

Schriften zum Verfahrensrecht

Schriften zum Verfahrensrecht

Herausgegeben von
Jens Adolphsen, Peter Gottwald und Ulrich Haas Band 48

Fabian Camek

Das Schutzschirmverfahren
nach § 270b InsO
und seine Funktionalität
im internationalen
Rechtsvergleich

I. Einführung in die Thematik

1. Das Stigma der Insolvenz

Das höchste Gut für die Sanierung eines Unternehmens ist die Zeit. Denn je länger sich der Beginn der Sanierung verzögert, desto größer ist die Gefahr, dass bereits wertvolle Unternehmenswerte zerstört wurden, bei denen es grundsätzlich gilt, sie zu erhalten.¹ In aller Regel werden Insolvenzanträge zu spät gestellt.² In Deutschland im Durchschnitt erst 10 Monate nach Eintritt der materiellen Insolvenz.³ Zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung kann man häufig einen erheblichen und fortgeschrittenen Substanzverzehr der Unternehmenswerte erkennen. Typisch für einen solchen Substanzverzehr ist, dass betriebsnotwendiges Vermögen verkauft wurde und/oder die für den Betrieb erforderlichen Rohstoffe nur noch vereinzelt sowie in geringer Anzahl vorhanden sind. Zudem ist das Anlagevermögen, wie z.B. Grundstücke, mit Sicherheiten belastet oder sogar im Wege von Sale-and-lease-back⁴ Transaktionen verkauft worden. Um weitere Liquidität zu generieren, werden häufig die Forderungen im Wege des Factoring-Geschäfts transferiert. Gläubiger des notleidenden Unternehmens verzeichnen einen hohen Bestand an gestundeten bzw. fälligen Forderungen. Um dies zu verhindern und noch vorhandene Liquidität zur Erhöhung der Sanierungschancen zu nutzen, ist es erforderlich, den Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung und die darauf folgenden Sanierungsmaßnahmen so weit wie möglich nach vorne zu verlagern.⁵ Die Reform der Insolvenzordnung sollte genau diesen Anreiz schaffen, damit der Schuldner wieder Vertrauen in das

1 *Hirte*, ZinsO 2011, 401.

2 *Kammel/Staps*, NZI 2010, 793.

3 *Eidenmüller*, ZHR 2011, 17.

4 Darunter versteht man Leasinggeschäfte, bei welchen sich der Leasinggeber das Leasinggut nicht von einem Dritten, sondern vom Leasingnehmer selbst verschafft. Der Leasingnehmer veräußert eine ihm gehörende Sache an den Leasinggeber, um sie daraufhin wieder vom Leasinggeber zurückzuleasen. Dadurch verspricht sich der Leasingnehmer einen Liquiditätsgewinn. Siehe *Stoffels*, in: Staudinger (2004), Leasing Rn. 30.

5 *Richter/Pernegger*, BB 2011, 877.

Insolvenzverfahren gewinnt und so früh wie möglich einen Insolvenzantrag stellt, um rechtzeitig die Weichen für die Sanierung des Unternehmens zu legen.⁶

Dass der Insolvenzantrag meist zu spät gestellt wird liegt in aller Regel nicht daran, dass die verantwortlichen Geschäftsleiter, wie z.B. Geschäftsführer einer GmbH oder Vorstand einer AG, die Krisensituation falsch einschätzen oder etwa die Überschuldung sowie drohende Zahlungsfähigkeit überhaupt nicht erkennen, sondern an den Wirkungen der Insolvenzantragstellung und der damit einhergehenden Stigmatisierung für das Unternehmen.

Mit der Stellung des Insolvenzantrags müssen die Geschäftsleiter in der Praxis damit rechnen, dass sie dadurch regelmäßig die Leitungsbefugnis über das Schuldnerunternehmen verlieren. Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens verliert der Geschäftsleiter gem. § 80 Abs. 1 InsO die Befugnis, weiterhin über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verfügen. Diese Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis geht jetzt auf den Insolvenzverwalter über. Dieser ist nun über die Insolvenzmasse allein Verfügungsbefugt.⁷ Da die bisherigen Geschäftsleiter im fortschreitenden Insolvenzverfahren in aller Regel keinen entscheidenden Einfluss mehr auf die Entwicklung des Unternehmens haben, scheiden diese häufig noch im Laufe des Insolvenzverfahrens aus.⁸ Die Bereitschaft zur rechtzeitigen Stellung des Insolvenzantrags scheitert unter anderem auch daran, dass kein ausreichendes Vertrauen in die Kompetenz des gerichtlich bestellten Verwalters gesetzt wird und man verhindern möchte, das Schicksal des Unternehmens in unbekannte Hände zu legen.⁹ Zwar besteht die Möglichkeit, gem. § 270 ff. InsO die Eigenverwaltung anzuordnen, jedoch ist diese Anordnung eher die Ausnahme als der Regelfall. So ordneten die Gerichte im Jahr 2010 bei 23.531 eröffneten Unternehmensinsolvenzverfahren lediglich in nur 214 Fällen Eigenverwaltung an.¹⁰ Insofern liegt die Quote der Eigenverwaltung bei weniger als 1%, was eine Verlagerung der Antragstellung auf einen möglichst frühen Zeitpunkt nicht fördert.¹¹

Ein weiterer entscheidender Punkt, der eine Verzögerung der Stellung des Insolvenzeröffnungsantrags bedingt, ist die Stigmatisierung, die ein Unternehmen durch die Insolvenzantragstellung erfährt. Sobald der Eröffnungsbeschluss gem. § 30 Abs. 1 InsO bekannt gemacht und gem. § 30 Abs. 2 InsO den Gläubigern des Schuldners zugestellt wurde, muss das Schuldnerunternehmen mit teilweise

6 RegE-ESUG. 17/5712, S. 60.

7 *Bork*, Rn. 126.

8 *Kammel/Staps*, NZI 2010, 794.

9 *Hölzle/Pink*, ZIP 2011, 361.

10 Statistisches Bundesamt, Fachserie 2, Reihe 4.1, Dezember und Jahr 2010.

11 So auch *Hölzle/Pink*, ZIP 2011, 363.

einschneidenden Maßnahmen der Gläubiger rechnen. Diese, mit dem Insolvenzantrag kohärenten Maßnahmen, führen häufig ihrerseits wiederum zur Manifestierung bzw. Erweiterung der Liquiditätsprobleme des Schuldnerunternehmens und im schlimmsten Fall sogar unausweichlich in die Insolvenz. So bestehen die Lieferanten mit Insolvenzantragstellung in aller Regel auf Vorkasse bei Waren- bzw. Rohstofflieferungen¹² oder stellen diese unter Umständen komplett ein. Des Weiteren besteht die Gefahr, dass Führungskräfte und leistungsstarke Arbeitnehmer, wegen des drohenden Verlustes des Arbeitsplatzes, das Unternehmen verlassen oder von einem solventen Arbeitgeber abgeworben werden.¹³ Letztendlich werden die meisten Gläubiger versuchen, soweit ihnen ein Sonderkündigungsrecht zusteht, ihre Verträge zu kündigen und ihre Forderungen fällig zu stellen.¹⁴

Trotz der mit dem Eröffnungsantrag verbundenen Problematik ist eine Sanierung erfolversprechender, je eher sie beginnt. In einem frühen Stadium der Krise ist davon auszugehen, dass die Liquiditätsquote höher sein wird als kurz vor der Zahlungsunfähigkeit. Unter anderem wird zu diesem Zeitpunkt der Substanzverzehr noch nicht derart vorangeschritten sein, sodass die Werte, die es grundsätzlich zu erhalten gilt, noch größtenteils vorhanden sein dürften.¹⁵ Die These muss demnach sein, Anreize zu schaffen, um eine möglichst frühe Antragstellung des Schuldners zu erreichen. Genau diesen Anreiz wollte der Gesetzgeber mit dem Schutzschirmverfahren gem. § 270 b) RegE-ESUG schaffen.¹⁶ Viele internationale Rechtssysteme weisen bereits sog. „(vor)insolvenzliche“ Sanierungsverfahren auf, die als Vorbild bei der Schaffung des Schutzschirmverfahrens als neues Sanierungsinstrument dienen.¹⁷

2. Der Insolvenztourismus als Anstoß für die Reformüberlegungen

In den letzten Jahren kam es verstärkt dazu, dass deutsche Unternehmen ihren Sitz ins Ausland verlegt haben, um dort ihre Sanierung zu betreiben.¹⁸ In der Krise befindliche mittelständische Unternehmen sind ins Ausland abgewandert, um dem deutschen

12 *Richter/Pernegger*, BB 2011, 877.

13 *Westpfahl*, ZGR 2010, 392.

14 *Desch*, BB 2011, 843.

15 *Hirte*, ZinsO 2011, 401 = *Hirte*, ZGR 2010, 233; *Richter/Pernegger*, BB 2011, 877.

16 RegE-ESUG 17/5712, S. 60.

17 *Hirte*, ZinsO 2011, 402; *Beissenhirtz*, ZinsO 2011, 59; *Jacoby*, ZGR 2010, 364; RegE-ESUG 17/5712, S. 1.

18 *Westpfahl/Janjuah*, ZIP 2008, Beilage zu Heft 3, 1; *Hölzle*, NZI 2011, 124.

Insolvenzrecht zu entfliehen, da es vor allem unter den Gläubigern als zu umständlich bzw. zu bürokratisch gilt und mit zu viel Blockadepotential für Kleingläubiger ausgestaltet ist. Die deutsche Insolvenzordnung ließ auch effektive Sanierungsinstrumente, wie z.B. ein debt-to-equity-swap¹⁹, vermissen, der in anderen Ländern bereits Standard ist. Zudem galt das Sanierungsverfahren in Deutschland bei Gläubigern zum Teil einfach als unberechenbar.²⁰ Für die Sanierung des Unternehmens wanderten die Schuldner ins Ausland ab, damit anstelle des deutschen Insolvenzrechts das oft vorteilhaftere, ausländische Insolvenzrecht zur Anwendung gelangt.²¹

In der Praxis besteht die Umsetzung häufig darin, dass das in der Krise befindliche Unternehmen seinen satzungsmäßigen Sitz ins Ausland verlegt und seinen Geschäftsbetrieb in eine dort mögliche Gesellschaftsform entsprechend umwandelt (z.B. in Form einer Limited in England). Ein anderer Weg ist, dass das gesamte Unternehmen bzw. dessen Geschäftsanteile auf eine ausländische Gesellschaft „übertragen“ werden.²² Als letzte Variante sei noch genannt, dass sich die juristische Person in eine AG bzw. GmbH & Co. KG umwandelt, zu der die ausländische Gesellschaft dann als persönlich haftende Gesellschafterin beitrifft. Scheiden die beiden anderen Gesellschafter (GmbH bzw. AG und Kommanditist(en)) nun aus, wächst das gesamte Vermögen der ausländischen Gesellschaft an und die KG erlischt.²³ Letztendlich geht es darum, wenn auch nur vordergründig, die Geschäftsleitung in das gewünschte Zielland zu verlegen.²⁴

Vor allem England hat sich seit dem Jahre 2005²⁵ als das bevorzugte Ziel deutscher, in die Krise geratener Unternehmen herauskristallisiert.²⁶ Mit der Reform

19 Unter einem Debt Equity Swap versteht man eine Sanierung bzw. eine Unternehmensreorganisation, durch Umwandlung von Forderungen der Gesellschaftsgläubiger in Eigenkapital, unter Beibehaltung des bisherigen Rechtsträgers; siehe auch: *Weller*, ZGR 2008, 842; *Westpfahl/Janjuah*, ZIP 2008, Beilage zu Heft 3, 13.

20 RegE-ESUG 17/5712, S. 1.

21 Das Phänomen, sich einer Rechtsordnung zu entziehen und einer anderen zu unterfallen, wird im internationalen Privatrecht als sog. „forum shopping“ bezeichnet. Dabei sucht sich der (Insolvenz-)Antragsteller/Kläger unter mehreren international zuständigen Gerichten das heraus, das nach seinem Recht die für ihn günstigste Entscheidung treffen wird, *Bahr/Mankowski*, § 5, Rn. 157.

22 *Andres/Grund*, NZI 2007, 138; die prinzipielle Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Herausverschmelzung dürfte als ganz h.M. angesehen werden; vgl. statt vieler *Bayer*, in: Lutter (2009), § 122a), Rn. 11 f. dort Fn. 2.

23 *Vallender*, NZI 2007, 131.

24 *Andres/Grund*, NZI 2007, 138.

25 *Vallender*, NZI 2007, 129.

26 *Andres/Grund*, NZI 2007, 138.

des Insolvenzrechts bildete sich durch den Enterprise Act 2002 eine regelrechte Sanierungskultur für sanierungsbedürftige Unternehmen heraus.²⁷ Seither versuchen notleidende Unternehmen sich dem deutschen Insolvenzrecht zu entziehen und ihren Sitz nach England zu verlagern, um sich dort zu sanieren.²⁸ Bekannte Beispiele hierfür waren die Insolvenzen der Hans Brochier GmbH & Co. KG,²⁹ des Autozulieferers Schefenacker³⁰ oder der Deutschen Nickel AG.³¹

Diese Entwicklung wirft primär die Frage nach den Beweggründen für ein solches Verhalten auf, zumal ein Sitzwechsel stets mit erheblichem Bürokratieaufwand verbunden ist und zusätzlich beträchtliche Kosten verursacht. Allerdings gelten die englischen Sanierungsverfahren als wesentlich unbürokratischer und genießen den Ruf, dass sie rascher durchzuführen und umzusetzen sind als z.B. ein deutsches Insolvenzplanverfahren. Auch der Einfluss der Gläubiger auf das Verfahren ist dort um einiges größer. So haben die Gläubiger z.B. andere Einflussmöglichkeiten auf die Bestellung des Insolvenzverwalters. Vor allem Großgläubiger erhoffen sich dadurch, den Wert ihrer Sicherheiten zu erhalten.³² Nicht zu vernachlässigen ist schließlich die Absicht, durch eine Insolvenz bzw. Sanierung in England oder einem anderen Staat, nicht dem deutschen Insolvenzhaftungs- und Insolvenzanfechtungssystem zu unterfallen.³³

Dieser „Insolvenztourismus“ wurde vor allem durch die Einführung der EuInsVO³⁴ begünstigt. Danach ist gem. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO das Gericht zuständig, in dem Unternehmen den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen (Center of Main Interest = COMI) haben. Bei Gesellschaften wird dieser gem. Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO am satzungsmäßigen Sitz vermutet. Der EuGH hat mit seiner Eurofood/Parmalat-Entscheidung³⁵ erstmals einen Versuch unternommen, die Auslegung des Begriffs COMI zu definieren. Diese Grundsätze wurden durch die Entscheidung Interedil³⁶ bestätigt und weiter konkretisiert.

Mit dieser Konkretisierung hat der EuGH entscheidend dazu beigetragen, dass einer offensichtlich missbräuchlichen Zuständigkeitserschleichung durch die

27 *Weller*, ZGR 2008, 836.

28 *Paulus*, DZWIR 2008, 6.

29 Vertiefend hierzu: *Andres/Grund*, NZI 2007, 138 ff.

30 *Paulus*, NZI 2008, 4; vgl. dazu auch FAZ vom 18.10.2006, Nr. 242, S. 21.

31 Vertiefend hierzu: *Vallender*, NZI 2007, 131 ff.

32 *Andres/Grund*, NZI 2007, 138.

33 *Weller*, ZGR 2008, 837.

34 Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, ABl. EG Nr. L 160 vom 30. 6. 2000; In Kraft getreten am 31. Mai 2002 gem. Art. 47 EuInsVO.

35 EuGH, 02.05.2006 – C-341/0.

36 EuGH, 20.10.2011 – C-396/09.

Unternehmen entgegengetreten,³⁷ jedoch die Verlagerung des COMI dadurch nicht unmöglich gemacht, sondern lediglich erschwert wird. Die Entscheidung zwingt die Parteien nun zu einer intensiveren und besseren Vorbereitung der Sitzverlegung.³⁸

3. Die Reformbemühungen des deutschen Gesetzgebers

Der Gesetzgeber hat die neuesten Entwicklungen erkannt und versucht, entsprechend zu reagieren. Die deutsche Insolvenzordnung bedurfte in ihrer Attraktivität wieder einer Steigerung, um die Sanierungsflucht deutscher Unternehmen in andere Staaten zu verhindern.³⁹ Vor allem sollte der Standort Deutschland als Sanierungsort, im Wettstreit mit den ausländischen und insbesondere den europäischen Rechtsordnungen, wieder wettbewerbsfähig werden.⁴⁰ Denn bislang hat die deutsche Insolvenzordnung, als Sanierungsinstrument, bei den ausländischen Investoren nur einen geringen Stellenwert, da das Verfahren kaum berechenbar sei und die Gläubiger ihren Einfluss darauf als zu gering empfanden.⁴¹

Wie in anderen Ländern soll sich auch in Deutschland eine Insolvenz- bzw. Sanierungskultur entwickeln, damit die Sanierungen künftig einfacher, effektiver und vor allem schneller erfolgen.⁴² Insbesondere die Einführung des sog. Schutzschirmverfahrens gem. § 270b InsO kann dem Sanierungsgedanken Rechnung tragen, indem es erheblich zur Verbesserung der Sanierungschancen von Unternehmen beiträgt. Der Sinn und Zweck des Verfahrens ist ausdrücklich, vorzugsweise dem Schuldner dazu zu dienen, die Sanierung in Eigenregie zwischen dem Eröffnungsantrag und der Verfahrenseröffnung vorzubereiten. Am Ende der Reform stand das Ziel, das verloren gegangene Vertrauen in die deutsche Insolvenzordnung, als Sanierungsinstrument, wieder zurückzugewinnen. Der Anreiz des Schutzschirmverfahrens besteht darin, dass die Eröffnungsanträge frühzeitig gestellt werden, um die Sanierungschancen krisengeschüttelter Unternehmen erheblich zu erhöhen. Im Ergebnis soll der Sanierungsstandort Deutschland im internationalen

37 Vgl. hierzu statt vieler: *Weller*, ZGR 2008, 849 ff.; beispielhaft zur missbräuchlichen Zuständigkeitserschleichung insbesondere *Andres/Grund*, NZI 2007, 139 ff.

38 So sinngemäß auch *Andres/Grund*, NZI 2007, 142 f.

39 RegE-ESUG 17/5712, S. 1.

40 *Hölzle*, NZI 2011, 125.

41 RegE-ESUG 17/5712, S. 1.

42 Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz, Erscheinungsdatum 23.02.2011.

Wettbewerb wieder attraktiver und dadurch wettbewerbsfähig werden.⁴³ Ein Blick über die Grenzen demonstriert, dass die Einführung eines gezielten und effizienten Sanierungsverfahrens erstrebenswert ist. Im Gegensatz zu Deutschland ist es beispielsweise in Frankreich und Großbritannien erheblich einfacher, notleidende Unternehmen bereits weit im Vorfeld einer Insolvenz zu sanieren.⁴⁴

4. Ziel und Vorgehensweise der Arbeit

Der Vergleich mit anderen Rechtsordnungen kann nur dann sinnvoll sein, wenn vorab ein sog. Status-Quo der Sanierungskultur in Deutschland ermittelt wird. Deshalb wird zunächst ganz allgemein herausgearbeitet, wann eine Sanierung Sinn macht und weshalb eine Sanierung erstrebenswert sein kann. Darauf aufbauend, wird der tatsächliche Stellenwert der Sanierung in der deutschen Insolvenzkultur herausgearbeitet und untersucht, weshalb die gesetzlichen Sanierungsinstrumentarien der Insolvenzordnung bisher nicht den gewünschten Sanierungserfolg erzielt haben. Anschließend erfolgt ein Blick über die Landesgrenzen hinweg. Denn insbesondere bei der Ausarbeitung des Schutzschirmverfahrens dienten ausländische Rechtsordnungen als Vorbild⁴⁵ für dessen Einführung. Die Länderberichte zeigen, welche Möglichkeiten andere Rechtsordnungen dem notleidenden Unternehmen im Vorfeld einer tatsächlichen Insolvenz bieten, um eine erfolgreiche Sanierung zu betreiben. Den Anfang des internationalen Vergleichs bildet das US Chapter 11–Verfahren nach der US-amerikanischen Rechtsordnung. Letzteres diente bereits vielen Rechtsordnungen als Vorbild und kann als Urinstrument der Sanierungsverfahren bezeichnet werden. Zur Beurteilung der Wettbewerbsfähigkeit des Schutzschirmverfahrens im europäischen Rechtskreis wird anschließend auf die Sanierungsverfahren nach englischem, französischem und abschließend nach italienischem Recht eingegangen. Zum Schluss wird das neu eingeführte Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO dargestellt und seine Funktionalität im internationalen Rechtsvergleich kritisch gewürdigt. Insbesondere gilt es dabei zu untersuchen, ob das Sanierungsinstrument des sog. Schutzschirmverfahrens die vom Gesetzgeber gewünschten Effekte erzielt und Deutschland als Sanierungsstandort im internationalen Vergleich wieder attraktiver erscheinen lässt.

43 RegE-ESUG 17/5712, S. 60.

44 *Leutheusser-Schnarrenberger*, Begrüßungsansprache der Bundesjustizministerin am 17.03.2011 beim Siebten Deutschen Insolvenzrechtstag in Berlin, abgedruckt in: BB, Heft 17/2010, Die erste Seite.

45 So diente das U.S. Chapter 11–Verfahren dem französischen Gesetzgeber als Vorlage für seine Reform, vgl. *Delzant/Ehret*, ZInsO 2009, 990.