

## § 1 InsO – der Erhalt des Unternehmens als Ziel des Insolvenzverfahrens nach Inkrafttreten des ESUG?

von Rechtsanwalt Robert Buchalik, Düsseldorf/Frankfurt/M.

Der nationale Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) die Vorschriften der InsO mit dem erklärten Ziel geändert, die Sanierung von Unternehmen zu erleichtern. Auch die EU-Kommission<sup>1</sup> hebt im Rahmen der Vorstellung ihrer Grundsätze für die nationalen Insolvenzverfahren darauf ab, bei EU-weit rd. 200.000 Insolvenzen und dem Verlust von 1,7 Mio. verlorenen Arbeitsplätzen jährlich, den Schwerpunkt von der Abwicklung auf die frühzeitige Umstrukturierung von finanziell angeschlagenen, aber potenziell rentablen Unternehmen zu legen. Dies alles bietet Anlass der Frage nachzugehen, ob der Erhalt sanierungsfähiger Unternehmen neben der in § 1 Satz 1 InsO genannten Befriedigung der Gläubiger bereits ein Ziel des Insolvenzverfahrens ist, oder durch die Rechtspraxis zumindest zu einem solchen entwickelt wird. Auch soll der Frage nachgegangen werden, ob die Rechtspraxis das richtige Verständnis von der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung hat und ob es zumindest gedankliche Ansätze gibt, die bislang so nicht in Betracht gezogen werden.

### I. Ausgangslage

Die bestmögliche Befriedigung der Insolvenzgläubiger wird in Rechtsprechung und Schrifttum häufig als das (Haupt-)Ziel des Insolvenzverfahrens bezeichnet. Der Gesetzwortlaut des § 1 InsO führt demgegenüber aus: „Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird.“ Die Verfahrensziele – Verwertung des Schuldnervermögens zur Gläubigerbefriedigung oder Unternehmenserhalt zur Gläubigerbefriedigung – sind in § 1 InsO gleichrangig und gleichwertig genannt. § 1 InsO betont die Gleichwertigkeit dieser Maßnahmen zur Gläubigerbefriedigung und weist zudem auf die Möglichkeit weiterer kreativer Gestaltungen im Rahmen eines Insolvenzplans hin.<sup>2</sup> Insolvenzverwalter stellen nicht selten den Aspekt der Gläubigerbefriedigung durch Verwertung in den Vordergrund. In der öffentlichen Wahrnehmung – vor allem im Zusammenhang mit medienwirksamen Insolvenzverfahren großer Unternehmen wie „Holzmann“ „Babcock“ „Karstadt“, „Schlecker“ oder „Prokon“ – steht der Erhalt des Unternehmens und der Arbeitsplätze im Mittelpunkt und werden als Ziel des Insolvenzverfahrens ausgerufen. In der Sanierungspraxis hat der Erhalt des Schuldnerunternehmens immer schon im Vordergrund gestanden. Ein Insolvenzverwalter wird nicht daran gemessen, wie hoch die erzielte Quote ist, sondern eher daran, ob er das Unternehmen und möglichst viele Arbeitsplätze erhalten hat. Die Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO) unter Umsetzung eines Insolvenzplankonzepts (§§ 217 ff. InsO) wird i.d.R. fast immer dazu genutzt, das Unternehmen zu erhalten. Dies aber nicht nur, weil es der Schuldner, sondern vor allem auch weil es die Gläubiger so wollen. Liquidationen spielen sich eher in Regelverfahren ab. Die Gläubiger stehen dabei – zumindest nach Maßgabe der Planrechnungen – wirtschaftlich besser als bei der Nichtumsetzung des Konzepts. Im Wege einer Gegenüberstellung zu einem Liquidations-szenario versucht der Planverfasser regelmäßig zu belegen, dass der Insolvenzplan eine höhere oder zumindest gleich hohe Befriedigungsquote bietet. Aber muss dies zwingend immer so sein? Kommt es überhaupt auf die absolute Höhe der Quote an oder ist der Weg, die bestmögliche Gläubigerbefriedigung an der absoluten Höhe einer Quote festzumachen schon im Ansatz falsch? Was ist überhaupt die bestmögliche

Gläubigerbefriedigung? Steht es den Gläubigern frei, auch eine geringere Quote als der für eine Zerschlagung ermittelte Wert im Interesse des Erhalts des Unternehmens zu akzeptieren, oder muss in diesem Fall die Zerschlagung gewählt werden? Mit dem ESUG und der Intention des Gesetzgebers, den Insolvenzschuldner dazu zu bewegen, frühestmöglich einen Insolvenzantrag zu stellen, kann jedenfalls nicht der reine Verwertungsgedanke im Vordergrund gestanden haben (und findet sich so ja auch nicht im Gesetzeswortlaut wieder), denn dann wird der Insolvenzschuldner sicher nicht frühestmöglich einen Antrag stellen. Zugleich stellt sich die Frage, wie die Befriedigung der Gläubiger eines Schuldners zu erfolgen hat und was unter der „bestmöglichen“ Befriedigung der Gläubiger zu verstehen ist.

### II. Ziele des Insolvenzverfahrens

Während die auf die Reichsjustizgesetze zurückgehende KO keine Regelung zu Verfahrenszweck und -ziel enthielt, sind die „Ziele des Insolvenzverfahrens“<sup>3</sup> in § 1 Satz 1 InsO ausdrücklich bestimmt. Fraglich und umstritten ist seit jeher, was zu den Zielen der InsO gehört. Der BGH<sup>4</sup> sieht die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger als vorrangig und führt aus, dass die Regierungsbegründung die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger als Hauptziel des Verfahrens besonders hervorhebe. Der BGH betont in seiner Entscheidung, „dass das Ziel einer Vollbeendigung der Gesellschaft jedenfalls da zurücktreten muss, wo es in Widerspruch zu den Interessen der Gläubigersamtheit steht. Das berechnete Interesse der Gläubiger, aus der Masse eine Befriedigung ihrer Ansprüche zu erhalten und deshalb möglichst die Entstehung von Verbindlichkeiten zu vermeiden, die das zur Verfügung stehende Vermögen schmälern, hat im Rahmen der insolvenzrechtlichen Abwicklung unbedingten Vorrang.“<sup>5</sup> Auch das BAG<sup>6</sup> hat sehr deutlich klargestellt, dass das Insol-

1 Pressemitteilung der EU Kommission v. 12.3.2014: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-254\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_de.htm).

2 Graf-Schlicker, InsO, 3. Aufl., § 1 Rn. 3.

3 So die amtliche Überschrift des § 1 InsO.

4 BGH, Urt. v. 21.4.2005 – IX ZR 281/03, BGHZ 163, 32, 37 = ZInsO 2005, 594 Rn. 8.

5 BGH, Urt. v. 21.4.2005 – IX ZR 281/03, ZInsO 2005, 594

6 BAG, Urt. v. 28.10.2004 – 8 AZR 199/04, NZA 2005, 405, 408 Rn. 29.

venzverfahren einer geordneten und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung diene, während die Unternehmenssanierung kein eigenständiges Ziel des Insolvenzverfahrens darstelle, sondern nur ein neben der Zerschlagung des Unternehmens gleichwertiges Mittel der Gläubigerbefriedigung sei; das einheitliche Insolvenzverfahren sei vermögensorientiert; auch die Sanierung des Schuldners oder seines Unternehmens werde als Verwertung des Schuldnervermögens begriffen. Demgegenüber hat das BVerwG in einem Urteil<sup>7</sup> aus dem Jahr 2005 – ohne nähere Begründung und vor Inkrafttreten des ESUG – angenommen, dass auch der Erhalt des Unternehmens zu den Zielen nach § 1 InsO gehöre. Das BVerwG<sup>8</sup> hat ausgeführt, dass der Zweck des Insolvenzverfahrens die bestmögliche Befriedigung der Forderungen der Gläubiger unter Berücksichtigung der Lage des Schuldners sei und dass diese Befriedigung auch im Rahmen der Zwangsvollstreckung als private vermögenswerte Rechte von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt seien. In der Literatur<sup>9</sup> werden hierzu unterschiedliche Auffassungen vertreten.

## 1. Wortlaut des § 1 InsO

Nach dem Wortlaut des § 1 Satz 1 InsO „dient“ das Insolvenzverfahren dazu, die Gläubiger des Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen. § 1 Satz 2 InsO bestimmt ferner, dass dem redlichen Schuldner „Gelegenheit gegeben“ wird, sich von seinen restlichen Verbindlichkeiten zu befreien. Das Verfahren dient augenscheinlich nicht dem Erhalt des Unternehmens. Der Erhalt wird vielmehr als Mittel zum Zweck bestimmt: „Indem“ in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung – von der Verwertung des Schuldnervermögens – getroffen wird, „dient“ das Insolvenzverfahren der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger. Die den Plural „Ziele des Insolvenzverfahrens“ verwendende amtliche Überschrift<sup>10</sup> des § 1 InsO deutet darauf hin, dass das Verfahren neben der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger zumindest ein weiteres Verfahrensziel verfolgt. Dies kann die in § 1 Satz 2 InsO genannte Restschuldbefreiung für natürliche Personen sein, muss sich aber nicht zwingend hierauf beschränken. Ob die Restschuldbefreiung ein Ziel der InsO ist, wird seit jeher unterschiedlich beantwortet, soll aber nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein.<sup>11</sup>

## 2. Historische Auslegung

### a) InsO v. 5.10.1994

Die Begründung<sup>12</sup> der Bundesregierung zu § 1 des RegE ist im Vergleich zum Wortlaut der Norm recht eindeutig: „Dennoch liegt den neuen Verfahren ein einheitliches Hauptziel zugrunde: Die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger“. Mit „den neuen Verfahren“ sind die zuvor bezeichneten Möglichkeiten der Fortführung, Liquidation und die Lösung im Wege einer Übereinkunft der Beteiligten (Insolvenzplan) gemeint. Die Begründung spricht zwar von nur einem Hauptziel. Aber wo es ein Hauptziel gibt, muss es begrifflich zumindest auch ein weiteres Nebenziel geben. Jedenfalls wird durch diese Begründung deutlich, dass der Gesetzgeber eine Gewichtung zugunsten des Hauptziels

vornehmen wollte. Eine Gewichtung im Sinne der Schaffung einer Rangfolge hat aber nur dann Sinn, wenn diese erforderlich ist. Erforderlich ist eine Gewichtung z.B., wenn mehrere Aspekte oder Ziele nebeneinander stehen. Die besondere Gewichtung der Gläubigerinteressen wird auch durch die Formulierung<sup>13</sup> deutlich, wonach das Insolvenzrecht das Recht der Einzelzwangsvollstreckung, das im Achten Buch der ZPO geregelt ist, ergänze. Seit jeher wird das Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren als Gesamtvollstreckungsverfahren verstanden.<sup>14</sup> Ein Vollstreckungsverfahren liegt aber immer im Interesse der Gläubiger, nicht des Vollstreckungsschuldners.

Die Begründung des Gesetzentwurfs macht ferner deutlich: „Das Ziel der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger wird zu Beginn des Gesetzes in § 1 Abs. 1 InsO hervorgehoben, da es das gesamte Insolvenzverfahren prägt“. Hinzu treten die Ausführungen in Abs. 2 der Begründung zu § 1 InsO, wonach sich die Tätigkeit des Insolvenzverwalters und die Aufsichts- und Eingriffsbefugnisse des Gerichts in „erster Linie an diesem Ziel“ auszurichten haben. Die Begründung des Entwurfs stellt dann auf S. 109 zusätzlich klar: „Die Erhaltung von Unternehmen oder von Betrieben ist kein eigenständiges Ziel des Insolvenzverfahrens.“<sup>15</sup> Im RegE heißt es ferner: „Zu § 1 Die Vorschrift des Regierungsentwurfs über die Ziele des Insolvenzverfahrens ist redaktionell gestrafft und dadurch auf ihre wesentlichen Elemente zurückgeführt worden. Als ein Weg zur Gläubigerbefriedigung wird die Erhaltung von Unternehmen durch einen Insolvenzplan hervorgehoben.“ Diese Formulierung macht nochmals deutlich, dass die Erhaltung von Unternehmen bloß als „Weg“ zur Gläubigerbefriedigung gesehen wurde und damit kein Ziel der InsO darstellen sollte.

### b) ESUG

Die diversen Gesetzesänderungen im Nachgang zum Inkrafttreten der InsO haben die Ziele des Insolvenzverfahrens offenkundig nicht modifiziert.<sup>16</sup> Etwas anderes könnte

7 BVerwG, Urt. v. 13.4.2005 – 6 C 4.04, BVerwGE 123, 203 ff. = ZInsO 2005, 709 Rn. 45.

8 BVerwG, Beschl. v. 23.5.2006 – 1 BvR 2530/04, ZInsO 2006, 765 Rn. 34.

9 Zum Streitstand m.z.N. MünchKomm-InsO/Ganter/Lohmann, 3. Aufl. 2013, § 1 Rn. 20, 85 ff., 97 ff.

10 Begr. RegE BT-Drucks. 12/2443, S. 108.

11 Vgl. hierzu z.B. MünchKomm/Ganter/Lohmann (Fn. 9), § 1 Rn. 97 ff.

12 Begr. RegE BT-Drucks. 12/2443, S. 108.

13 Begr. RegE BT-Drucks. 12/2443, S. 108 zu § 1 letzter Satz.

14 Prütting, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand 9/2009, Einl. Rn. 2 ff.; K. Schmidt/K. Schmidt, InsO, 18. Aufl. 2013, § 1 Rn. 4; Uhlenbruck/Pape, InsO, 13. Aufl. 2010, § 1 Rn. 1 „Gesamtvollstreckung im Dienste des sozialen Friedens“.

15 Unzutreffend ist daher die Auffassung des BVerwG v. 17.3.2008 – 6 B 7.08, ZInsO 2009, 1811, wonach zu den Zielen der InsO die Erhaltung des Unternehmens gehört. Dies unter Berücksichtigung der BT-Drucks. 12/2443, S. 77 f., 109 richtig erkennend BAG v. 28.10.2004 – 8 AZR 199/04, NJW-Spezial 2005, 179.

16 Übersicht aller Änderungsgesetze bei HambKomm-InsO/Schmidt, 4. Aufl. 2012, § 1 Rn. 7.

aber für das ESUG gelten, denn der Gesetzgeber wollte – so schon der Titel des Gesetzes – die Sanierung von Unternehmen und damit die Chancen für deren Erhalt erleichtern.

„Die Fortführung von sanierungsfähigen Unternehmen soll erleichtert und damit der Erhalt von Arbeitsplätzen ermöglicht werden“, heißt es im Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 4.5.2011.<sup>17</sup> „Mit der Verbesserung von Sanierungschancen wird zugleich zum Erhalt von Arbeitsplätzen beigetragen“, heißt es nur wenige Zeilen weiter. Diese klaren Formulierungen lassen den Schluss zu, dass die Sanierung von Unternehmen ein Ziel des Insolvenzverfahrens ist und mit diesem Ziel der Erhalt von Arbeitsplätzen einhergeht. Allerdings stellt die Begründung<sup>18</sup> klar: „Vorrangiges Ziel des Insolvenzverfahrens ist die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger“. Es wird deutlich hervorgehoben, dass der Erhalt eines insolventen Unternehmens kein Selbstzweck sei und dieser nur erstrebenswert ist, wenn der Fortführungswert des Unternehmens den Zerschlagungswert übersteige, also durch die Sanierung Werte erhalten oder geschaffen und nicht vernichtet werden. In diesen Fällen liege die Fortführung auch im Interesse der Gläubiger.<sup>19</sup> Diese sehr deutliche Formulierung macht unmissverständlich klar, dass auch nach Inkrafttreten des ESUG die *bestmögliche Befriedigung* der Insolvenzgläubiger das vorrangige Ziel des Insolvenzverfahrens ist.<sup>20</sup> Dies betrifft neben der Eigenverwaltung und der vorläufigen Eigenverwaltung nach § 270a InsO insbesondere auch das sog. Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO.<sup>21</sup> Allerdings stellen die diversen Gesetzesbegründungen auch klar, dass es letztlich Sache der Gläubiger ist, auf welchem Weg dieses vorrangige Ziel erreicht werden soll.

Der RegE<sup>22</sup> führt dazu aus: „Das Verfahren bietet den Beteiligten einen rechtlichen Rahmen, in dem die Verhandlungen über die Fortführung oder Stilllegung eines insolventen Unternehmens nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen stattfinden können. Mit der Eröffnung des Verfahrens ist noch keine Vorentscheidung in Richtung auf eine Liquidation des Unternehmens getroffen. Ist die Fortführung des Unternehmens durch den Schuldner die für die Gläubiger günstigste Lösung, so werden sie bereit sein, einem entsprechenden Fortführungsplan zuzustimmen.“

### 3. Ergebnis

Die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger ist auch nach Inkrafttreten des ESUG das Ziel des Insolvenzverfahrens.

Das Ziel kann sowohl durch die Verwertung des Schuldnervermögens und dessen Verteilung an die Gläubiger, oder durch eine abweichende Regelung in einem Insolvenzplan, insbesondere zum Erhalt des Unternehmens, erreicht werden (§ 1 Abs. 1 Satz 1 InsO). Der Erhalt eines Unternehmens und der Arbeitsplätze ist nach wie vor kein eigenständiges Ziel des Insolvenzverfahrens, aber eine von zwei Möglichkeiten der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung, das gleichrangig neben der Gläubigerbefriedigung durch Verwertung des Schuldnervermögens steht. Die Entschei-

dung darüber, welcher Weg gewählt wird, unterliegt der Gläubigerautonomie und ist deshalb immer die Sache der Gläubiger.

### III. Bestmögliche Befriedigung der Gläubiger – was ist das?

Gemeinhin<sup>23</sup> wird unter der bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger eine möglichst umfassende Befriedigung der Forderungen, möglicherweise eine möglichst hohe Insolvenzquote verstanden, ohne dass dabei soweit ersichtlich der Frage nachgegangen wurde, was eine hohe Quote ist und ob es andere Betrachtungsweisen geben könnte. Möglicherweise sollte eine reine Zeitpunkt Betrachtung einer Zeitraumbetrachtung gegenüber gestellt werden. Der Erhalt des Unternehmens soll stets nur ein Mittel zur optimalen Gläubigerbefriedigung sein.<sup>24</sup> Ob dies unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten richtig ist, bedarf ebenfalls der Erörterung. Denn die Interessenlage der Beteiligten stellt sich in der Praxis meist anders dar:<sup>25</sup>

Der *Arbeitnehmer* möchte seinen Arbeitsplatz gesichert sehen. Ein paar Prozent mehr Quote auf seine ohnehin meist nicht sehr hohen Forderungen nutzen ihm wenig und stehen meist weit hinter dem Arbeitsplatzverlust zurück. Dieses Interesse teilen die *Bundesagentur für Arbeit*, die *Träger der Sozialversicherung* und die *Politik*.<sup>26</sup> Insbesondere Mitarbeiter der Bundesagentur, die regelmäßig in den Gläubigerausschüssen vertreten sind, betonen, wie sehr der Bundesagentur am Arbeitsplatzverlust anstelle der Zahlung von Arbeitslosengeld gelegen ist. Auch die Krankenkassen möchten in Zukunft weiter ihre Beitragszahler erhalten. In

17 BT-Drucks. 17/5712, S. 2 unter B. Lösung 1. Absatz und S. 17 unter A. Allgemeiner Teil I. Überblick.

18 BT-Drucks. 17/5712, S. 17 unter II. Änderung der InsO, 1. Satz.

19 BT-Drucks. 17/5712, S. 17 unter II. Änderung der InsO, 1. Absatz.

20 So auch *Frind*, BB 2013, 265, 268; *Siemon*, ZInsO 2014, 625, 626; a.A. im Hinblick auf Wortlaut und Gesetzgebungsgeschichte sowie -materialien wenig überzeugend *Ahrens*, in: *Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier*, InsO, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 7 ff.

21 HK-InsO/*Landfermann*, 7. Aufl. 2014, § 270b Rn. 5.

22 BT-Drucks. 1243, S. 109.

23 *Ahrens* (Fn. 20), § 1 Rn. 5; *Braun/Kießner*, InsO, 6. Aufl. 2014, § 1 Rn. 2; *HambKomm-InsO/Schmidt* (Fn. 16), § 1 Rn. 16; *HK-InsO/Kirchhof* (Fn. 21), § 1 Rn. 4; *Jaeger/Henckel*, InsO, 1. Aufl. 2004, § 1 Rn. 3 ff.; *K. Schmidt/K. Schmidt* (Fn. 14), § 1 Rn. 4; *MünchKomm-InsO/Ganter/Lohmann* (Fn. 9), § 1 Rn. 52; *Nerlich/Römermann/Becker*, InsO, Stand 2013, § 1 Rn. 22; *Uhlenbruck/Pape* (Fn. 14), § 1 Rn. 1 „Die Befriedigungsfunktion steht immer im Vordergrund“; *Bremen*, NZI 2014, 137, 138; *Zipperer/Vallender*, NZI 2013, 729, 732.

24 BAG, Urt. v. 28.10.2004 – 8 AZR 199/04, NZA 2005, 405, 408 Rn. 29; *Bremen*, NZI 2014, 137, 138; *Frind*, ZInsO 2010, 1161 f.; *Zipperer/Vallender*, NZI 2013, 729, 732; vgl. auch unter I.

25 Die Autoren können hierzu nur auf ihre Erfahrungen in der Praxis verweisen; eine empirische Studie hierzu ist nicht bekannt.

26 Die Bereitschaft von Landesregierungen, Massekredite zur Verfügung zu stellen, und die Gewährung von Vergünstigungen seitens der Gebietskörperschaften belegen dies beispielhaft: s. <http://www.spiegel.de/wirtschaft/massekredit-insolvente-wadan-werften-bekommen-millionen-vom-staat-a-635497.html>, zuletzt abgerufen am 2.10.2014. Auch der Massekredit i.H.v. 50 Mio. € im Fall des Versandhauses „Quelle“ sei genannt.

den Diskussionen um die Höhe der Planquote steht bei diesen Gläubigern praktisch nie der absolute Betrag, sondern eher die Sorge, dass mit einer zu hohen Quote eine künftige Liquiditätsbelastung einhergeht, die das Unternehmen erneut in eine Insolvenzgefahr bringen könnte. Die *Bank* ist an der Fortsetzung einer Geschäftsbeziehung zu ihrem bisherigen, sodann sanierten Kunden ebenso interessiert. Durch die meist erhebliche Entschuldung im Rahmen eines Insolvenzplans und die damit deutlich verbesserten Bilanzrelationen steigt die Eigenkapitalquote oft massiv an, was wiederum zu einer deutlichen Reduzierung der Grundsatzzbelastung bei der Bank führt. Zumindest nach Vorlage einer ersten, mindestens mit einem positiven Ergebnis abschließenden Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung ist der Kunde für die Bank meist wesentlich attraktiver als bisher. Hinzu kommt, dass mit dem Verlust von Arbeitsplätzen beim Insolvenzschuldner auch die Finanzierungen der Arbeitnehmer bei der Bank gefährdet sein könnten, was zu einem zusätzlichen Abschreibungsbedarf führen würde. Das Interesse am Erhalt des Kunden überwiegt deshalb i.d.R. einem schnellen Liquidationserlös, zumal sich schon die Frage stellt, was denn „schnell“ sein könnte. Gängige Praxis ist, dass in Regelinsolvenzverfahren Auszahlungen auf die Quote erst nach vielen Jahren erfolgen. Ähnlich denken auch *Lieferanten* und *Dienstleister*. Die Möglichkeit, auch in Zukunft Umsätze zu generieren, ist vielversprechender und ersichtlich wirtschaftlich bedeutender als der Erhalt einer geringen Insolvenzquote. Angesichts eines meist erheblichen Wettbewerbs wird es dem Lieferanten und Dienstleister nicht leicht fallen, neue Umsätze zu generieren. Der Erhalt der Geschäftsbeziehung mit einem operativ und bilanziell sanierten Kunden ist deshalb meist viel interessanter, als der Erhalt einer möglichst hohen Befriedigungsquote. Auch *Vermieter* von Gewerbeimmobilien sind an einer Weitervermietung ihrer Objekte und der Generierung von Mietzinsen, zumindest aber an der ordnungsgemäßen Abwicklung des Mietverhältnisses, interessiert. Und nicht zuletzt möchte auch der *Fiskus* „seinen“ Steuerpflichtigen behalten.

Damit ist allenfalls jenen Gläubigern der Erhalt des Unternehmens gleichgültig, die in Zukunft nicht weiter mit dem Schuldner kontrahieren können, weil sich der Insolvenzschuldner von ihnen trennen will. So wird es Vermietern geschlossener Filialen bspw. unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten wahrscheinlich auf eine hohe Quote ankommen.

Bei der Höhe der Quote ist zudem zu berücksichtigen, dass in Regelverfahren die Quote oft erst nach Jahren ausbezahlt wird, in einem Planverfahren aber mit einer relativ kurzfristigen Befriedigung gerechnet werden kann. Durch den Erhalt des Kunden, mit dem in Zukunft positive Deckungsbeiträge erwirtschaftet werden, kann – zumindest theoretisch – ein Mehrfaches der angebotenen Quote erwirtschaftet werden, was bei einer bloßen Zeitpunktbetrachtung überhaupt keine Rolle spielt, denn hier fließt der Betrag nur einmal und oft relativ spät. Die Quote auf einen absoluten Einmalbetrag zu reduzieren, bei dem auch noch ungewiss ist, wann dieser denn fließt, ist auf jeden Fall zu kurz gedacht. Vielmehr ist

die gesamte Kundenbeziehung einer Zukunftsbetrachtung zu unterziehen.

Dass Lieferanten, Dienstleister und Vermieter es vorziehen, weiter mit dem Schuldner Geschäfte zu machen, zeigt auch die Diskussion<sup>27</sup> um die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO, insbesondere in Fällen der Ratenzahlungs- und Stundungsvereinbarung. Statt als Gläubiger einen Fremdantrag (§ 14 InsO) zu stellen oder die Forderung gar zu titulieren und zu vollstrecken, zieht es der Vertragspartner des Schuldners vor, durch Zugeständnisse finanzieller Art (Stundung; Forderungsverzicht; Ratenzahlung) die Insolvenz als den vermeintlichen wirtschaftlichen Zusammenbruch seines Vertragspartners zu verhindern. Auch Fiskus und Sozialversicherungsträger lassen sich nicht selten auf Stundungs- und Ratenzahlungsabreden ein.

Vor dem Hintergrund der hier beschriebenen Interessenlage und dem Wunsch nach einer verbesserten Sanierungskultur stellt sich die Frage, weshalb der Begriff der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung nicht intensiver diskutiert wird. Ein Grund wird der immer noch geringe Anteil von Insolvenzplänen – zumal im Eigenverwaltungsverfahren – an den Insolvenzverfahren insgesamt sein. Hinzu tritt, dass die Insolvenzquote bei der Umsetzung eines tragfähigen Insolvenzplankonzepts i.d.R. höher ist, als im Fall der Abwicklung im Regelinsolvenzverfahren. Bei einer Betrachtung der gesamten künftigen Geschäftsbeziehung (Zeitraumbetrachtung) wird das jedenfalls sogar mit großer Wahrscheinlichkeit der Fall sein. Dies gilt vor allem, wenn die finanzwirtschaftliche Sanierung von einer echten operativen Sanierung begleitet wird und der Kunde dauerhaft als starker Partner am Markt agiert. Die Frage einer wirtschaftlichen Schlechterstellung durch einen Insolvenzplan wird sich also meist gar nicht stellen. Mit anderen Worten stehen die Ziele, bestmögliche Gläubigerbefriedigung und Erhalt des sanierten Unternehmens, nicht in Widerspruch zueinander. Vielmehr ist der Erhalt des sanierten Unternehmens in vielen Fällen geradezu Voraussetzung für die bestmögliche Gläubigerbefriedigung, verstanden im Sinne einer möglichst hohen Insolvenzquote.<sup>28</sup> Die ermittelt sich aber eben nicht nur aus einem Einmalbetrag, sondern einer Betrachtung der gesamten künftigen Kundenbeziehung.

Gleichwohl sind Konstellationen denkbar, in denen die Umsetzung eines konkreten Insolvenzplankonzepts nicht die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger im Sinne einer möglichst hohen Insolvenzquote gewährleistet.<sup>29</sup> Während

27 *Ludwig*, ZInsO 2014, 1729 ff.; *Marotzke*, ZInsO 2014, 417 ff. m.w.N. zu den rechtspolitischen Forderungen mehrerer Wirtschaftsverbände.

28 Den Autoren ist kein Insolvenzplan bekannt, der die Gläubiger bei Umsetzung des Plankonzepts in Bezug auf die Insolvenzquote schlechter stellt, als sie ohne Plan stünden. Insolvenzpläne sind meist so angelegt, dass sie den Gläubigern eine deutlich höhere Quote gegenüber einer Liquidation anbieten.

29 Auf das mögliche Spannungsverhältnis zwischen der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung und der Sanierungsfunktion des Insolvenzrechts nach Inkrafttreten des ESUG verweist auch *HambKomm-InsO/Schmidt* (Fn. 16), § 1 Rn. 26.

es höchst unwahrscheinlich ist, dass eine Zerschlagung zu einer höheren Quote führt, können sog. *Alternativpläne* oder *übertragende Sanierungen* für die Gläubiger im Vergleich zum vorgelegten Insolvenzplan eine deutlich höhere Quote ermöglichen, so z.B. für den Fall, dass die eigenverwaltende Schuldnerin einen Insolvenzplan vorlegt, bei der die bisherige Gesellschafterstruktur erhalten bleibt, ein Dritter das Unternehmen aber erwerben möchte und einen entsprechenden Geldbetrag für eine weitergehende Befriedigung der Insolvenzgläubiger, d.h. die Erhöhung der Insolvenzquote, zur Verfügung stellt. Für die Frage, ob ein Minderheitenschutzantrag nach § 251 InsO begründet ist, spielen Alternativpläne keine Rolle, da allein der Quotenvergleich bei Umsetzung des angegriffenen Insolvenzplankonzepts und der Regelabwicklung maßgeblich ist.<sup>30</sup> Nur wenn im Regelinsolvenzverfahren der Verkauf des Unternehmens im Wege eines Asset Deals eine höhere Quote erwarten lässt, kommt eine Schlechterstellung in Betracht.

In solchen Situationen muss die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens, die Umsetzung des vorgelegten Insolvenzplankonzepts oder der Versuch der Umsetzung eines Alternativkonzepts den wirtschaftlich Betroffenen des Verfahrens vorbehalten bleiben: den Insolvenzgläubigern. Die Abwägung zwischen der Chance auf eine höhere Befriedigung bei Scheitern des Insolvenzplans und den damit einhergehenden Risiken haben alleine die Gläubiger durch ihr Selbstverwaltungsorgan, die Gläubigerversammlung, zu treffen. Hierzu sind weder das Gericht noch der Insolvenzverwalter berufen. Dies ist Ausfluss der Gläubigerautonomie und der Vertragsfreiheit. Die wirtschaftlichen Risiken bei der Umsetzung von Alternativkonzepten sind ebenso wie die Umsetzung eines Insolvenzplankonzepts nicht unerheblich. Die Absichten des potenziellen Käufers und die Ernsthaftigkeit seines Angebots sind kaum prüfbar, die Verfahrenskosten des Regelinsolvenzverfahrens im Vergleich zur Eigenverwaltung sind schon aufgrund der Vergütung des Insolvenzverwalters höher. Ob die Stakeholder mit den neuen Eigentümern zusammenarbeiten werden, bleibt ebenso ungewiss, wie die Frage, ob der Käufer wirklich am Erhalt des Unternehmens und seiner Arbeitsplätze interessiert ist.<sup>31</sup> Nicht selten belastet der Investor das Unternehmen mit hohen Verbindlichkeiten, ohne selbst ein echtes Risiko einzugehen und die das Unternehmen nicht wirklich zukunftsfähig machen, sondern eher am Abgrund halten.

Die mitunter schwierigen wirtschaftlichen Prognosen müssen die Gläubiger treffen und verantworten. Es ist Aufgabe des Planverfassers, einer etwaigen eigenverwaltenden Schuldnerin sowie des Sachwalters bzw. Insolvenzverwalters, den Gläubigern eine hinreichende Entscheidungsgrundlage zu liefern, was vor allem bedeutet, dass die betriebswirtschaftlichen Fakten transparent gemacht werden müssen. Im Zweifel können und dürfen die Gläubiger sich für den sichereren Weg entscheiden, wenngleich er eine geringere Quote erwarten lässt, als aufgezeigte Alternativszenarien möglicherweise bieten. Es liegt schon in der Natur der Sache, dass auch sonstige Interessen, so z.B. der v.g. Erhalt des Vertragspartners, Arbeitgebers und Steuerpflich-

tigen bei der Entscheidungsfindung von tragender Bedeutung sind, denn für die Betroffenen ist das die bestmögliche Befriedigung.

#### IV. Außerinsolvenzliches Sanierungsverfahren statt Insolvenzverfahren?

Der aufgezeigte potenzielle Konflikt zwischen Quotenmaximierung und dem Erhalt des Unternehmens sowie der Arbeitsplätze könnte dadurch aufgelöst werden, dass entweder eine Entscheidung der Insolvenzgläubiger zugunsten des Unternehmenserhalts im Hinblick auf die Gläubigerautonomie und die Vertragsfreiheit als zulässig erachtet oder der Erhalt des Unternehmens und der Arbeitsplätze als Verfahrensziel ausdrücklich normiert wird. Denkbar ist auch ein besonderes außerinsolvenzliches Sanierungsverfahren außerhalb der InsO nach dem Vorbild des britischen „Scheme of Arrangement“ (SoA) zu schaffen, das von der Grundrichtung her auf die Sanierung angelegt ist und nicht vorrangig auf eine möglichst hohe Insolvenzquote zielt.<sup>32</sup> Beim SoA handelt es sich um einen außerhalb eines offiziellen Insolvenzverfahrens angesiedelten Zwangsvergleich zwischen eigenverwaltendem Schuldner und seinen Gesellschaftern und/oder Gläubigern unter gerichtlicher Beteiligung. Das in einem besonderen Sanierungsgesetz geregelte Verfahren wäre zudem von dem Makel der Insolvenz befreit, der für die am Wirtschaftsleben Beteiligten immer noch abschreckend wirkt. Die Begriffe Insolvenz und Konkurs sollten aufgrund ihrer negativen Vorbelastung und negativen Außenwirkung aus einem gerichtlichen Sanierungsverfahren herausgehalten werden.<sup>33</sup> Dann wären auch eigenwillige Begriffe wie der des „Schutzschirmverfahrens“ nicht mehr notwendig. Ein solches Gesetz bedarf im Hinblick auf Art. 14 GG und einen möglichen Eingriff in die Rechte der Gläubiger zweifelsohne einer guten Begründung. Eine Umsetzung innerhalb der auf die Quotenmaximierung ausgerichteten InsO erscheint wenig Erfolg versprechend. Mit einem derartigen Gesetz wäre wahrscheinlich auch der Weg zu einem Paradigmenwechsel vom Gläubigerschutz hin zum Schuldnerschutz in die Wege geleitet. Einstweilen sollte es den Gläubigern zumindest im Hinblick auf die Grundsätze der Gläubigerautonomie und der Vertragsfreiheit zugestanden werden, sich im Zweifel für den Erhalt des Unternehmens sowie der Arbeitsplätze und gegen eine Maximierung der Insolvenzquote zu entscheiden. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass diejenigen Gläubiger, die kein Interesse am Erhalt des Unternehmens haben, ihre wirtschaftliche Schlechterstellung, also eine verminderte Quote, durch einen Minderheitenschutzantrag nach § 251

30 HK-InsO/Haas (Fn. 21), Rn. 7; K. Schmidt/Spliedt (Fn. 14), § 251 Rn. 6 unter Hinweis auf den Wortlaut „ohne Plan“; Pleister, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand 10/2013, § 251 Rn. 9.

31 Geradezu beispielhaft ist die Diskussion um „Karstadt“ und den Investor *Nicolas Berggruen*.

32 *Beissenhirtz*, ZInsO 2011, 57, 62: Beispiele der Sanierung von komplexen Finanzstrukturen sind Countrywide, IMO Car Wash, McCarthy & Stone oder Crest Nicholson.

33 *K. Schmidt*, Der Betrieb 2010, 27; *Jacoby*, Der Betrieb 2010, 29.

InsO ausgleichen können. Eine mögliche wirtschaftliche Schlechterstellung ist durch Mittel i.S.d. § 251 Abs. 3 InsO zu kompensieren, sofern diese tatsächlich besteht. Diese Lösung führt zu einem angemessenen Interessenausgleich zwischen denjenigen Beteiligten, die aus wirtschaftlichen Gründen an einem Erhalt des Unternehmens interessiert sind und denjenigen, für die allein eine möglichst hohe Insolvenzquote entscheidend ist. Gerichte und Verwalter haben dies durch eine zurückhaltende Anwendung der §§ 78, 251 Abs. 3 InsO in Bezug auf die Aufhebung von Beschlüssen der Gläubigerversammlung und die Modalitäten der Bereitstellung von Mitteln zum Ausgleich einer möglichen Schlechterstellung zu ermöglichen.

## V. Zusammenfassung

Die Befriedigung der Insolvenzgläubiger ist nach historischem Verständnis dann bestmöglich, wenn die höchstmögliche Insolvenzquote realisiert wird. Auch nach Inkrafttreten des ESUG ist die *bestmögliche Befriedigung* der Insolvenzgläubiger in Form einer möglichst hohen Insolvenzquote das vorrangige Ziel des Insolvenzverfahrens. Die Ermittlung der absoluten Höhe der Insolvenzquote reduziert sich aber nicht allein auf einen Einmalbetrag, sondern ist einer Zeiträumbetrachtung zu unterziehen. Das Ziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung steht deshalb in der Regel auch nicht im Widerspruch zu dem des Erhalts des Unternehmens und seiner Arbeitsplätze. Soweit doch ein

Zielkonflikt auftritt, bleibt es den Gläubigern im Hinblick auf die Grundsätze der Gläubigerautonomie und Vertragsfreiheit unbenommen, im Interesse des Erhalts des Unternehmens, also ihres künftigen Arbeitgebers, Vertragspartners, Beitrags- und Steuerpflichtigen einen Insolvenzplan zu beschließen, der nicht die höchstmögliche Insolvenzquote verspricht, aber den Erhalt des Unternehmens als überwiegend wahrscheinlich ausweist. Diejenigen Gläubiger, die kein Interesse am Erhalt des Unternehmens haben, sind auf den Minderheitenschutzantrag nach § 251 InsO verwiesen. Eine mögliche wirtschaftliche Schlechterstellung ist durch Mittel i.S.d. § 251 Abs. 3 InsO auszugleichen, sofern diese tatsächlich besteht. Diese Lösung führt zu einem angemessenen Interessenausgleich zwischen denjenigen Beteiligten, die aus wirtschaftlichen Gründen an einem Erhalt des Unternehmens interessiert sind und denjenigen, für die allein eine möglichst hohe Insolvenzquote entscheidend ist. Gerichte und Verwalter haben dies durch eine zurückhaltende Anwendung der §§ 78, 251 Abs. 3 InsO in Bezug auf die Aufhebung von Beschlüssen der Gläubigerversammlung und die Modalitäten der Bereitstellung von Mitteln zum Ausgleich einer möglichen Schlechterstellung zu ermöglichen. Vorzugswürdig ist die Schaffung eines besonderen gerichtlichen Sanierungsverfahrens außerhalb der InsO, das von der Grundrichtung her auf die Sanierung und damit den Unternehmenserhalt angelegt ist und nicht vorrangig auf eine möglichst hohe Insolvenzquote zielt.