirtschaftssubjekt tätig wird. Er kauft selbst mit seiner Kanzlei Produkte und Dienstleistungen ein, arbeitet mit Banken zusammen, beschäftigt selbst Arbeitnehmer und wirkt mit seinem Handeln ebenfalls auf das gesellschaftliche Umfeld.

Diese Auswirkungen werden i.d.R. weder erfasst noch bewertet. Im unternehmerischen Bereich gewinnen seit Jahren Nachhaltigkeits- oder CSR-Berichte immer mehr an Bedeutung, jedoch liefern diese meist keinen vollständigen Rundumblick durch das eigene Unternehmen. Die Bilanzierung nach den Grundsätzen der Gemeinwohlökonomie bietet einen Ansatz, der die Auswirkungen des eigenen unternehmerischen Handelns vollständig erfasst. Der folgende Beitrag soll diesen Ansatz in Grundzügen vorstellen.

I. Einleitung

Die Gemeinwohlökonomie (GWÖ) scheint noch immer relativ unbekannt zu sein, dabei schließen sich nicht nur immer mehr Unternehmer[1] und Kommunen an und erstellen Gemeinwohlberichte und -bilanzen. Auch wichtige politische und gesellschaftliche Akteure stellen das Gemeinwohl angesichts politischer, gesellschaftlicher und ökologischer Krisen mehr und mehr in den Mittelpunkt. Dazu ein paar aktuelle Beispiele:

Auf europäischer Ebene wurde die RL 2014/95/EU[2] v. 22.10.2014 im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte

1 Wenn von Kunden, Mitarbeitern etc. die Rede ist, dient dies der besseren Lesbarkeit. Gemeint sind jedoch selbstverständlich auch Kundinnen, Mitarbeiterinnen etc.

2 *Http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0095&from=DE.*