

Bericht über die Diskussion

Dr. KLAUS ULRICH SCHMOLKE, LL.M. (NYU), Hamburg

Die Referate von *Heribert Hirte* und *Michael Jaffé* zum Thema „Restrukturierung nach der InsO: Gesetzesplan, Fehlstellen und Reformansätze innerhalb einer umfassenden InsO-Novellierung“ riefen in der im Anschluss geführten und von *Markus Lutter* geleiteten Diskussion unterschiedliche Reaktionen hervor. Während die weitreichenden Reformvorschläge von *Hirte* teils heftigen Widerspruch ernteten, fand die Analyse des gegenwärtigen Sanierungsrechts von *Jaffé* und die daran anschließende Forderung nach dessen behutsamer Fortentwicklung ganz mehrheitlich Zustimmung.

I.

Im Zentrum der Diskussion standen die Kernthesen des Referats von *Heribert Hirte*. So wurde gegen das Plädoyer für eine stärkere Privatisierung des Insolvenzverfahrens eingewandt, dass die Abwendung vom Oktroi-System bei der Unternehmensgründung nicht als Schablone für das Verfahren in der Unternehmensinsolvenz dienen könne. Vielmehr ändere die Insolvenz das Unternehmen substantiell. Auf die staatliche Überwachung der *par condicio creditorum* könne nicht verzichtet werden. Die Eröffnung des Verfahrens durch das Gericht sei auch wichtig für spätere Anfechtungs- und Schadenersatzprozesse. Denn eine spätere gerichtliche Feststellung des Insolvenzzeitpunkts – so wurde mit Blick auf die siebte These des Referats von *Hirte* eingewandt – sei kaum mehr möglich.

Auch der von *Hirte* propagierte Verzicht auf einen Fremdverwalter sah sich heftigem Widerspruch ausgesetzt. So wurde nicht nur auf die praktische Erkenntnis verwiesen, dass sich die Verhandlungsposition des Schuldners durch die Einsetzung eines Insolvenzverwalters verbessere. Es sei auch – so eine besonders vehement vorgetragene Kritik – allzu optimistisch anzunehmen, der bisherige Geschäftsführer der Schuldnergesellschaft würde in der Insolvenz einfach seinen Dienerwillen in Richtung auf die Gesellschaftsgläubiger umlenken. Man könne nicht ernsthaft in Abrede stellen, dass die Geschäftsführer insolventer Unternehmen der Kontrolle durch einen Insolvenzverwalter als staatlichem Organ unterstellt werden müssen. Beredtes Beispiel für die Überlegenheit einer Insolvenzverwaltung herkömmlicher Prägung sei die Märklin-Insolvenz, wo Geschäftsführer als Sanierer lediglich Kosten verursacht hätten, bevor ein Insolvenzverwalter das Unternehmen wieder auf's Gleis gesetzt habe. Auch – so der Einwurf von anderer Seite – sei die Großzahl der Insolvenzen kleiner und mittlerer Unternehmen gerade durch die bisherigen Geschäftsführer verschuldet worden. Da mache es keinen Sinn, ihnen

nach Eintritt der materiellen Insolvenz weiterhin die Führung der Geschäfte zu überlassen.

Ein weiterer Diskutant gab zu Bedenken, dass die Thesen von *Hirte* doch letztlich in die Richtung einer Art Haftung für *wrongful trading* wiesen. Freilich könne er sich gut an die Aussage von *Philip Wood* in seinem Referat auf dem ZGR-Symposium 2006 erinnern, dass das Instrument der Geschäftsführerhaftung für *wrongful trading* im Vereinigten Königreich nicht funktioniere. Freilich blieb diese pessimistische Sicht nicht unwidersprochen: Die Kernfrage sei doch, welche Anreize geschaffen werden könnten, die heute allgemein als zu spät empfundene Initiierung eines Restrukturierungs- oder Insolvenzverfahrens früher auszulösen. Da die Schaffung positiver Anreize, etwa durch eine Erhöhung der Attraktivität des Insolvenzverfahrens für Altgesellschafter, rechtspolitisch nicht realistisch sei, komme nur eine schärfere Sanktion für die zu späte Einleitung von Sanierungsmaßnahmen in Betracht. Hierfür biete es sich aber durchaus an, mit *Hirte* an ein frühzeitiges Umschlagen der Pflichtenstellung der Geschäftsleitung zu denken. Fraglich sei allerdings, ob derlei gläubigerbezogene und gem. § 43 GmbHG haftungsbewehrte Organpflichten der Geschäftsführer kurz vor bzw. bei materieller Insolvenz bereits *de lege lata* bestehen. Hiergegen werde bekanntlich angeführt, dass im Vereinigten Königreich Fälle des *wrongful trading* praktisch nicht vorkämen. Allerdings könne dies auch ein Zeichen für die besondere Effektivität dieses Instruments sein. Auch fehle es lange nicht bei allen Geschäftsführern an der finanziellen Leistungskraft im Haftungsfall.

II.

Auf ein kritisches Echo stieß auch die These, dass ein besonderes Sanierungsverfahren vor der Insolvenz verzichtbar sei, wenn nur im Rahmen des Regel-Insolvenzrechts, auf die öffentlichkeitswirksame Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch das Gericht (zunächst) verzichtet werden könne (*These 3*). So wurde aus der Anwaltschaft ein echtes Sanierungsverfahren *vor* der Insolvenz als Ausdruck eines grundsätzlichen Umdenkens gefordert. Hierfür lasse sich im Anschluss an Vorüberlegungen der Insolvenzrechtskommission aus den 1980er Jahren am U.S.-amerikanischen Chapter 11-Verfahren Maß nehmen, das als echtes Sanierungsverfahren ebenfalls bereits vor der Insolvenz ansetze und daher nicht mit dem schlechten Ruf des deutschen Insolvenzverfahrens belastet sei. Der *debtor in possession* könne etwa die ihm im Rahmen dieses Verfahrens zugestandene *exclusive period* für Sanierungsverhandlungen nutzen.

Von anderer Seite wurde zur dritten These des Referats von *Hirte* ergänzend angefügt, dass es zwar richtig sei, die Unternehmenssanierung entsprechend einem Diktum von *Karsten Schmidt* an den Maximen „früh, schnell und still“

zu orientieren, aber zumindest letzteres sei bei Großunternehmen aufgrund der medialen Aufmerksamkeit kaum möglich. Auch könne mit Blick auf *Hirt*s sechste These nicht von einer schnellen Verwalterbestellung durch die Gläubiger ausgegangen werden. Der Staat müsse daher seinerseits schnell ein Signal durch gerichtliche Insolvenzeröffnung und Verwalterbestellung setzen.

III.

Den von *Hirte* angeregten Verzicht auf den Insolvenzgrund der Überschuldung lehnten die Diskutanten mehrheitlich ab. Es sei zwar richtig, dass die Überschuldung heutzutage oft verschleppt werde. Hieraus könne man aber nicht den Schluss ziehen, dass dieser Insolvenzgrund verzichtbar sei. Vielmehr müsse es darum gehen, ihn wirkungsvoller auszugestalten. Ein Diskussions Teilnehmer hielt aber immerhin für große fremdgeführte Unternehmen die Abschaffung des Insolvenzgrundes der Überschuldung für erwägenswert.

Dem von *Hirte* ebenfalls propagierten Fremdantragsrecht der Gläubiger (vgl. *These 4*) wurde von Insolvenzverwalterseite entgegengehalten, dass der Insolvenzantrag der Gläubiger in der gegenwärtigen Praxis einem „Supergau“ gleichkäme. Der Antrag würde nämlich regelmäßig von Seiten eines öffentlichen Gläubigers, d. h. der Krankenkasse oder des Finanzamts, gestellt und komme viel zu spät. Es müsse vielmehr darum gehen, dass die wesentlichen Gläubiger des insolventen Unternehmens früh durch die Gerichte konsultiert werden.

IV.

Zustimmung fand der Vorschlag sogenannten „Akkordstörern“ mit einem stärker am Schutz der bloßen Vermögensinteressen orientierten Rechtsschutz nach dem Vorbild des aktienrechtlichen Spruchverfahrens und der Neuregelung des Unbedenklichkeitsverfahrens durch das ARUG zu begegnen (*These 9*). Soweit teils Bedenken bestanden, ob nicht mit dem Obstruktionsverbot des § 245 InsO bereits ein effektives Mittel gegen die Blockade durch solche „Akkordstörer“ zur Verfügung stehe, wurde dem entgegengehalten, dass § 245 InsO lange Rechtsschutzverfahren nicht verhindere. Ein mögliches Spruchverfahren erfolge demgegenüber erst später nach vollzogener Sanierung. Dies entspreche der zu verfolgenden Maxime „Erst sanieren, dann abrechnen“. Ganz in diesem Sinne sei weitergehend zu erwägen, Sanierungen noch dadurch zu beschleunigen, dass man Gerichten eine schnelle Sofortbewertung der Gläubigeransprüche zugesteht, die Unklarheiten über die Anspruchshöhe verbindlich beseitigt.

V.

Hirte zeigte sich von dem Widerspruch zahlreicher Diskussionsteilnehmer nicht überrascht. In seinem Schlusswort bemühte er sich, den vorgetragenen Bedenken zu begegnen. Wenn etwa auf die Vielgestaltigkeit der Insolvenzlandschaft verwiesen werde, sei das sicher richtig. Bei der Erarbeitung seines Konzeptes habe er aber vor allem die Insolvenz des großen, fremdgeführten Unternehmens im Blick gehabt. Einigkeit bestehe auch darüber, dass die Insolvenz gegenwärtig häufig zu spät beantragt wird. Sein Vorschlag, den Antrag in die Hände der Gläubiger zu legen, ändere aber nichts an der formalen Antragsfrist von drei Wochen und verschiebe daher den Antragszeitpunkt nicht nach hinten. Das Haupthindernis für einen frühzeitigen Antrag und damit eine frühzeitige Eröffnung der Insolvenz sehe er vielmehr in der Angst vor dem damit hierzulande verbundenen Stigma. Dies sei auch der Grund, warum der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit nicht die ihm zugedachte Wirkung entfaltet habe. Daher glaube er auch nicht, dass einem vorgezogenen gerichtlichen Sanierungsverfahren nach dem Vorbild von Chapter 11 in Deutschland ein großer Erfolg beschieden sein würde.

Zur Geschäftsleiterhaftung wegen Verletzung gläubigerbezogener Pflichten bereits im Vorfeld der Insolvenz ließ sich *Hirte* dahingehend ein, dass eine solche Pflichtenbindung jedenfalls *de lege ferenda* zu befürworten sei. *De lege lata* finde sie sich bereits in § 64 Satz 2 GmbHG n.F. Daneben gelte § 64 Satz 1 GmbHG n.F. weiterhin, der insbesondere auch den Schutz der Neugläubiger gewährleiste. Letztlich handele es sich hierbei um das deutsche Regelungsäquivalent zum *wrongful trading*, das in der Praxis auch Wirkung zeige.

Im Hinblick auf die Abwicklung des eingeleiteten Sanierungsverfahrens sei auch sein zentrales Anliegen ein schleuniges Verfahren im Sinne eines „Erst sanieren, dann abrechnen“. Diesem Gedanken sei die von ihm vorgeschlagene Einschränkung des Rechtsmittelverfahrens hin auf einen bloßen Vermögensschutz verpflichtet. Auch er sei der Meinung, dass es auch in der Zukunft staatlich überwachte Verfahren geben müsse; doch könne die Aufgabe des Gerichts stärker von einer präventiven in eine retroaktiv-kontrollierende Tätigkeit umgestaltet werden. Dass Fremdanträge zur Zeit häufig zu spät und nur von „öffentlichen Gläubigern“ kämen, sei *Hirte* durchaus bewusst; dem sei mit einer – wie anderweitig ausgeführt – Verringerung der Anforderungen an Fremdanträge zu begegnen, so dass bei Umsetzung seiner Überlegungen Insolvenzverfahren durchaus auch früher als bislang eröffnet werden könnten.

VI.

Die Ausführungen von *Jaffé* fanden in der Zuhörerschaft breite Zustimmung. So wurde noch einmal die Diversität der Unternehmensinsolvenzen als wichtiges Datum für Reformüberlegungen hervorgehoben. Spiegelbildlich zur Kritik an den Vorschlägen *Hirtes* für eine stärkere Privatisierung des Insolvenzverfahrens fand *Jaffé* viel Beifall für sein Plädoyer für ein staatliches Verfahren und seine Bewertung der Rolle von Insolvenzgericht und Insolvenzverwalter. Geteilt wurden auch die Problembeschreibung einer zersplitterten Insolvenzgerichtslandschaft und das daran anschließende Petitum einer Konzentration und Stärkung der Insolvenzgerichte.

Angesichts der von *Jaffé* eindrücklich geschilderten praktischen Schwierigkeiten des Insolvenzplanverfahrens wollte eine Stimme aus der Wissenschaft die andererseits mit einem sorgfältig vorbereiteten und gegebenenfalls später nachgesteuerten Insolvenzplan verbundenen Möglichkeiten noch einmal betonen.

Von Anwaltsseite wurde hingegen begrüßt, dass *Jaffé* in seinem Referat den Blick auf das Verfahren nach Chapter 11 des *US bankruptcy code* gelenkt habe. Allerdings habe sich in der Finanzkrise gezeigt, dass das Chapter 11-Verfahren von einem aktiven Finanzierungsmarkt (*DIP-financing*) abhängig sei. Dieser stehe aufgrund der Krise aber momentan nicht zur Verfügung, so dass etwa das *Chrysler*-Insolvenzverfahren nicht nach Chapter 11, sondern als übertragende Sanierung durchgeführt worden sei.

VII.

Jaffé nutzte sein Schlusswort um noch einmal für eine behutsame Reform im bisherigen System zu werben. Wünschenswert seien eine gegenüber der gegenwärtigen Situation frühere Beantragung der Insolvenz und eine Beschleunigung des anschließenden Verfahrens. Ersteres könne durch eine entsprechende Inzentivierung der Geschäftsleiter geschehen. Für letzteres brauche es kompetente Spezialgerichte, die früh in Konsultationen mit den wesentlichen Gläubigern des insolventen Unternehmens eintreten. Die Auswahl geeigneter Insolvenzverwalter könne dadurch gefördert werden, dass es den Gläubigern überlassen werde, die „Gewichtsklasse“ des zuständigen Verwalters selbst festzulegen. Jedoch sollten die Großgläubiger nicht einfach selbst die Person des Insolvenzverwalters bestimmen können. Denn natürlich verfolgten auch die Großgläubiger allein ihre Partikularinteressen. Daher erfolge die Verwalterbestellung wie bisher am besten durch das Gericht.

Ganz allgemein bezeichnete *Jaffé* es als einen „Frevel“, das Insolvenzverfahren in seiner gegenwärtigen Form in Bausch und Bogen zu verwerfen und

damit auch solche Errungenschaften wie die Gläubigergleichbehandlung über Bord zu werfen. Es sei zwar richtig, sich Anregungen für Verbesserungen des Systems aus fremden Rechtsordnungen zu holen. Gleichzeitig sei aber auch Zutrauen zur eigenen Rechtsordnung angebracht.